



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
FUERO PENAL COLEGIADO

COMPENDIO 2023

RECOPIACIÓN DE FALLOS Y PRECEDENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Dra. Marina Martín

Jueza Juzgado Penal Colegiado N° 1 - Primera Circunscripción Judicial

PRESENTACIÓN.

Comparto la quinta entrega diagramada por el “Proyecto Compendio. Recopilación de fallos y precedentes”, poniendo a disposición de los operadores jurídicos y la sociedad toda, una fuente de información actualizada de resoluciones de la Corte Provincial.

El “Compendio 2023” contiene fallos significativos, entre las cuales pueden mencionarse aquellos que ahondaron en interesantes temas, tales como la **evidencia digital**, los **Juicios por Jurados Populares** -Ley 9106-, enjuiciamiento penal orientado al **modelo acusatorio-adversarial**, estereotipos de **género** y discriminación interseccional.

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

A la presente obra, se suma un **apéndice normativo** que contiene entre sus páginas el Código Penal de la Nación- modificado por Ley 27739. B.O. 15 de marzo de 2024-, el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza- modificado por Ley 9510. B.O. 04 de marzo de 2024-, la Ley 9106- modificado por Ley 9387, la Ley 26485- modificada por Ley 27736-, la Ley 27372, la Ley 27499, la Convención Belem Do Pará, la CEDAW, Las 100 Reglas de Brasilia y la Convención de derechos del niño-.

Que la lectura de estas líneas, despierten en el lector, observaciones críticas, miradas nuevas y aprendizajes profundos.

Marina Martín
Mendoza, Mayo de 2024

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN..... 1

ÍNDICE TEMÁTICO 2

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS..... 57

CAPÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Delitos contra la vida. Homicidios. 60

1- MUÑOZ ULLOA. 03-03-23..... 60

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcMUJ.pdf..... 60

Lex: Art. 79 y 42 del CP. Acordada N° 29.051. Art. 149 de la Constitución de Mendoza 60

Vox: Homicidio simple. Tentativa. Valoración de la prueba. Calificación legal. Determinación de la pena. Dolo..... 60

Summa:..... 60

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia). 60

Fallo:..... 61

1. La resolución recurrida 61

2. El recurso de casación..... 62

3.- El dictamen del señor Procurador General..... 64

4.- La solución del caso 65

SENTENCIA: 72

2- ROJAS ZUÑIGA. 13-03-23. 73

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf 73

Lex: Art. 165,47 del CP 73

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Dolo. Participación primaria. Participación secundaria. Convergencia intencional..... 73

Summa:..... 73

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia). 73

Fallo:..... 74

1.- La resolución recurrida 74

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa 75

3.- El dictamen del señor Procurador General..... 76

4.- La solución del caso 77

SENTENCIA: 82

3- ZOBARZO RIVAS. 09-03-23...... 83

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230309_FcZRA.pdf 83

Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP..... 83

Vox: Homicidio culposo. Agravado. Cadena de custodia. Nulidad..... 83

Summa:..... 83

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia). 83

Fallo:..... 84

1.- La sentencia recurrida..... 84

2.- El recurso de casación de la defensa de Aldo Fabián Zobarzo Rivas 85

3.- Dictamen del señor Procurador General 85

4.- La solución del caso 85

SENTENCIA: 88

4- GUTIERREZ NEIRA. 13-03-23.	90
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcGNJ.pdf	90
Lex: Art. 84 <i>bis</i> , 1° párrafo, y 29 inc. 3° CP. Art. 46 ley 9.024.	90
Vox: Homicidio culposo. Conducción imprudente de vehículo automotor. Adelantamiento. Riesgo prohibido de lesión que se concreta en el resultado. Deber de cuidado. Víctima. Unidad de la prueba.	90
Summa:	90
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	91
Fallo:	92
1.- La sentencia recurrida.....	92
2.- El recurso de casación de casación de la defensa	93
3.- Dictamen del señor Procurador General	94
4.- La solución del caso	94
SENTENCIA:	98
5- GIL PEREG. 14-03-23. (JJ)	99
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf	99
Lex: Arts. 80 inc. 1, 79 y 41 <i>bis</i> , y 55 del CP. Art. 6, 7, 41 la ley 9106. Decreto n° 476/2021.	99
Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Homicidio simple. Arma de fuego. Concurso real. Jurado popular. Género no binario. Constitucionalidad del art. 6 de la ley 9106. Imputabilidad. Competencia del juicio por jurado. Composición del juicio por jurado. Capacidad para estar en juicio. Instrucciones impartidas. Valoración de la prueba.	99
Summa:	99
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia)	99
Fallo:	100
1.- La sentencia recurrida.....	100
2.- El recurso de casación de la defensa	101
3.- Audiencia de informe oral del recurso	104
4.- Dictamen del señor Procurador General	104
5.- La solución del caso	105
SENTENCIA:	124
6- KAIRUZ VALLEJOS. 25-04-23.	125
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230425_FcKVM.pdf	125
Lex: Art. 79, 41 <i>bis</i> , 41 quáter y 42, 149 <i>bis</i> , 1° párrafo, 2° apartado, arts. 55, art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 2° párrafo, art. 167, inc. 2°, arts. 54, 41 y 42 del CP. Ley 22.278	125
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Participación de un menor de edad. Tentativa. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma. Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego. Poblado y en banda. División de tareas. NNA. Aporte del interviniente. Coautoría. Sinalagma libertad/responsabilidad. Capacidad de culpabilidad (punible y no punible). Autoría mediata. Codelincuencia. Fundamento de la pena. Función de la pena.	125
Summa:	125
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia).	126
Fallo:	127
1.- La resolución recurrida	127
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	128
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	129
4.- La solución del caso	130
SENTENCIA:	141

7- VAZQUEZ CORREA. 28-04-23.	142
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230428_FcVCA.pdf	142
Lex: Art. 80 inc. 1 y 11 del CP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Pará. Art. 509 del CCyCN.	142
Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Relación de pareja. Unión convivencial. Principio de taxatividad. Violencia de género. VG. Constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Proporcionalidad. Progresividad. Prueba indiciaria.	142
Summa:	142
SCJM. Dr. Palermo. Dra. Day. (Ampliatorio). Dr. Gómez.	142
Fallo:	143
1.- La resolución recurrida	143
2.- Los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa	144
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	146
4.- La solución del caso	147
SENTENCIA:	165
8- PAULOS. 02-05-23.	166
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcPSJ.pdf	166
Lex: Art. 79, 89, 54 del CP. Art. 84 bis, 2° párrafo, 1° parte, 94, 1° párrafo del CP. Arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP. Art. 38 inc. b de la ley 9.106.....	166
Vox: Homicidio simple. Dolo eventual. Lesiones leves. Concurso ideal. Homicidio culposo. Lesiones leves culposas. Concepción objetivista del dolo. Componente intelectual. Componente volitivo. .	166
Summa:	166
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	167
Fallo:	168
I.- La sentencia recurrida.....	168
II.- El recurso de casación.....	169
III.- Dictamen del señor Procurador General	170
IV.- La solución del caso	170
SENTENCIA:	180
9- SANCHEZ ESCOBAR. 05-05-23.	182
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcSEM.pdf	182
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 81, inc. 1, acápite b del CP. Art. 95 del CP.....	182
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Nulidad. Determinación del hecho. Valoración de la prueba. Coautoría funcional. Homicidio preterintencional. Homicidio en riña. Unidad de la prueba.	182
Summa:	182
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	182
Fallo:	183
1.- La resolución recurrida	183
2.- Los recursos de casación interpuesto por las defensas.....	184
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	185
4.- La solución del caso	186
SENTENCIA:	190
10- RIVAS SOSA. 10-05-23.	191
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcRSM.pdf	191
Lex: Art. 79 del CP	191
Vox: Homicidio simple. Unificación de penas. Cómputo de pena: observación. Juicio abreviado. .	191

Summa:	191
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Licencia).	192
Fallo:	193
I.- La sentencia recurrida.....	193
II.- El recurso de casación del defensor	194
III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	195
IV.- La solución del caso	196
SENTENCIA:	198
11- NAVIA. 17-05-23. (JJ)	199
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf	199
Lex: Art. 80 inc. 11° del CP.	199
Vox: VG. Homicidio. Femicidio. Juicio por Jurado.	199
Summa:	199
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	201
Fallo:	202
1.- La resolución recurrida	202
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	202
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	204
4.- Audiencia de informe oral del recurso	205
5.- La solución del caso	205
S E N T E N C I A:	224
12- CHAVEZ LLANOS. 30-05-23.	225
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230530_FcCLD.pdf	225
Lex: Art. 89, 84 bis, 40, 41, 58, 55 del CP. Art. 27 y 27 bis del CP.	225
Vox: Lesiones leves dolosas. Homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor. Revocación de la condicionalidad de la condena. Efecto declarativo de la sentencia.	225
Summa:	225
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	225
Fallo:	226
1.- La sentencia recurrida.....	226
2.- El recurso de casación de la defensa	227
3.- Dictamen del señor Procurador General	227
4.- La solución del caso	227
SENTENCIA:	230
13- IANIZZOTTO. 27-06-23.	231
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230627_FcIPA.pdf	231
Lex: Art. 80, inc. 7°, art. 54, art. 166, inc. 2°, 2° párrafo y 42 del CP	231
Vox: Homicidio criminis causa. Concurso ideal. Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Valoración de la prueba. Pretendida nulidad de la sentencia por falta de notificación de los fundamentos al acusado. Ultraintencionalidad. Ultrafinalidad.	231
Summa:	231
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	232
Fallo:	233
1.- La resolución recurrida	233

2.- El recurso de casación.....	233
3.- El dictamen del Procurador General.....	235
4.- Audiencia de informe oral del recurso	236
5.-La solución del caso	236
SENTENCIA:	240
14- GUTIERREZ ESPEJO. 03-07-23.	241
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcGEJ.pdf	241
Lex: Art. art. 79, 41 bis, 164, 40, 41, 58 del CP. Art. 75, inc. 22 de la CN. Art. 5, inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica. Art 10.2.b. del PIDCyP. Ley 22803. Punto 10 de las Reglas de Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores. Art. 40, inc. 2 de la CDN.....	241
Vox: Homicidio. Unificación de condena. Unificación de pena. Unificación de sentencia. Método aritmético. Método composicional. Tribunal Penal de Menores. Readaptación social. NNA. Audiencia de visu. Derecho de defensa. Debido proceso.....	241
Summa:	241
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Gómez	242
Fallo:	243
1.- La resolución recurrida	243
2.- El recurso de casación.....	244
3.- El dictamen del Procurador General.....	245
4.- La solución del caso	246
SENTENCIA:	251
15- DURE ROJAS. 03-07-23. (JJ)	252
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf	252
Lex: Art. 80 inc. 7° en función del art. 79, 55 y 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 89, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 9106.	252
Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma. Lesiones. Amenazas simples. Juicio por jurado. Perspectiva de resocialización. Instrucciones finales. Valoración de la prueba. Tiempo de deliberación. Prisión perpetua. Constitucionalidad.	252
Summa:	252
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	254
Fallo:	255
1.- La resolución recurrida	255
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	257
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	258
4.- La solución del caso	259
SENTENCIA:	267
16- CHAVES RUBIO. 03-07-23. (JJ)	268
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf	268
Lex: Art. 80 inc. 4°, 54, 80 incs. 9° y 2° y 41 bis del CP. Ley 9106. Principios de Yogyakarta. Ley 26743.	268
Vox: Homicidio agravado. Odio a la expresión de género o identidad de género. Travesticidio. Concurso ideal. Condición del sujeto activo. Alevosía. Ensañamiento. Arma. Juicio por jurados. Prisión perpetua. Instrucciones finales. Perspectiva de género. LGBTTIQ+. Identidad de género. .	268
Summa:	268
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	271
Fallo:	272
1.- La resolución recurrida	272

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	272
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	273
4.- Audiencia de informe oral	274
5.- La solución del caso	274
SENTENCIA:	294
17- FIGUEROA ARRIGA. 06-07-23. (JJ)	295
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf	295
Lex: Art. 80 inc. 7 y 45 del CP.....	295
Vox: Homicidio. Criminis causa. Valoración de la prueba. Juicio por Jurado. Autoría. Instrucciones.	295
Summa:	295
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia)	297
Fallo:	298
1.- La resolución recurrida	298
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	299
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	300
4.- La solución del caso	301
SENTENCIA:	308
18- GARCIA TORRES. 02-08-23.	309
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGTJ.pdf	309
Lex: Art. 84 bis del CP.....	309
Vox: Homicidio culposo agravado. Conducción imprudente y antirreglamentaria de vehículo automotor. Pena natural. Calificación legal.....	309
Summa:	309
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	309
Fallo:	310
1.- La sentencia recurrida.....	310
2.- El recurso de casación de la defensa	310
3.- Dictamen del señor Procurador General	311
4.- La solución del caso	311
SENTENCIA:	315
19- PACO IBAÑEZ. 24-08-23.	316
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230824_FcPIR.pdf	316
Lex: Art. 79, 89 y 54 del CP. Art. 42 inc. b, 44, 52 inc. 7, 14, 32, 39 y 60 de la Ley 9024. Art. 149 de la Constitución de Mendoza.	316
Vox: Homicidio simple. Dolo eventual. Lesiones leves. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Teoría de la representación. Culpa. Alcohol. Tránsito. Principio de culpabilidad. Humor social. Riesgo de imprudencia. Riesgo de dolo. Peligro creado. Imputación del resultado. Riesgo permitido. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Propio riesgo de la víctima -sin casco-. Conocimiento. Voluntad. Nulidad. Nuevo juicio.....	316
Summa:	316
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	317
Fallo:	318
1.- La sentencia recurrida.....	318
2.- El recurso de casación de la defensa	321
3.- Dictamen del señor Procurador General	321

4.- La solución del caso	322
SENTENCIA:	331
20- NUÑEZ LAREDO. 20-09-23.	332
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230920_FcNLO.pdf	332
Lex: Art. 79, 166 inc. 2°, último párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 55 del CP.	332
Vox: Homicidio simple. Robo agravado. Arma de fuego no apta. Amenazas simples.	332
Summa:	332
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	332
Fallo:	333
1.- La resolución recurrida	333
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	334
3.- El dictamen del señor Procurador General.	335
4.- La solución del caso	335
SENTENCIA	345
21- TELLO PUEBLA. 14-11-23.	347
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231114_FcTPF.pdf	347
Lex: Art. 79, 41 bis y 42 del CP.	347
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa	347
Summa:	347
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	347
Fallo:	348
1. La resolución recurrida	348
2.- El recurso de casación de la defensa	348
3.- El dictamen del señor Procurador General.	350
4.- La solución del caso	351
S E N T E N C I A:	358
22- RAMOS FLORES. 07-12-23.	360
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231207_FcRFY.pdf	360
Lex: Art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 495 inc. 5° del CPP.	360
Vox: VG. Homicidio agravado. Arma de fuego. Tentativa. Robo agravado. Amenazas.	360
Summa:	360
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	360
Fallo:	361
1.- La resolución recurrida	361
2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas	362
3.- El dictamen del señor Procurador General.	363
4.- Audiencia de informe oral	363
5.- La solución del caso	363
S E N T E N C I A:	368
23- ALTAMIRANO. 20-12-23.	369
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231220_FcACJ.pdf	369
Lex: Art. 79, 42, 55 y 149 bis, 1° párrafo 2° supuesto del CP.	369
Vox: Homicidio simple. Tentativa. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma. Valoración de la prueba. Dolo. Legítima Defensa pretendida.	369

Summa:	369
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. (Licencia). Palermo.	369
Fallo.....	370
1.- La resolución recurrida	370
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	370
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	371
4.- La solución del caso	371
S E N T E N C I A:	374
24- PALMA y FARINELA. 21-12-23.	375
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcPJH.pdf	375
Lex: Art. 79, 42, 41 bis y 55 del CP.....	375
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa. Concurso real. Valoración de la prueba.	375
Summa:	375
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	375
Fallo.....	376
1.- La resolución recurrida	376
2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados.....	377
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	379
4.- La solución del caso	380
S E N T E N C I A:	384
25- OVIEDO. 28-12-23. (JJ)	385
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf	385
Lex: Art. 80 inc. 1°, 54, 80 inc. 2°, 55, 79 del CP. Ley 9106. Art. 2 de la ley 9387. Art. 75 inc. 12 de la CN.....	385
Vox: Homicidio agravado. Veneno. Vínculo. Concurso ideal. Procedimiento insidioso. Concurso real. Homicidio simple. Juicio por jurado. JJ. Constitucionalidad. Veredicto de culpabilidad. Motivación. Huella digital.	385
Summa:	385
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. Gómez. Llorente. Garay. Dra. Day. Plenario.	386
Fallo:	387
1.- La resolución recurrida	387
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	388
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	390
5.- Audiencia de informe oral	391
6.- La solución del caso	391
S E N T E N C I A:	420
CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones.	422
1- PIA FERNANDEZ. 16-02-23.	422
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcPFJ.pdf	422
Lex: Art. 94 bis, 1° párrafo en fc. de los arts. 94 y 90 del CP. <i>Art. 45, 1° párrafo, inc. 4 de la ley 9024.</i>	422
Vox: Lesiones graves culposas.	422
Summa:	422
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	422

Fallo:	423
I.- La sentencia recurrida.....	423
II.- El recurso de casación.....	424
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	424
IV.- La solución del caso.....	424
SENTENCIA:	427
2- POCCHETTINO FAVREAU. 02-03-23.	428
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230302_FcPFE.pdf	428
Lex: Art. 89, 92 y 80 inc. 1 del CP.....	428
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Valoración de la prueba. NNA. Roles de cuidado parentales.	428
Summa:	428
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	428
Fallo:	429
1.- La resolución recurrida.....	429
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	429
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	430
4.- La solución del caso.....	430
SENTENCIA:	432
3- BALMACEDA. 21-03-23.	434
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230321_FcBVL.pdf	434
Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Art. 414 del CPP. Ley 26485.....	434
Vox: Lesiones leves dolosas. Vínculo. VG. Retracción. Ciclo de violencia. Valoración fragmentaria. Unidad de la prueba. Absolución. Nulidad. Nuevo juicio.	434
Summa:	434
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	435
Fallo:	436
1.- La resolución recurrida.....	436
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	436
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	437
4.- La solución del caso.....	437
SENTENCIA:	441
4- MALGIOGLIO HERRERA. 05-04-23.	442
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230405_FcMHS.pdf	442
Lex: Art. 92, 89 y 80 incs. 1 y 11, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 Ley 26485. ...	442
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Violencia de género. VG. Unificación.	442
Summa:	442
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia).....	442
Fallo:	443
1.- La resolución recurrida.....	443
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	444
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	445
4.- Audiencia de informe oral.....	446
5.- La solución del caso.....	446

SENTENCIA:	450
5- ORTIZ BRAVO. 28-07-23.	452
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230728_FcOBB.pdf	452
Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 183 del CP.	452
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. VG. Concurso real. Daño simple. Juicio abreviado cuestionado. Monto de la pena.	452
Summa:	452
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	453
Fallo:	454
1.- La resolución recurrida	454
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	455
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	455
4.- La solución del caso	456
SENTENCIA:	460
6- HINOJOSA. 01-08-23.	461
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcHET.pdf	461
Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 30 del CPP.....	461
Vox: SJP. Rechazo. Lesiones culposas. Consentimiento vinculante. Suspensión de juicio a prueba. Motivación aparente.....	461
Summa:	461
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Disidencia).....	462
Fallo:	463
1.- La resolución recurrida	463
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	464
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	464
4.- La solución del caso	465
SENTENCIA	471
7- GONZALEZ. 02-08-23.	472
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGER.pdf	472
Lex: Art. 94, 1° párrafo en función del art. 89 del CP.	472
Vox: Lesiones culposas leves. Heterolesión. Autolesión. Ámbito de competencia. Riesgo permitido.	472
Summa:	472
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	472
Fallo:	473
1.- La sentencia recurrida.....	473
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	473
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	474
4.- La solución del caso	474
SENTENCIA	479
8- BAZAN MASUECO. 08-08-23.	480
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230808_FcBMC.pdf	480
Lex: Art. 89 en función del art. 92, 80 inc. 1° y 11°, 55, 183, 5, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP. Art. 4 ley 26485. Art. 412 del CPP.	480

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real. Daño simple. Lectura de fundamentos. Valoración de la prueba. Retracción. Ciclo de la violencia. Violencia doméstica. Ausencia de fundamentación del monto de la pena mínima.....	480
Summa:	480
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).	481
Fallo:	482
1.- La resolución recurrida	482
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	483
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	483
4.- La solución del caso	484
SENTENCIA:	491
9- ARDESI. 05-09-23.	492
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230905_FcAB.pdf	492
Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 26, 30 y concordantes del CPP.	492
Vox: SJP. Rechazo. Consentimiento fiscal. Pena de inhabilitación. Fundamentación. Arbitrariedad. Política criminal. Control de razonabilidad. Arbitrariedad. Nulidad. Lesiones culposas.	492
Summa:	492
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Disidencia).	493
Fallo:	494
1.- La resolución recurrida	494
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	494
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	495
4.- La solución del caso	495
SENTENCIA:	500
10- ADARME AGUILERA. 15-09-23.	501
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcAAD.pdf	501
Lex: Art. 92 en función del 89, 80 inc. 1° y 11°, 55, 150, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la Ley 26.485. Convención de Belém Do Pará.....	501
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Violación de domicilio. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Informe de riesgo de oficio. Nulidad. Imparcialidad. Medidas previas urgentes.	501
Summa:	501
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	502
Fallo:	503
1.- La resolución recurrida	503
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	503
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	504
4.- La solución del caso	504
SENTENCIA:	512
11- SALTO. 05-10-23.	514
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231005_FcSGJ.pdf	514
Lex: Art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la Ley 26485. Art. 38 de la ley 9106	514
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Pareja. Amenazas simples. Unificación de pena. Unificación aritmética. Unificación compositiva.....	514
Summa:	514

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	514
Fallo	515
1.- La resolución recurrida	515
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	515
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	516
4.- Audiencia de informe oral	516
5.- La solución del caso	516
S E N T E N C I A:	519
12- VARGAS. 30-11-23.	520
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231130_FcVRM.pdf	520
Lex: Art. 89, 92 del CP. Ley 26484.....	520
Vox: VG. Lesiones. Querellante particular. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Sobreseimiento. Nulidad.....	520
Summa:	520
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia) Valerio.	520
Fallo	521
1.- La resolución recurrida	521
2.- El recurso de casación interpuesto por el representante de la querellante particular.....	521
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	522
4.- Audiencia de informe oral del recurso	522
5.- La solución del caso	522
S E N T E N C I A:	525
13- LEGUIZAMON. 19-12-23.	526
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcLRF.pdf	526
Lex: Art. 89 y 92, en función con el art. 80 inc. 1° del CP.	526
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.....	526
Summa:	526
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia)	526
Fallo	527
1.- La resolución recurrida	527
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	527
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	528
4.- La solución del caso	529
S E N T E N C I A:	532
14- VIDELA ORTIZ. 21-12-23.	535
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVOC.pdf	535
Lex: Art. 94, 1° párrafo del CP.....	535
Vox: Lesiones leves culposas. Absolución. Riesgo permitido. Riesgo prohibido.....	535
Summa:	535
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia).	535
Fallo:	536
1.- La resolución recurrida	536
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	536
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	537

4.- La solución del caso	537
SENTENCIA:.....	538
15- GODOY ROMERO. 21-12-23.	539
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcGRB.pdf	539
Lex: Art. 239, 54 y 92, 1° supuesto en función de los arts. 89, 80 inc. 8° del CP.	539
Vox: Resistencia a la autoridad. Concurso ideal. Lesiones leves dolosas agravadas por ser cometido a personal policial. Error de tipo vencible. Concurso aparente. Sana crítica. Nulidad.	539
Summa:	539
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio (Licencia). Adaro.	539
Fallo.....	540
1.- La resolución recurrida	540
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	541
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	541
4.- La solución del caso	542
SENTENCIA:.....	544
16- VALDES. 21-12-23.	545
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVMP.pdf	545
Lex: Art. 94 del CP. Art. 8.2 de la CADH	545
Vox: Lesiones leves culposas. Acusación. Principio de congruencia. Hecho diverso.	545
Summa:	545
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia). Adaro.	545
Fallo:	546
1.- La resolución recurrida	546
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	546
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	547
4.- La solución del caso	547
SENTENCIA:.....	550
17- OVANDO. 21-12-23.	551
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcORJ.pdf	551
Lex: Art. 94, 59 inc. 3°, 67, 5° párrafo, inc. b del CP. Art. 467, 455 del CPP.....	551
Vox: Lesiones graves culposas. Sobreseimiento. Extinción de la acción penal. Prescripción. Orden público. Rechazo formal de apelación.	551
Summa:	551
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	551
Fallo:	552
1.- La resolución recurrida	552
2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular	552
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	552
4.- Audiencia de informe oral	553
5.- La solución del caso	553
SENTENCIA:.....	555
18- QUIROGA. 28-12-23.	556
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcQLT.pdf	556
Lex: Art. 76 bis, 4° párrafo del CP. Art. 26, 30 del CPP.	556

Vox: SJP. Suspensión de juicio a prueba. Dictamen fiscal. Pena de inhabilitación. Lesiones culposas. Res. PG 502/2023 (texto rectificado según Res. PG 514/2023).....	556
Summa:	556
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	558
Fallo:	559
1.- La resolución recurrida	559
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	559
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	560
4.- La solución del caso	561
S E N T E N C I A:	568
CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abusos.	570
1- LIGORRIA GARRO. 13-02-23.	570
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcLGE.pdf	570
Lex: Art. 183; 149 <i>bis</i> , primer párrafo, segundo supuesto; 119, tercer párrafo, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP. Art. 5 de la CEDAW. Arts. 2 y 7 de la Convención <i>Belém do Pará</i>	570
Vox: Abuso sexual. Daño simple. Amenazas agravadas. Arma. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Consentimiento de la víctima. Unidad de la prueba.	570
Summa:	570
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	571
Fallo:	572
1.- Sentencia recurrida.....	572
2.- Recurso de casación.....	572
3.- Dictamen del señor Procurador General	575
4.- La solución del caso	575
SENTENCIA:	583
2- ANDRADA ZANABRIA. 16-02-23.	584
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf	584
Lex: Art. 119, 3° párrafo en fc. con el 4° párrafo, apartado b) y c); 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo, apartado b) y c); 125, 2° y 3° párrafo y art. 55 del CP.....	584
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Corrupción de menores agravada. Concurso real. Determinación de la pena. Unificación de pena. JAI cuestionado.	584
Summa:	584
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	585
Fallo:	586
1.- Sentencia recurrida.....	586
2.- Recurso de casación.....	587
3.- Dictamen del señor Procurador General	588
4.- La solución del caso	588
SENTENCIA:	590
3- BAZAN SAEZ. 16-02-23.	592
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcBSJ.pdf	592
Lex: Art. 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo inc. b), 149 bis, 1° párrafo, 1°supuesto, 239, 55 del CP	592

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Absolución. Valoración de la prueba. Amenazas simples. Desobediencia. Concurso real. Ley 26485. CEDAW. CDN. Relato de NNA.	592
Summa:	592
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	593
Fallo:	594
1.- La resolución recurrida	594
2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular	595
3.- El dictamen del señor Procurador General	595
4.- La solución del caso	595
SENTENCIA:	599
4- DA SILVA DOS SANTOS. 28-02-23.	600
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230228_FcDSD.pdf	600
Lex: Art. 119, 2° párrafo en fc. del 4° párrafo inc. b del CP.	600
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante agravado. Encargado de la guarda. Relato de NNA. Determinación cronológica. Control de logicidad. Especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable. Doble condición de vulnerabilidad.	600
Summa:	600
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	601
Fallo:	602
1.- La resolución recurrida	602
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	603
3.- El dictamen del señor Procurador General	603
4.- La solución del caso	604
SENTENCIA:	607
5- GARRIDO JOFRE. 03-03-23.	609
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf	609
Lex: Art. 119, 3° párrafo en fc. 4° párrafo inc. b y f del CP. Art. 13 de la ley 8465. Art. 12, 1, 3, 6, 7, 32 y 33 de la Ley 24.660. Art. 2.3 y 8.2 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad. Las Reglas de Tokio. Art. 26 y 27 de la Convención de Viena.	609
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Tentativa. Revocación de detención domiciliaria. Competencia del TPC. JAF cuestionado.	609
Summa:	609
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	609
Fallo:	610
1.- Resoluciones recurridas	610
2.- Recursos de casación interpuestos por la defensa	611
3.- Los dictámenes del señor Procurador General	613
4.- La solución del caso	614
SENTENCIA:	620
6- RODRIGUEZ. 07-03-23.	621
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230307_FcRSF.pdf	621
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. b, y art. 54 CP	621
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Encargado de la guarda. NNA.	621
Summa:	621
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	621

Fallo:	622
I.- Sentencia recurrida.....	622
II.- Recurso de casación.....	622
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	623
IV.- La solución del caso.....	623
SENTENCIA:.....	625
7- BRAVO DIAZ. 15-03-23.	627
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230315_FcBDL.pdf	627
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 240 bis del CPP. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad. Acordada N° 24.023.	627
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Nulidad. Cámara Gesell. Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI). Informe. Pericia.....	627
Summa:	627
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	628
Fallo:	629
I.- La sentencia recurrida.....	629
II.- El recurso de casación de la defensa.....	630
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	630
IV.- La solución del caso.....	630
SENTENCIA:.....	634
8- MAIMONE. 20-03-23.	635
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf	635
Lex: Art. 119, 1° párrafo en fc. con 5° y 4° párrafo inc. b y 55, 149 bis, 2° párrafo, 239 y 55 CP. Art. 85 de la Ley 9040.	635
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Simple agravado. Ascendiente. Amenazas coactivas. Idoneidad. Desobediencia a una orden judicial. Nulidad absoluta. Exámenes del CMF. Derecho de defensa. Fundamentación.	635
Summa:	635
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Disidencia).....	636
Fallo:	637
1. La resolución recurrida.	637
2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad.....	638
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	640
4.- La solución del caso.....	641
SENTENCIA:.....	654
9- ECHENIQUE CIPRIANO. 18-04-23.	655
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230418_FcEC.pdf	655
Lex: Art. 119, 2° en fc. con el 4° párrafo apartado b) y f); art. 55; art. 119, 3° párrafo en fc. con el 4° apartado b) y f); art. 42; art. 54; art. 125, 1° y 3° párrafo del CP.....	655
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Tentativa. Convivencia. Encargado de la guarda. Promoción a la corrupción. Contextos familiares. Determinación cronológica. Cultura patriarcal.....	655
Summa:	655
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	656
Fallo:	657
1.- La resolución recurrida.....	657

2.- El recurso de casación de la defensa	658
3.- Dictamen del Procurador General	659
4.- La solución del caso	659
SENTENCIA:	669
10- RINALDI OLIVARES. 19-04-23.	670
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230419_FcROM.pdf	670
Lex: Art. 89; 119, 1° y 4° párrafo, incs. b y f y 55 del CP	670
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Lesiones leves.	670
Summa:	670
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio	670
Fallo:	671
1.- La resolución recurrida	671
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	672
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	672
4.- La solución del caso	672
SENTENCIA:	674
11- FERNÁNDEZ GONZALEZ. 20-04-23.	675
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230420_FcFGP.pdf	675
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. b y 55 del CP.....	675
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Contextos familiares. Relato de NNA. Control de logicidad.	675
Summa:	675
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	675
Fallo:	676
1.- La resolución recurrida	676
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	676
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	677
4.- La solución del caso	678
SENTENCIA	683
12- RAMIREZ. 02-05-23.	684
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcRDO.pdf	684
Lex: Art. 119, 5° párrafo en fc. con el 4° párrafo letra b), 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo, b del CP	684
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Gravemente ultrajante. Concurso real.	684
Summa:	684
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	684
Fallo:	685
1.- La resolución recurrida	685
2.- El recurso de casación de la defensa	686
3.- Dictamen del Procurador General	687
4.- Audiencia de informe oral	688
5.- La solución del caso	689
SENTENCIA:	700

13- HAAS ACUÑA. 02-05-23.	701
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcHAJ.pdf	701
Lex: Art. 92 en fc. de arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 183 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo y 55 del CP. Art. 4 de la ley 26.485.....	701
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. VG. Daño simple. Amenazas simples. Concurso real. EPI. Retracción.	701
Summa:	701
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	701
Fallo:	702
1.- La resolución recurrida	702
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	703
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	703
4.- La solución del caso	704
SENTENCIA:	708
14- DIAZ BRAVO. 04-05-23.	709
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230504_FcDBJ.pdf	709
Lex: Art. 119 3° y 4° párrafo inc. b del CP	709
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda.....	709
Summa:	709
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	709
Fallo:	710
1.- La resolución recurrida	710
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	710
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	711
4.- La solución del caso	711
SENTENCIA:	713
15- BRIZUELA. 09-05-23.	714
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230509_FcBJN.pdf	714
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b), 42, 55 del CP. CEDAW. Belem Do Pará.	714
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Tentativa. Obligación estatal reforzada de debida diligencia. Relato de NNA. Retracción de NNA. Síndrome de acomodación.....	714
Summa:	714
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).	715
Fallo:	716
1.- La resolución recurrida	716
2.- El recurso de casación de la defensa	716
3.- Dictamen del Procurador General	718
4.- La solución del caso	718
SENTENCIA:	729
16- LIMA VIÑOLO. 10-05-23.	730
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf	730
Lex: Art. 45, 119, 2°, 3° y 4° párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125 del CP	730
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Concurso ideal. Corrupción de menores agravada. Valoración de la prueba.	730
Summa:	730

SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Licencia).	730
Fallo:	731
1.- La resolución recurrida	731
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	732
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	733
4.- Audiencia de informe oral	733
5.- La solución del caso	733
SENTENCIA:	741
17- SILVA SEGOVIA. 10-05-23.	742
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSJ.pdf	742
Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° párrafo y 4° párrafo apartado b y 55 del CP	742
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Perspectiva de infancia. Perspectiva de género. Contexto familiar.	742
Summa:	742
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio (Licencia). Palermo.	743
Fallo:	744
1.- La resolución recurrida	744
2.- El recurso de casación de la defensa	745
3.- Dictamen del Procurador General	747
4.- La solución del caso	748
SENTENCIA:	765
18- CORONEL. 10-05-23.	767
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcCCA.pdf	767
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inciso b) del CP.	767
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda.	767
Summa:	767
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio (Licencia).	767
Fallo:	768
1.- La resolución recurrida	768
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	769
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	770
4.- La solución del caso	770
SENTENCIA:	774
19- JARA BAZAN. 10-05-23.	775
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcJBB.pdf	775
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP	775
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Valoración de la prueba. Perspectiva de género y etárea. Determinación de la pena.	775
Summa:	775
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia). Adaro.	775
Fallo:	776
I.- La resolución recurrida	776
II.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	777
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	777

IV.- La solución del caso	777
SENTENCIA:	781
20- QUENAYA. 17-05-23.	783
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcQPR.pdf	783
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP	783
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal	783
Summa:	783
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	783
Fallo:	784
1.- La resolución recurrida	784
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	784
3.- El dictamen del señor Procurador General	785
4.- La solución del caso	785
SENTENCIA:	790
21- PEREZ CASTRO. 17-05-23.	791
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcPCJ.pdf	791
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP	791
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Valoración de la prueba. Perspectiva de género y etárea. Determinación de la pena.	791
Summa:	791
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio	791
Fallo:	792
1.- La resolución recurrida	792
2.- El recurso de casación	793
3.- El dictamen del señor Procurador General	793
4.- Audiencia de informe oral	794
5.- La solución del caso	794
SENTENCIA:	798
22- FREDES PONCE. 19-05-23.	800
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230519_FcFPJ.pdf	800
Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, 67 inc. 2° del CP. Ley 6722.	800
Vox: Abuso. Prescripción. SA: Fuerza policial. Estado de cesantía. Exoneración. Expulsión. Cargo público. Funcionario público. Suspensión del curso de la prescripción. Nulidad.	800
Summa:	800
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	800
Fallo:	801
1.- La sentencia recurrida	801
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	801
3.- El dictamen del señor Procurador General	802
4.- La solución del caso	802
SENTENCIA:	805
23- ORTUBIA. 01-06-23.	806
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230601_FcUJL.pdf	806
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 y 141 del CP	806

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Violencia de género.....	806
Summa:	806
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	806
Fallo:	807
1.- La resolución recurrida	807
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	808
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	809
4.- La solución del caso	809
SENTENCIA:	814
24- YERKIN. 12-06-23.	816
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcYBS.pdf	816
Lex: Art. 119, 1° párrafo en fc. del 4° párrafo inc. b) y 5° párrafo; 26, 40; 41 del CP. Arts. 700 y 700 bis inciso c) del CCyCN	816
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Ascendiente. Vínculo. Guarda. Privación de la responsabilidad parental del acusado respecto de la niña.....	816
Summa:	816
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. (Licencia) Palermo.	816
Fallo:	817
1.- La resolución recurrida	817
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	817
3.- Dictamen del señor Procurador General	818
4.- La solución del caso	819
SENTENCIA:	840
25- CORIA TARI. 13-06-23.	841
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230613_FcCTM.pdf	841
Lex: Art. 129, 2° párrafo, 55, 119, 3° párrafo en función del 119, 4° párrafo, inciso d del CP.	841
Vox: Exhibiciones obscenas. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Arma.	841
Summa:	841
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	841
Fallo:	842
1.- La resolución recurrida por la defensa	842
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	842
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	843
4.- La solución del caso	843
SENTENCIA:	846
26- MERENDA. 28-06-23.	847
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230628_FcMDL.pdf	847
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 3° párrafo, inc. b y 55 del CP	847
Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal.	847
Summa:	847
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	847
Fallo:	848
1.- La sentencia recurrida.....	848

2.- El recurso de casación de la defensa	848
3.- Dictamen del Procurador General	849
4.- La solución del caso	850
SENTENCIA:	855
27- FLORES BLANES. 29-06-23.	856
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230629_FcFBS.pdf	856
Lex: Art. art. 119, 1°, 2°, 3°, 4°, 5° párrafo, art. 142 inc. 2°, 92, 80 incs. 1° y 11° y art. 55 del CP. ...	856
del CP	856
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Abuso sexual simple agravado. Convivencia. Abuso sexual gravemente ultrajante. Privación ilegítima de la libertad agravada. SP: persona la que le debe respeto particular. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas calificadas. Violencia de género. Relación de pareja.	856
Summa:	856
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia). Valerio.	857
Fallo:	858
1.- La resolución recurrida	858
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	859
3.- El dictamen del señor Procurador General	861
4.- La solución del caso	861
SENTENCIA	869
28- CRUZ LOPEZ. 05-07-23.	870
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230705_FcCLR.pdf	870
Lex: Art. 119, 4° párrafo inc. d) en función con el 3° párrafo del mismo artículo, art. 55, art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, arts. 54 y art. 167 inc. 1° del CP	870
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Participación de más de dos personas. Arma. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Lugar despoblado. Masculinidad.	870
Summa:	870
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. (Licencia). Adaro.	871
Fallo:	872
1.- La resolución recurrida	872
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	873
3.- Dictamen del señor Procurador General	873
4.- La solución del caso	873
SENTENCIA:	878
29- TOLEDO HUALPA. 05-07-23.	879
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230705_FcTHM.pdf	879
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, letras d y f, 55 todos del CP y arts. 414, 415, 557, 558 del CPP.	879
Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Convivencia. Ascendiente, Concurso real. Número indeterminado de hechos. Valoración de la prueba. Determinación de la pena	879
Summa:	879
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia). Valerio	879
Fallo:	880
1.- La resolución recurrida	880
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	881
3.- El dictamen del señor Procurador General	881

4.- La solución del caso	882
SENTENCIA:	884
30- CONTRERAS. 02-08-23.	886
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcCCJ.pdf	886
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP	886
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Gravemente ultrajante. Tentativa.	886
Summa:	886
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	888
Fallo:	889
1.- La resolución recurrida	889
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	890
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	890
4.- La solución del caso	890
SENTENCIA:	896
31- GONZALEZ FRANCO. 02-08-23.	897
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGFG.pdf	897
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	897
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Estereotipos negativos de género.....	897
Summa:	897
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	898
Fallo:	899
1.- La resolución recurrida	899
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	899
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	900
4.- La solución del caso	901
SENTENCIA:	906
32- RUIZ MIRANDA. 02-08-23.	907
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcRMM.pdf	907
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en fc. del 4° párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125, 3° párrafo penúltimo supuesto del CP.....	907
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante agravado. Convivencia. Acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores agravada. Víctima menor de trece años de edad. Guarda.	907
Summa:	907
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	908
Fallo:	909
1.- La resolución recurrida	909
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	910
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	911
4.- La solución del caso	911
SENTENCIA	916
33- SUBELZA ORTIZ. 28-08-23.	917
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230828_FcSOC.pdf	917

Lex: Art. 119, 3° párrafo, art. 63, art. 142 inc. 1° y 5 en función del art. 55 del CP. Ley 26485.	917
Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Delito continuado. Privación ilegítima de la libertad. Violencia. Amenazas. Tiempo de duración. Concurso real. Valoración de la prueba. Testigo único. Violencia sexual. Violencia psicológica. Cosificación.	917
Summa:	917
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	918
Fallo	919
1.- La resolución recurrida	919
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	920
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	922
4.- La solución del caso	923
SENTENCIA:	932
34- STRAPPA FIGUEROA. 30-08-23.	933
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230830_FcSFD.pdf	933
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CP. Ley 26485. Arts. 197, 198 inc. 3 y 249 del CPP. Reglas de Brasilia.	933
Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Delito continuado. Violencia de género. Concurso real. Nulidad. Asperger. Vulnerabilidad. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Consentimiento. Error de tipo.	933
Summa:	933
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	934
Fallo:	935
1.- La resolución recurrida	935
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	936
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	941
4.- La solución del caso	943
SENTENCIA:	966
35- CORVALAN PEREZ. 30-08-23.	967
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230830_FcCPL.pdf	967
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	967
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal.	967
Summa:	967
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo.	967
Fallo:	968
1.- La resolución recurrida	968
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	968
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	969
4.- La solución del caso	970
SENTENCIA:	972
36- ALVAREZ P. D. 04-09-23.	973
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230904_FcAPD.pdf	973
Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 16 de la ley 26485.....	973
Vox: VG. Abuso sexual simple. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima. Testigo único. Sargento. Moobing laboral. Declaración del imputado. Amplitud probatoria. Perfil del abusador sexual. Mitos.	973
Summa:	973

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	974
Fallo:.....	975
1.- La resolución recurrida	975
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	975
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	976
4.- La solución del caso	977
SENTENCIA:	981
37- CALDERON BELLO. 27-09-23.....	982
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcCBA.pdf	982
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f, 55 del CP.	982
Vox: VG. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Convivencia. Contexto familiar. Cámara Gesell.	982
Summa:	982
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	983
Fallo:.....	984
1.- La resolución recurrida	984
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	984
3.- El dictamen del Procurador General.....	985
4.- La solución del caso	986
SENTENCIA	997
38- MASACESI. 27-09-23.....	998
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcMMS.pdf	998
Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f, 55 del CP.	998
Vox: VG. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Convivencia. Contexto familiar.	998
Summa:	998
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	999
Fallo.....	1000
1.- La resolución recurrida	1000
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1000
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1002
4.- Audiencia de informe oral	1002
5.- La solución del caso	1002
SENTENCIA:.....	1008
39- DI MARCO. 10-10-23.	1009
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231010_FcDMA.pdf	1009
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	1009
Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Imparcialidad del juez.....	1009
Summa:	1009
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1009
Fallo:.....	1010
1.- La resolución recurrida	1010
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1010
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1011
4.- La solución del caso	1012

SENTENCIA:.....	1015
40- MIRANDA. 23-10-23.	1017
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231023_FcMDR.pdf	1017
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo cuarto, letras b y f y 125, 3° párrafo. 59 inc. 3°, 62, 67, 4° párrafo del CP. Ley 26705 y 27206. CDN. Convención Belém Do Pará.	1017
Vox: NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Guarda. Delito continuado. Promoción a la corrupción de menores agravada. Prescripción. Tutela judicial efectiva. Interés superior del niño. Analogía in malam partem.....	1017
Summa:	1017
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1017
Fallo:	1018
1.- La resolución recurrida	1018
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1018
3.- Dictamen del señor Procurador General	1019
4.- La solución del caso	1019
SENTENCIA:.....	1021
41- TILLAR. 24-10-23.	1023
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231024_FcTGH.pdf	1023
Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP.....	1023
Vox: Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Coito vestibular.....	1023
Summa:	1023
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1024
Fallo	1025
1.- Sentencia recurrida.....	1025
2.- Recurso de casación.....	1026
3.- Dictamen del señor Procurador General	1028
4.- La solución del caso	1028
SENTENCIA.....	1035
42- FREDES. 31-10-23.	1037
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231031_FcFCP.pdf	1037
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. a del CP.	1037
Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Grave daño en la salud mental de la víctima. Monto de la pena. Aplicación de la ley sustantiva. Calificación legal.	1037
Summa:	1037
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia). Valerio.	1038
Fallo	1039
1.- La resolución recurrida	1039
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1040
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1042
4.- La solución del caso	1042
SENTENCIA:.....	1047
43- CORREA LLANO y ot.. 31-10-23.	1048
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231031_FcCLP.pdf	1048
Lex: Art. 346 del CP. Arts. 75 inc. 22 de la CN y arts. 8 y 8.2.h. de la CADH y arts. 14 y 14.5 del PIDCyP. 455, 462 y 467, 474, 475, 477 del CPP. Leyes 8869, 8929, 9040 y 9106, modificada por la ley 9387.	1048

Vox: Oposición al archivo. Querellante particular. Regla de definitividad de las resoluciones. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Puntos de agravio. Especificidad. Tutela efectiva. Doble instancia. Oralidad. Sistema acusatorio. Debido Proceso. Corrupción.	1048
Summa:	1048
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1048
Fallo:	1049
1.- La resolución recurrida	1049
2.- El recurso de casación interpuesto por la querrela particular	1050
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1050
4.- La solución del caso	1050
S E N T E N C I A:	1053
44- DE LAS HERAS. 09-11-23.	1054
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231109_FcDLH.pdf	1054
Lex: Art. 119, 2° párrafo, 55, 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo letra b, 55 del CP. Art. 391 del CPP.	1054
Vox: Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Valoración de la prueba. Principio de congruencia.....	1054
Summa:	1054
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Llorente.....	1054
Fallo:	1055
1.- La resolución recurrida	1055
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1056
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1061
4.- La solución del caso	1061
S E N T E N C I A:	1073
45- PENICO. 13-11-23.	1075
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231113_FcPAE.pdf	1075
Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Resolución 421/18 del Ministerio Público Fiscal: Protocolo de recepción de la declaración de víctimas/testigos personas menores de edad y personas con padecimientos o deficiencias mentales en Cámara Gesell.....	1075
Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual simple. Concurso real. Contexto familiar. Cámara Gesell.	1075
Summa:	1075
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1076
Fallo:	1077
1.- La resolución recurrida	1077
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1077
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1078
4.- La solución del caso	1078
S E N T E N C I A:	1083
46- CANO. 06-12-23.	1084
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231206_FcCEA.pdf	1084
Lex: Art. 119, 3° párrafo, y 45 del CP. Art. 6 inc. de la Ley 26.485 Ley 25673. Convención de Belém do Para.	1084
Vox: VG. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Violencia de género. ILE. Salud reproductiva. Libertad reproductiva. Embarazo. Ciclo de violencia. Luna de miel. Contexto familiar. Deber de diligencia reforzada. Derecho a la verdad. Amplitud probatoria.	1084

Summa:	1084
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia). Valerio.	1086
Fallo:	1087
1.- La resolución recurrida	1087
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1088
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1088
4.- Audiencia de informe oral	1089
5.- La solución del caso	1089
S E N T E N C I A:	1098
47- ESPINOSA BASTIAS. 13-12-23.	1099
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231213_FcEBM.pdf	1099
Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP.....	1099
Vox: VG. NNA. Abuso sexual simple. Contexto familiar.	1099
Summa:	1099
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1099
Fallo:	1100
1.- La resolución recurrida	1100
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1100
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1101
4.- La solución del caso	1101
S E N T E N C I A:	1105
48- MORALES. 19-12-23.	1106
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcMJE.pdf	1106
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b. y f., y 55 del CP.....	1106
Vox: VS. NNA. abuso sexual agravado. Vínculo. Convivencia. Número indeterminado de hechos.	1106
Summa:	1106
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. (Licencia). Palermo.	1106
Fallo:	1107
1.- La resolución recurrida	1107
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1107
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1108
4.- La solución del caso	1109
S E N T E N C I A:	1114
49- GEMEN. 19-12-23.	1115
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcGZB.pdf	1115
Lex: Art. 119, 1° párrafo, 130, 119, 3° párrafo y 55 del CP. Art. 359, 418, 419 del CPP.	1115
Vox: NNA. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Concurso real. Rapto. Monto de la pena. JAI cuestionado.....	1115
Summa:	1115
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia).	1115
Fallo:	1116
1.- La resolución recurrida	1116
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1117
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1118

4.- La solución del caso	1118
SENTENCIA:.....	1121
50- RIVAMAR. 20-12-23.	1122
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231220_FcRAM.pdf	1122
Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, 62 inc. 2° y 67 del CP. Art. 353 inc. 4° del CPP. Leyes 26705 y 27206. CDN. Convención de Belem Do Pará.....	1122
Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Prescripción. Aplicación retroactiva del modo de cómputo. Causales de suspensión de la prescripción de la acción. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad. Test de «consistencia». Test de «razonabilidad»	1122
Summa:	1122
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. (Licencia)	1123
Fallo:	1124
1.- La resolución recurrida	1124
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1125
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1127
4.- La solución del caso	1128
SENTENCIA:.....	1135
51- TAPIA CASTILLO. 21-12-23.	1136
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcTCL.pdf	1136
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55, 54, 125, 3° párrafo y 29 del CP. Arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP. .	1136
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Concurso ideal Promoción a la corrupción de menores agravada. Intimidación.....	1136
Summa:	1136
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Licencia).	1136
Fallo:	1137
1.- La resolución recurrida	1137
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1138
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1139
4.- La solución del caso	1140
SENTENCIA:.....	1153
52- CURBELO. 21-12-23.	1154
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcCLE.pdf	1154
Lex: Art. 119, 2° párrafo, en función con el 4° párrafo, inc. b; art. 119, 1°r párrafo, art 55 del CP.	1154
Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Abuso sexual simple. Número indeterminado de hechos, en concurso real.	1154
Summa:	1154
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia). Adaro.	1154
Fallo:	1155
I.- La sentencia recurrida.....	1155
II.- El recurso de casación.....	1155
III.- Dictamen del señor Procurador General	1156
IV.- La solución del caso	1156
SENTENCIA:.....	1160
53- PAEZ LEPEZ. 21-12-23.	1161
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcPLF.pdf	1161

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	1161
Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal.	1161
Summa:	1161
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	1161
Fallo:	1162
1.- La resolución recurrida	1162
2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados	1163
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1164
4.- La solución del caso	1166
S E N T E N C I A:	1170
54- DIAZ MAMANI. 21-12-23.	1171
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcDML.pdf	1171
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, 42 y 119, 3° párrafo, 45, 46 y 55 del CP. Acordada 29051	1171
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Tentativa acabada. Desistimiento. Participación de dos o más personas. Concurso real.	1171
Summa:	1171
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	1171
Fallo:	1172
1.- La resolución recurrida	1172
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1173
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1173
4.- Audiencia de informe oral	1173
5.- La solución del caso	1173
S E N T E N C I A:	1177
55- GONZALEZ. 21-12-23.	1178
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcGPD.pdf	1178
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, 150, 162 y 55; arts. 119, 3° párrafo, y 55 del CP.....	1178
Vox: VG. Coacciones. Violación de domicilio. Hurto simple. Contexto de violencia de género. Abuso sexual con acceso carnal. Concurso real.....	1178
Summa:	1178
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	1178
Fallo:	1179
1.- La resolución recurrida	1179
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1180
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1181
4.- La solución del caso	1181
S E N T E N C I A:	1184
56- CONTRERA. 22-12-23.	1185
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf	1185
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el art. 119, 3° párrafo, 58, 72 inc. 2° del CP. Art. 9, 491 del CPP Art. 8.2 y 8.4 de la CADH. Art. 14.7 del PIDCyP. Art. 75 inc. 22 de la CN.....	1185
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Instancia de acción penal. Retracción. Principio de la doble persecución penal. Non bis in idem o ne bis in idem. Error de tipo objetivo. Dolo. Recurso de queja. Extemporaneidad de la presentación de la fundamentación del recurso in pauperis del acusado. Doble conforme.	1185

Summa:	1185
SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Llorente. (Licencia).....	1186
Fallo:	1187
1.- La resolución recurrida	1187
2.- El recurso de casación.....	1187
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1188
4.- La solución del caso	1188
S E N T E N C I A:	1198
57- SILVA FERNANDEZ. 29-12-23.	1199
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231229_FcSFE.pdf	1199
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f y art. 55del CP.	1199
Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Concurso real Monto de la pena. Individualización de la pena. Principio de congruencia.	1199
Summa:	1199
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. (Disidencia parcial).....	1200
Fallo:	1201
1.- La sentencia recurrida.....	1201
2.- El recurso de casación.....	1201
3.- Dictamen del señor Procurador General	1202
4.- La solución del caso	1202
S E N T E N C I A:	1209
CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas. Violación de domicilio.	1211
1- RODRIGUEZ VAZQUEZ. 30-03-23.	1211
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf	1211
Lex: Art. 150, 183, 55 del CP. Art. 4 ley 26.85. Art. 2 y 414 del CPP.	1211
Vox: VG. Violación de domicilio. Daño. Concurso real. Violencia de género. Testigo de referencia, indirecto o testigo de oídas. Absolución. Nulidad de la sentencia.	1211
Summa:	1211
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Licencia)	1212
Fallo:	1213
1.- La resolución recurrida	1213
2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal.....	1213
3.- Dictamen del señor Procurador General	1217
4.- La solución del caso	1218
SENTENCIA:	1234
2- SANTANA DEVITO. 04-04-23.	1235
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230404_FcSDL.pdf	1235
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1235
Vox: VG. Amenazas simples. Idoneidad. Violencia de género. Vulnerabilidad. Retracción.....	1235
Summa:	1235
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1236
Fallo:	1237
1.- La resolución recurrida	1237
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1238

3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1239
4.- La solución del caso	1239
SENTENCIA	1248
3- SUAREZ HERRERA. 05-04-23.	1250
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230405_FcSHJ.pdf	1250
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 y 5 de la ley 26485.....	1250
Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Idoneidad. Temor.	1250
Summa:	1250
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia).	1250
Fallo:	1251
1.- La resolución recurrida	1251
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1252
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1252
4.- La solución del caso	1253
SENTENCIA:	1255
4- ALVAREZ FUNES. 10-04-23.	1256
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcAFR.pdf	1256
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1256
Vox: Amenazas simples. Revocación de la condicionalidad de la ejecución de la condena. Unificación de pena. Unidad de la prueba.....	1256
Summa:	1256
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia)	1256
Fallo:	1257
1.- La resolución recurrida	1257
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1257
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1258
4.- La solución del caso	1259
SENTENCIA:	1261
5- JURI SUAREZ. 05-05-23.	1262
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcJSD.pdf	1262
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 del CP. Arts. 351, 353 inc. 4 del CPP.	1262
Vox: Amenazas agravadas. Arma de fuego. Prescripción. Sobreseimiento. Causa interruptiva. Actos interruptivos.	1262
Summa:	1262
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. (Licencia). Adaro.	1262
Fallo:	1263
1.- La resolución recurrida	1263
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1263
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1264
4.- La solución del caso	1264
SENTENCIA:	1266
6- GUZMAN RIVEIRA. 10-05-23.	1267
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcGRR.pdf	1267
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 239 del CP.....	1267

Vox: VG. Desobediencia. Amenazas simples. Concurso real. Unificación de pena.	1267
Summa:	1267
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Licencia).	1267
Fallo:	1268
1.- La resolución recurrida	1268
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1269
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1270
4.- La solución del caso	1270
SENTENCIA:	1278
7- BUCCA PARADA. 16-05-23.	1279
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230516_FcBPN.pdf	1279
Lex: Art. 5, 45 y 149 bis, 1° párrafo, 183 y 55 del CP	1279
Vox: VG. Amenazas. Daño simple. Concurso real. Individualización de la pena. Determinación de la pena.	1279
Summa:	1279
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1279
1.- La resolución recurrida	1280
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1281
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1281
4.- La solución del caso	1282
SENTENCIA:	1285
8- HASI GARCIA. 17-05-23.	1286
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcHGJ.pdf	1286
Lex: Art. 239, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.....	1286
Vox: VG. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Amenazas simples.	1286
Summa:	1286
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1287
Fallo:	1288
1.- La resolución recurrida	1288
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1288
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1289
4.- Audiencia de informe oral	1290
5.- La solución del caso	1290
SENTENCIA:	1293
9- ABDO BADUI. 12-06-23.	1295
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf	1295
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 59 inc. 3, 62 y 67, 6° párrafo inc. b, c, d y e del CP y 353 inc. 4 del CPP. CEDAW. Art. 4, 3 inc. g), 10 inc. c) y 25 de la ley 26485; art. 30 de la ley 8008; art. 3 de la ley 8.653/2014, art. 7 de la Convención de Belém do Pará, art. 2 de CEDAW, Recomendación General n° 33 de la CEDAW.	1295
Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. EPI. Informes. Pericias. Actos interruptivos. Prescripción.....	1295
Summa:	1295
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).	1296
Fallo:	1297

1.- La resolución recurrida	1297
2.- El recurso de casación de la defensa	1298
3.- Dictamen del Procurador General	1299
4.- Audiencia de informe oral	1299
5.- La solución del caso.....	1300
SENTENCIA:	1310
10- TABOADA ALEMAN. 03-07-23.	1311
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcTAE.pdf	1311
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 2 del CPP. Ley 26485. CEDAW.....	1311
Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Absolución. Nulidad de la sentencia.	1311
Summa:	1311
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1312
Fallo:	1313
1.- La resolución recurrida	1313
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1313
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1316
4.- La solución del caso	1316
SENTENCIA:	1334
11- BIZAGUIRRE. 12-07-23.	1335
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230712_FcBMJ.pdf	1335
Lex: Art. 144 ter, inc. 1° en función del art. 45 del CP.	1335
Vox: Tortura. Tortura psicológica. Funcionario público. Coautoría. Plazo razonable.	1335
Summa:	1335
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Llorente.....	1335
Fallo:	1336
1.- La sentencia recurrida.....	1336
2.- El recurso de casación de la defensa de Daniel Perón González (fs. 4483/4502)	1337
3.- El recurso de casación de la defensa de Edgardo Yoel Quero Rey y de José Alejandro Arredondo	1340
4.- El recurso de casación de la defensa de Jonathan Bizaguirre, Germán Núñez y Luis D'Ambrosio	1342
5.- Dictamen del señor Procurador General	1344
6.- La solución	1344
SENTENCIA	1366
12- APARICIO. 08-08-23.	1367
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230808_FcALR.pdf	1367
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 y 16 de la Ley 26.485. CEDAW. Convención Belém Do Pará.....	1367
Vox: VG. Amenazas simples. Estereotipo. Idoneidad de los dichos.	1367
Summa:	1367
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. (Licencia) Palermo.	1368
Fallo:	1369
1.- La resolución recurrida	1369
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1370
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1370

4.- La solución del caso	1371
SENTENCIA	1375
13- REYNOSO BARAGUA. 04-09-23.	1377
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230904_FcRBJ.pdf	1377
Lex: Art. 239, 55, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto y art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. ..	1377
Vox: VG. JAI. Desobediencia a una orden judicial. Contexto de violencia de género. Amenazas simples y agravadas. Arma. Unificación.....	1377
Summa:	1377
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1377
Fallo	1378
1.- La resolución recurrida	1378
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1379
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1379
4.- La solución del caso	1379
SENTENCIA:	1381
14- LOPEZ PUELLES. 15-09-23.	1382
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcLPC.pdf	1382
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la ley 26485. Principios de Yogyakarta	1382
Vox: VG. Amenazas simples. Perspectiva de género. Soporte tecnológico. Cadena de custodia. Confiabilidad. Legalidad. Derecho de defensa. Pericia. Informe técnico. Conversación privada. Expectativa de reserva. Derecho a la intimidad. Estereotipos de género. Violencia por prejuicio.	1382
Summa:	1382
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	1384
Fallo	1385
1.- La resolución recurrida	1385
2.- El recurso de casación de la defensa	1385
3.- Dictamen del Procurador General	1387
4.- Audiencia de información oral.....	1388
5.- La solución del caso	1388
SENTENCIA:	1400
15- MARTINEZ BECERRA. 25-09-23.	1401
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230925_FcMBR.pdf	1401
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.	1401
Vox: . VG. Amenazas simples. Idoneidad. Pregunta sugestiva.	1401
Summa:	1401
SCJM. Dres.: Valerio.Palermo. Adaro.....	1401
Fallo	1402
1.- La resolución recurrida	1402
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1402
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1403
4.- La solución del caso	1403
SENTENCIA:	1407
16- CORBERA. 02-10-23.	1408

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231002_FcCSA.pdf	1408
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP.	1408
Vox: Amenazas agravadas. Arma. Valoración de la prueba.	1408
Summa:	1408
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo.	1408
Fallo:	1409
1.- La resolución recurrida	1409
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1409
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1410
4.- La solución del caso	1411
S E N T E N C I A:	1413
17- AVENDAÑO. 04-10-23.	1414
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231004_FcACM.pdf	1414
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 15, 58 del CP. Art. 527 CPP. Art. 4 de la Ley 26485.	1414
Vox: VG. Amenazas simples. Contexto de violencia de género.....	1414
Summa:	1414
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1414
Fallo:	1415
1.- La resolución recurrida	1415
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1416
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1416
4.- Audiencia de informe oral	1417
5.- La solución del caso	1417
S E N T E N C I A:	1424
18- VERDUGO. 08-11-23.	1425
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231108_FcVRV.pdf	1425
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.	1425
Vox: VG. Coacción. Retracción. Relato de la víctima.....	1425
Summa:	1425
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1426
Fallo:	1427
1.- La resolución recurrida	1427
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1427
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1428
4.- La solución del caso	1429
S E N T E N C I A:	1431
19- AVEIRO. 21-11-23.	1432
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231121_FcAOD.pdf	1432
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.	1432
Vox: . Coacciones simples. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.....	1432
Summa:	1432
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. (Licencia). Valerio.	1432
Fallo:	1433
1.- La resolución recurrida	1433

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1433
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1435
4.- Audiencia de informe oral	1436
5.- La solución del caso	1436
SENTENCIA:	1441
20- GUARDIA. 27-11-23.	1443
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231127_FcGLR.pdf	1443
Lex: Art. 183, 150, 92, 89, 80 inc. 1 y 11, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto y 55 del CP. Arts. 13 del CP y Art. 33 de la ley 8465. Art. 295 inc. 3 del CPP.	1443
Vox: VG. Daño simple. Violación de domicilio. Lesiones leves calificadas. Amenazas agravadas. Arma. Concurso real. Unificación de pena. Nulidad parcial. Recurso de revisión. Competencia. JAI.	1443
Summa:	1443
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1443
Fallo:	1444
1.- La resolución recurrida	1444
2.- El recurso de revisión interpuesto por la defensa	1444
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1445
4.- La solución del caso	1445
RESUELVE:	1449
CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.	1452
1- TOLEDO PEREYRA. 22-02-23.	1452
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf	1452
Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 167 inc. 2, 164 y 55 CP	1452
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y banda. Robo simple. Tentativa. Concurso real. Principio de la unidad de la prueba.	1452
Summa:	1452
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)	1452
Fallo:	1453
1.- La resolución recurrida	1453
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1454
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1454
4.- La solución del caso	1455
SENTENCIA:	1457
2- LINEROS LAGOS. 28-02-23.	1458
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230228_FcLLL.pdf	1458
Lex: Art. 164, 42, 89, 55 y 26 del CP.....	1458
Vox: Robo simple. Tentativa. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Valoración de la prueba. Calificación legal. Acto jurisdiccional válido.	1458
Summa:	1458
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1458
Fallo:	1459
1.- Sentencia recurrida.....	1459
2.- Recurso de casación.....	1460
3.- Dictamen del señor Procurador General	1461

4.- La solución del caso	1461
SENTENCIA:	1463
3- ROJAS ZUÑIGA. 13-03-23.	1465
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf	1465
Lex: Art. 165,47 del CP	1465
Vox: Homicidio en ocasión de robo. Dolo. Participación primaria. Participación secundaria. Convergencia intencional.....	1465
Summa:	1465
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1465
4- DIAZ GONZALEZ y ots.. 13-03-23.	1466
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcDGE.pdf	1466
Lex: Art. 167, inc. 2°, art. 166 inc. 2°, 3° párrafo y art. 54 del CP	1466
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Concurso ideal. Arma de fuego no apta. Unificación de pena. Derecho al recurso. Momento consumativo.	1466
Summa:	1466
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	1467
Fallo:	1468
I.- Sentencia recurrida.....	1468
II.- El recurso de casación de la defensa	1469
III.- Dictamen del señor Procurador General	1469
IV.- La solución del caso	1469
SENTENCIA:	1472
5- ALMONTE. 29-03-23.	1473
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf	1473
Lex: Art. 166 del CP. Art. 201 inc. 4°, 202, 197, 207, 314, 229 del CPP. Art. 1 de la ley 8008, reformado por ley 8911. Ley 27411 -que ratifica el Convenio de Budapest.	1473
Vox: Robo. Extracción de datos. Derecho a la intimidad. Nulidad. Nulidades genéricas. Nulidades específicas. Exclusión probatoria. Plenario. Impugnabilidad objetiva. Geolocalización de los teléfonos celulares. Doctrina de terceros. Renuncia a su expectativa de privacidad.	1473
Summa:	1473
SCJM. Dra. Day. Dres. : Palermo. (Disidencia parcial). Valerio. Gómez. Adaro. Llorente. Garay. Plenario	1475
Fallo:	1476
1.- La resolución recurrida	1479
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1479
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1480
4.- Audiencia de informe oral	1480
5.- La solución del caso	1480
SENTENCIA	1567
6- FLORES SUAREZ. 13-04-23.	1568
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcFSK.pdf	1568
Lex: Art. 167 inc. segundo, 42 y 55 del CP.	1568
Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Tentativa. Motivación. Calificación legal. Manifestación del testigo. Credibilidad. Coherencia.....	1568
Summa:	1568
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1568

Fallo:	1569
1.- La sentencia recurrida.....	1569
2.- El recurso de casación.....	1569
3.- Dictamen del Señor Procurador General.....	1570
4.- La solución	1571
SENTENCIA	1573
7- SALOMON NAVARRO. 20-04-23.	1574
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230420_FcSNM.pdf	1574
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 54 y 166 inc. 1° del CP	1574
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Lesiones graves.....	1574
Summa:	1574
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1574
Fallo:	1575
1.- Sentencia recurrida.....	1575
2.- El recurso de casación de la defensa de Mario Federico Salomón Navarro.....	1576
3.- Dictamen del Procurador General	1576
4.- La solución del caso	1576
SENTENCIA:	1579
8- RAMOS LOPEZ. 24-04-23.	1580
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230424_FcRLD.pdf	1580
Lex: Art. 167 inc. 2, 54 y 166 inc. 2, 3° párrafo del CP	1580
Vox: Robo agravado. Poblado y Banda. Concurso ideal. Arma de fuego no apta. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.	1580
Summa:	1580
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1580
Fallo:	1581
1.- La resolución recurrida	1581
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel José Ramos López.....	1582
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1582
4.- La solución del caso	1583
SENTENCIA:	1586
9- TAPIA FUENTES. 27-04-23.	1587
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230427_FcTFR.pdf	1587
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1587
Vox: Robo agravado. Arma impropia.	1587
Summa:	1587
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1587
Fallo:	1588
1.- La resolución recurrida	1588
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1589
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1589
4.- La solución del caso	1590
SENTENCIA:	1591
10- OVANDO ABALLAY y ot.. 09-05-23.	1593

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230509_FcOAA.pdf	1593
Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° y 2° supuesto y 54, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP.....	1593
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Amenazas agravadas. Arma.	1593
Summa:	1593
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Licencia).	1593
Fallo:	1594
1.- La resolución recurrida	1594
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Ariel Darío Ovando Aballay.....	1596
3.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Hernán López Agullo.....	1597
4.-Dictamen del Señor Procurador General.....	1599
5.- La solución del caso	1599
SENTENCIA:	1606
11- CAMARGO. 10-05-23.	1608
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcCCM.pdf	1608
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1608
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Res furtiva no hallada.....	1608
Summa:	1608
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia). Adaro.	1608
Fallo:	1609
I.- La sentencia recurrida.....	1609
II.- El recurso de casación.....	1610
III.- Dictamen del señor Procurador General	1610
IV.- La solución del caso	1610
SENTENCIA:	1612
12- ALCARAZ FERRER. 22-05-23.	1613
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf	1613
Lex: Art. 166, inc. 2, 2° párrafo, 55, 150 del CP	1613
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Violación de domicilio. Concurso real. Unidad de la prueba.....	1613
Summa:	1613
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1614
Fallo:	1615
1.- La resolución recurrida	1615
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1616
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1617
4.- La solución del caso	1618
SENTENCIA:	1625
13- SANCHEZ ORTIZ y ot.. 28-06-23.	1626
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230628_FcSOL.pdf	1626
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 45 del CP.	1626
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva. Fundamentación.	1626
Summa:	1626
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)	1626

Fallo:	1627
1.- La resolución recurrida	1627
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1627
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1628
4.- La solución del caso	1628
SENTENCIA	1630
14- FIGUEROA ARRIGA. 06-07-23. (JJ)	1631
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf	1631
Lex: Art. 80 inc. 7° y 45 del CP.	1631
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Juicio por Jurados.	1631
Summa:	1631
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	1631
15- TORRES VERA. 28-07-23.	1632
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230728_FcTVJ.pdf	1632
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo; 167 inc. 2° y 54 del CP.	1632
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada Poblado y en banda. Concurso ideal. Credibilidad del testigo.	1632
Summa:	1632
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1632
Fallo:	1633
1.- La resolución recurrida	1633
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1634
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1636
4.- La solución del caso	1637
SENTENCIA:	1644
16- BATOCHIA GUZMAN. 01-08-23.	1645
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcBGA.pdf	1645
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 164, 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 4° del CP.	1645
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Robo simple. Efracción. Principio de congruencia. Valoración de la prueba.	1645
Summa:	1645
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1645
Fallo:	1646
1.- La sentencia recurrida.....	1646
2.- El recurso de casación de la defensa	1647
3.- Dictamen del señor Procurador General	1647
4.- La solución del caso	1648
SENTENCIA:	1652
17- LACROUX CARREÑO. 14-08-23.	1654
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230814_FcLCR.pdf	1654
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45 del CP.	1654
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso ideal. Poblado y banda. Intervención. Disfraz – sotana, túnica negra- de sacerdote o misionero religioso. Chofer. Transportista. División de tareas o roles. Coautoría. Participación	

primaria. Criterios cualitativos. Criterios cuantitativos. Peso social de la aportación. Monto de la pena. Violencia. Vulnerabilidad. Logística. Extensión del daño.....	1654
Summa:	1654
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	1655
Fallo	1656
1.- La sentencia recurrida.....	1656
2.- El recurso de casación.....	1657
3.- Dictamen del señor Procurador General	1657
4.- La solución del caso	1658
SENTENCIA	1661
18- NUÑEZ. 28-11-23.	1662
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231128_FcNCF.pdf	1662
Lex: Art. 166, 2° párrafo, 1° supuesto, 55 y 189 bis, inc. 2, 1° párrafo, 41 del CP.	1662
Vox: Robo agravado. Arma. Concurso real. Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional. Monto de la pena. Fin de la pena. Finalidad retributiva limitada por la culpabilidad del autor.....	1662
Summa:	1662
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1662
Fallo	1663
1.- La resolución recurrida	1663
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1664
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1665
4.- La solución del caso	1665
S E N T E N C I A:.....	1667
58- ORTEGA. 29-11-23.	1668
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231129_FcORP.pdf	1668
Lex: Art. 42, 163 inc. 6°, 92 en función del art. 80, 149 bis, 1° párrafo y 183 del CP. CADH. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Convención contra la Tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas.	1668
Vox: Hurto agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Tentativa. Lesiones leves agravadas por ser provocadas a un miembro de las fuerzas policiales. Amenazas. Daño. Debido proceso. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Determinación de la pena. Principio de legalidad. Principio de congruencia. Cambio de calificación legal. Derecho de defensa. Funcionario público.	1668
Summa:	1668
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1668
Fallo:	1669
1.- La resolución recurrida	1669
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1670
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1671
4.- La solución del caso	1672
S E N T E N C I A:.....	1676
59- PAEZ. 30-11-23.	1677
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231130_FcPCM.pdf	1677
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 266, 321 del CPP. Art. 10 de la ley 22.172.	1677
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Recorrido o muestreo fotográfico. Reconocimiento por fotografía. Reconocimiento en rueda de personas.....	1677

Summa:	1677
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)	1677
Fallo:	1678
1.- La resolución recurrida	1678
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1678
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1680
4.- La solución del caso	1680
S E N T E N C I A:	1686
60- CORREA AMAYA. 07-12-23.	1688
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231207_FcCAC.pdf	1688
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 42 y 45 del CP.	1688
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Cuchillo. Tentativa. Valoración de la prueba.	1688
Summa:	1688
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1688
Fallo	1689
1.- La resolución recurrida	1689
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1689
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1690
4.- La solución del caso	1691
S E N T E N C I A:	1692
61- HIDALGO y ot.. 18-12-23.	1693
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231218_FcHRA.pdf	1693
Lex: Art. 162 del CP. Art. 38, inc. b de la ley 9106.	1693
Vox: Hurto simple. Tuercas. Neumático. Tentativa. Unificación.....	1693
Summa:	1693
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro. (Licencia)	1693
Fallo:	1694
1.- La resolución recurrida	1694
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1695
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1696
4.- La solución del caso	1697
S E N T E N C I A:	1700
62- JOFRE. 21-12-23.	1701
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcJFN.pdf	1701
Lex: Art. art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP.	1701
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Valoración de la prueba. Sana crítica.....	1701
Summa:	1701
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia).	1701
Fallo:	1702
I.- La sentencia recurrida.....	1702
II.- El recurso de casación.....	1703
III.- Dictamen del señor Procurador General	1703
IV.- La solución del caso	1703

SENTENCIA:.....	1705
63- RENGIFO. 21-12-23.	1706
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcRCD.pdf	1706
Lex: Art. 167, inc. 1°; 166 inc. 2°, 2° párrafo y art. 277, inc. 1°, apartado c), 55, 41, todos del CP. 1706	
Vox: Robo agravado. Despoblado y en banda. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso real. Encubrimiento simple. Determinación de la pena.	1706
Summa:	1706
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia) Adaro.	1706
Fallo:	1707
I.- La sentencia recurrida.....	1707
II.- El recurso de casación.....	1707
III.- Dictamen del señor Procurador General	1708
IV.- La solución del caso	1708
SENTENCIA:.....	1710
64- VERGARA y MANSILLA. 21-12-23.	1711
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVBF.pdf	1711
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 42, 41del CP.....	1711
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Determinación de la pena.1711	
Summa:	1711
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia).	1711
Fallo	1712
1.- La resolución recurrida	1712
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1713
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1713
4.- La solución del caso	1713
SENTENCIA:.....	1715
65- MAYA. 21-12-23.	1716
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcMEF.pdf	1716
Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP.	1716
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Concurso ideal. Poblados y en banda. Determinación de la pena.	1716
Summa:	1716
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia).	1716
Fallo:	1717
1.- La resolución recurrida	1717
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.....	1717
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1718
4.- La solución del caso	1718
SENTENCIA:.....	1720
66- CONTRERAS. 28-12-23.	1721
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcCOR.pdf	1721
Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 42, 47 del CP	1721
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Consumación. Tentativa. Momento consumativo. Actos de disponibilidad. Participación. Coautoría. Exceso.	1721
Summa:	1721

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1722
Fallo:	1723
1. La resolución recurrida	1723
2. El recurso de casación de la defensa	1723
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1724
4.- La solución del caso	1725
S E N T E N C I A:	1729
CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.	1732
1- FANESI. 16-02-23.	1732
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcFSA.pdf	1732
Lex: Art. 183 del CP	1732
Vox: Daño. Acto jurisdiccional válido.	1732
Summa:	1732
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	1732
Fallo:	1733
1.- Sentencia recurrida.....	1733
2.- Recurso de casación.....	1734
3.- Dictamen del señor Procurador General	1734
4.- La solución del caso	1735
SENTENCIA:	1739
2- LOBOS GRAS. 10-04-23.	1740
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf	1740
Lex: Art. 173 del CP	1740
Vox: Defraudación en perjuicio de la administración pública. Firmeza de la sentencia. Recurso de queja. Detención. Juez competente. Juez de ejecución.	1740
Summa:	1740
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro. (Licencia)	1741
Fallo:	1742
1.- La resolución recurrida	1742
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1742
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1744
4.- La solución del caso	1744
SENTENCIA:	1746
3- SALGADO. 10-05-23.	1748
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSH.pdf	1748
Lex: Art. 174 inc. 5°, 59 inc. 3, 62 y 67 del CP. Art. 36 de la CN.	1748
Vox: Administración infiel en perjuicio de la administración pública. Tentativa. Prescripción. Imprescriptibilidad. Corrupción pública. Orden constitucional. Sistema democrático. Plazo razonable.....	1748
Summa:	1748
SCJM. Dras.: Day. Miquel. Marsala	1748
Fallo:	1749
1.- La resolución recurrida	1749
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1750
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1751

4.- La solución del caso	1752
SENTENCIA:	1753
4- FERNANDEZ y GOREZ. 17-05-23.	1755
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcFSO.pdf	1755
Lex: Art. 173 inc. 11 CP	1755
Vox: Desbaratamiento de derechos. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.	1755
Summa:	1755
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1755
Fallo:	1756
1.- La resolución recurrida	1756
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1757
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1758
4.- La solución del caso	1758
SENTENCIA:	1761
5- CARMONA CAMPS y DE GIUSEPPE. 06-06-23.	1762
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230606_FcCCJ.pdf	1762
Lex: Art. 168, 1° párrafo del CP.....	1762
Vox: Extorsión. Simulación de falsa orden de autoridad.....	1762
Summa:	1762
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1762
Fallo:	1763
1.- La resolución recurrida	1763
2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas	1764
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1767
4.- La solución del caso	1767
SENTENCIA:	1772
6- SANCHEZ TORO. 21-06-23.	1773
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230621_FcSTJ.pdf	1773
Lex: Art. 181 inc. 3° del CP.	1773
Vox: Usurpación. Turbación de la posesión. Nulidad de la sentencia. Nuevo debate.	1773
Summa:	1773
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Disidencia).....	1774
Fallo:	1775
1.- Sentencia recurrida.....	1775
2.- Recurso de casación.....	1776
3.- Dictamen del señor Procurador General	1776
4.- La solución del caso	1777
SENTENCIA:	1781
7- GUEVARA y ot.. 01-08-23.	1783
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcGVH.pdf	1783
Lex: Art. 172, 173 inc. 7°, 67, 6° párrafo letra d del CP.....	1783
Vox: Defraudación. Administración fraudulenta. Prescripción.	1783
Summa:	1783
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Unánime)	1783

Fallo:	1784
1.- La resolución recurrida	1784
2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular	1785
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1786
4.- La solución del caso	1786
SENTENCIA	1794
8- RUIZ MORALES. 16-08-23.	1795
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230816_FcRML.pdf	1795
Lex: Art. 184 inc. 1° del CP. Art. 414, 2 del CPP.	1795
Vox: Daño agravado. Venganza de las determinaciones. Absolución. Duda. Acto jurisdiccional válido.....	1795
Summa:	1795
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. (Licencia). Palermo.	1795
Fallo:	1796
1.- La resolución recurrida	1796
2.- El recurso de casación interpuesto por Ministerio Público Fiscal	1797
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1798
4.- La solución del caso	1798
SENTENCIA:	1799
9- AGÜERO ALVINO. 27-09-23.	1800
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcAAB.pdf	1800
Lex: Art. 181 inc. 1°, 59, 62, 67 del CP.	1800
Vox: Usurpación. Actos interruptivos. Prescripción. Sentencia anulada no tiene efecto jurídico para interrumpir la prescripción.	1800
Summa:	1800
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1800
Fallo:	1801
1.- La resolución recurrida	1801
2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular	1801
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1802
4.- La solución del caso	1802
S E N T E N C I A:	1804
10- PERALTA. 25-10-23.	1805
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231025_FcPAE.pdf	1805
Lex: Art. 173 inc. 7°, 53 inc. 3°, 62, 67 del CP. Art. 475 del CPP.....	1805
Vox: Prescripción. Defraudación por administración fraudulenta. Perjuicio patrimonial. Gravamen irreparable. Sentencia definitiva. Impugnabilidad objetiva. Regla de definitividad de las resoluciones.	1805
Summa:	1805
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo	1805
Fallo:	1806
1.- La resolución recurrida	1806
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1807
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1808
4.- La solución del caso	1809

SENTENCIA:.....	1811
11- VIDELA y ot.. 03-11-23.....	1812
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231103_FcVAE.pdf	1812
Lex: Art. 181 inc. 1° del CP. Art. 155 del CPP.	1812
Vox: Usurpación. Nuevo debate. Posesión real y efectiva. Actos posesorios. Valoración de la prueba. Principio de la unidad de la prueba. Nulidad. Nuevo debate.....	1812
Summa:	1812
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	1812
Fallo:	1813
1.- La resolución recurrida	1813
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1814
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1815
4.- La solución del caso	1816
SENTENCIA:.....	1818
CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación.	1819
1- SILVA ALARCON. 13-02-23	1819
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcSAC.pdf	1819
Lex: Art. 205, 189 bis inc. 2°, 1° supuesto del CP. Art. 4 del DNU 297/2020 y art. 1 del DNU 408/2020.....	1819
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio. JAI cuestionado. Nulidad de la sentencia. Nuevo debate.	1819
Summa:	1819
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1822
Fallo:	1823
1.- La resolución recurrida	1823
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1824
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1824
4.- La solución del caso	1824
SENTENCIA:	1827
2- ARAYA. 24-02-23.	1828
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230224_FcAE.pdf	1828
Lex: Art. 189 bis (2), 6° párrafo del CP.	1828
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Figura atenuada. Nulidad de la sentencia.	1828
Summa:	1828
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1828
Fallo:	1829
1.- La resolución recurrida	1829
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal	1830
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1830
4.- La solución del caso	1831
SENTENCIA:	1832
3- CRUZ SOTO. 24-04-23.....	1833
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230424_FcCSE.pdf	1833
Lex: Art. 189, 34 inc. 3° del CP	1833
Vox: Portación de arma de fuego de uso civil. Valoración de la prueba. Causa de justificación. ...	1833

Summa:	1833
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio	1833
Fallo:	1834
1.- La resolución recurrida	1834
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1835
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1835
4.- La solución del caso	1835
SENTENCIA:	1838
4- BUENANUEVA. 02-05-23.	1839
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcBMA.pdf	1839
Lex: Art. 186 inc. 4 y art. 42 del CP. Art. 38 de la Ley 9106.	1839
Vox: Incendio. Peligro de muerte. Tentativa. Nulidad. Determinación de la pena.....	1839
Summa:	1839
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1839
Fallo:	1840
1.- La resolución recurrida	1840
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1841
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1842
4.- Audiencia de informe oral	1843
5.- La solución del caso	1843
SENTENCIA:	1851
5- AMORES PROSPITTI. 04-05-23.	1852
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230504_FcAPA.pdf	1852
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2, 1° párrafo del CP. Art. 216, 217 del CPP.....	1852
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Competencia. Buena fe procesal. Lógica adversarial.....	1852
Summa:	1852
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio. (Disidencia)	1852
Fallo:	1853
I.- La resolución recurrida	1853
II.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1854
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1854
IV.- La solución del caso	1854
SENTENCIA:	1866
6- RODRIGUEZ PEREZ. 08-05-23.	1868
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230508_FcRPC.pdf	1868
Lex: Art. 189 <i>bis</i> , inc. 2, 4° párrafo; art. 55; art. 239, 1° supuesto; art. 54 y art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 8° del CP	1868
Vox: Portación. Arma de fuego de guerra de uso civil condicional. Resistencia a la autoridad. Concurso ideal. Lesiones leves dolosas agravadas por la condición del sujeto pasivo. Figura atenuada.	1868
Summa:	1868
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	1868
Fallo:	1869
I.- La sentencia recurrida.....	1869
2.- El recurso de casación de la defensa	1870

3.- Dictamen del señor Procurador General	1870
4.- La solución del caso	1871
SENTENCIA:	1873
7- RIVES HERNANDES. 17-05-23.	1874
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcRHS.pdf	1874
Lex: Art. 149 primer párrafo primer supuesto, 189 bis apartado segundo primer párrafo, 89 y 55 del CP	1874
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Lesiones leves dolosas. Amenazas simples. Concurso real. Unidad de la prueba.....	1874
Summa:	1874
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1874
Fallo:	1875
1.- La resolución recurrida	1875
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1875
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1877
4.- La solución del caso	1877
SENTENCIA:	1880
8- MIYICAY SILVA. 22-05-23.	1881
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcMSC.pdf	1881
Lex: 189 bis apartado segundo 1° párrafo del CP. Art. 217, 219 del CPP.	1881
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Nulidad registro domiciliario. Derecho de exclusión. Allanamiento. Consentimiento informado.	1881
Summa:	1881
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1881
Fallo:	1882
1.- La resolución recurrida	1882
2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.....	1883
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1884
4.- La solución del caso	1884
SENTENCIA:	1889
9- ROMERO. 22-05-23.	1890
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcRSC.pdf	1890
Lex: 189 bis inc. 2, párrafos 1°, 2° y 7° y 54 del CP.	1890
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Arma de fuego de guerra. Licencia vencida. Tipicidad. Conocimiento efectivo. Reglas de atribución del conocimiento. Dolo.....	1890
Summa:	1890
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).....	1890
Fallo:	1891
1.- La resolución recurrida	1891
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1891
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1893
4.- La solución del caso	1893
SENTENCIA:	1900
10- JIMENEZ ATAMPI. 05-06-23.	1901
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230605_FcJAC.pdf	1901

Lex: 189 bis inc. 2, 1° párrafo del CP. Art. 217, 219 del CPP. Art. 19 inc.3, 475 y 478 inc. 1° del CPP. Ley 26216.	1901
Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Amnistía. Entrega voluntaria del arma. Excepción de previo y especial pronunciamiento. Principio de legalidad. Principio pro reo. Principio pro homine. ANMAC.	1901
Summa:	1901
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1901
Fallo:	1902
1.- La resolución recurrida	1902
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1902
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1903
4.- La solución del caso	1903
SENTENCIA:	1905
11- ALANIZ ULLOA. 02-08-23.	1906
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcAUJ.pdf	1906
Lex: Art. 189 bis, apartado 2, 4° párrafo, 50 del CP.....	1906
Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra de uso civil. Calificación legal. Participación.	1906
Summa:	1906
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1906
Fallo:	1907
1.- La resolución recurrida	1907
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1908
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1908
5.- La solución del caso	1909
SENTENCIA:	1911
12- PERALTA CALDERON. 28-12-23.	1913
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcPCS.pdf	1913
Lex: Art. 189 Bis inc. 2, 3° párrafo, 55, 205 del CP.....	1913
Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra de uso civil condicional. Violación de las medidas sanitarias. Epidemia. Concurso real. Delitos de peligro abstracto. Constitucionalidad. Proporcionalidad. Juicio de cesura. Monto de la pena.....	1913
Summa:	1913
SCJM. Dr. Palermo. Dr. Gómez. Dra. Day.	1914
Fallo:	1915
1.- La resolución recurrida	1915
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1915
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1916
4.- La solución del caso	1917
S E N T E N C I A:	1921
CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Salud Pública.	1923
1- SANCHEZ ORELLANO. 19-05-23.	1923
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230519_FcSOC.pdf	1923
Lex: Art. 205, 206 en función de la ley 6.773, 239, 184 inc. 1, 150, 54, 55, 26 y 29 inc. 3 del CP ..	1923
Vox: Medidas de aislamiento. Pandemia. Policía sanitaria animal. Desobediencia. Resistencia. Daño agravado. Violación de domicilio. Concurso ideal. Concurso real. Ley penal en blanco. Eadem persona, eadem res, eadem causa petendi.	1923

Summa:	1923
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1923
Fallo:	1924
1.- La resolución recurrida	1924
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1925
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1927
4.- La solución del caso	1928
SENTENCIA:	1935
CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Asociación ilícita.	1937
1- AMAYA POBLETE. 22-03-23.	1937
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230322_FcAPA.pdf	1937
Lex: Art. 210 del CP. Ley 25761. Art. 85 de la Ley 9040.....	1937
Vox: Asociación ilícita. Rechazo formal de recurso. Nulidad de la resolución. Autopartes.	1937
Summa:	1937
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1937
Fallo:	1938
1.- La resolución recurrida	1938
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1938
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1939
4.- La solución del caso	1939
SENTENCIA:	1944
CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia.	1947
1- ABRAHAM CALCAGNI. 29-06-23.	1947
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230629_FcACC.pdf	1947
Lex: Art. 239 del CP. Ley 26485.....	1947
Vox: VG. Desobediencia. Unificación. Error de prohibición invencible o vencible. Violencia de género. Retracción. Ciclo de la violencia.	1947
Summa:	1947
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	1948
Fallo:	1949
1.- La resolución recurrida	1949
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1950
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1950
4.- La solución del caso	1951
SENTENCIA:	1953
2- ABALLAY MOLINA. 31-07-23.	1954
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230731_FcAMF.pdf	1954
Lex: Art. 239 del CP. Art. 13 inc. g de la Ley 9040. Art. 147 del CPP.....	1954
Vox: Resistencia o desobediencia a un funcionario público. Defectos en la captación digital advertidos. Falta de registro audiovisual. Ausencia de fundamentos. Nulidad. Nuevo debate.....	1954
Summa:	1954
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio	1954
Fallo:	1955
1.- La resolución recurrida	1955

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1955
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1956
4.- La solución del caso	1956
SENTENCIA	1958
CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Malversación. Encubrimiento.	1960
1- AGÜERO NÚÑEZ. 04-04-23.....	1960
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230404_FcANJ.pdf	1960
Lex: Art. 263 del CP.....	1960
Vox: Peculado. Error de tipo. Dolo. Valoración de la prueba. Non bis in idem.....	1960
Summa:	1960
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1960
Fallo:	1961
1.- La sentencia recurrida.....	1961
2.- Recurso de casación.....	1961
3.- Dictamen del señor Procurador General	1962
4.- Audiencia de informe oral	1963
5.- La solución del caso	1964
SENTENCIA:	1968
2- SALINAS ORTIZ. 22-11-23.	1969
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231122_FcSOM.pdf	1969
Lex: Art. 151, 55, y 268 en función del 266 del CP. Art. 359, 410, 417 quinquies, último párrafo del CPP.	1969
Vox: Allanamiento ilegal. Concusión. Multa. Actualización. JAI cuestionado parcialmente. Juicio abreviado. Ejercicio extra o ultra petita de la jurisdicción.....	1969
Summa:	1969
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1970
Fallo:	1971
1.- La resolución recurrida	1971
2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa	1973
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1974
4.- La solución del caso	1974
SENTENCIA:	1976
3- MOYANO. 21-12-23.....	1977
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcMCD.pdf	1977
Lex: Art. 277, inc. 2º, 55, 40 y 41 del CP.....	1977
Vox: Encubrimiento culposo. Concurso real. Individualización de la pena. Nulidad parcial.	1977
Summa:	1977
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia). Adaro.	1977
Fallo:	1978
1.- La sentencia recurrida.....	1978
2.- El recurso de casación.....	1978
3.- Dictamen del señor Procurador General	1979
4.- La solución del caso	1979
SENTENCIA:	1980

CAPÍTULO XII. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.	1982
1- CHAVEZ VITELLI. 05-05-23.	1982
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcCVV.pdf	1982
Lex: Art. 19 inc. 3, 24, 351, 353 inc. 4 y 373 del CPP, y art. 59 inc. 3, 52 inc. 2 del CP. art. 1 de la Ley 13944, arts. 4 y 5 de la Ley 26485.	1982
Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a su hijo discapacitado, en contexto de violencia de género. Prescripción de la acción.	1982
Summa:	1982
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1984
Fallo:	1985
1.- La resolución recurrida	1985
2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.....	1986
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	1988
4.- La solución del caso	1988
SENTENCIA:	1996
APÉNDICE NORMATIVO	1997
CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA	1998
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	1998
LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS	2023
CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA	2103
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	2103
Art. 4º - Ámbito Temporal.	2103
LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA	2178
LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	2192
LIBRO CUARTO. RECURSOS	2215
LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN	2225
Ley 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES	2236
CAPÍTULO I	2236
CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES	2238
CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE	2241
CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA	2243
CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS	2245
CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES	2246
Ley 26485. LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES.	2248
TITULO I. DISPOSICIONES GENERALES	2248
TITULO II. POLITICAS PUBLICAS	2252
TITULO III. PROCEDIMIENTOS	2263
TITULO IV	2271
Ley 27372. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS	2272
Capítulo I. Disposiciones generales	2272
Capítulo II. Principios rectores	2272
Capítulo III. Derechos de la víctima	2273
Capítulo IV. Modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)	2276
Ley 27499. Ley Micaela	2285

CONVENCION BELEN DO PARA	2288
CAPITULO I. DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION	2288
CAPITULO II. DERECHOS PROTEGIDOS.....	2289
CAPITULO III. DEBERES DE LOS ESTADOS.....	2290
CAPITULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION	2292
CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES	2293
CEDAW	2296
PARTE I	2297
PARTE II	2299
PARTE III	2299
PARTE IV	2301
PARTE V	2302
PARTE VI	2304
100 REGLAS DE BRASILIA	2306
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	2306
CAPÍTULO I: PRELIMINAR	2307
CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS	2310
CAPÍTULO III: CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES	2313
CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LAS REGLAS	2316
CDN. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	2319
PREAMBULO.....	2320
PARTE I. (art. 1 a 41).....	2321
PARTE II. (Art. 42 a 45)	2335
PARTE III. (Art. 46 a 54)	2338

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.

A.S.I. : Abuso sexual infantil.

A: Autor.

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

AFA: Arma de fuego apta para el disparo

AFC: Arma de fuego de uso civil.

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

AI: Arma impropia.

AM: Adulto mayor.

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

ANU: Arma no apta de utilería.

Arm. Arma.

Asc.: Ascendiente.

Aut.: Automovilista.

B: Banda

CA: Concurso aparente.

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

CDN: Convención de los derechos del niño.

CE: Condena efectiva.

CI: Concurso ideal (Art. 54 del CP)

CJ: Circunscripción judicial.

CN: Constitución Nacional.

CO. Coautor/es.

Conv. Conviviente.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

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

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desc.: Descendiente.

EE: Encargado de la educación.

EG: Encargado de la guarda.

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

EPI: Equipo Profesional Iterdisciplinario.

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

FS: Fuerzas de seguridad.

H: Hermano

IA: Inhabilitación absoluta.

IE: Inhabilitación especial.

Ins. Instigador.

IP: Inhabilitación perpetua.

JJ: Juicio por jurado.

JPC: Juzgado Penal Colegiado.

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

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida.

Homicidios

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

1- MUÑOZ ULLOA. 03-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcMUJ.pdf

Lex: Art. 79 y 42 del CP. Acordada N° 29.051. Art. 149 de la Constitución de Mendoza

Vox: Homicidio simple. Tentativa. Valoración de la prueba. Calificación legal. Determinación de la pena. Dolo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** como autor penalmente responsable del delito homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79 y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1498 (16-04-21), pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Sanhueza.09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf
- Geredus. 30-08-12:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDEzMzE=&t=abla=c2M=>
- Carpintero. 23-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220623_FcCSL_Plenario.pdf

Doctrina citada.

NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As, t. II, 1960, p. 48.

Parágrafos destacados

De tal manera, «[...] comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción» (Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el **art. 149 de la Constitución de Mendoza**, al prever que «Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso»

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

Fallo:

CUIJ: 13-05738160-9/1((018602-700674)). FC/ MUÑOZ ULLOA JONATHAN MATIAS (700674) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105923646*

En Mendoza, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05738160-9/1 caratulada “F. c/MUÑOZ ULLOA, JONATHAN MATÍAS P/LESIONES GRAVES S/CASACIÓN”.

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

A fs. 1/2 obra constancia del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del condenado contra la Sentencia N° 1.498 de fecha 16 de abril de 2021 del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial por el que se condena a Jonathan Matías Muñoz Ulloa a la pena de cuatro años de prisión como autor penalmente responsable del delito homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79 y 42 del CP) en los autos n° P-700.674/18.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1. La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de los autos n° P-700.764/18, según el cual «[...] *el día 23 de diciembre de 2018, siendo las 20:00 hs. aproximadamente, [la víctima, Rubén Darío Rivarola] se encontraba en un kiosco sito en [...] Loteo Danti, Vista Flores, Tunuyán, Mendoza, momento en que llega [...] Muñoz con una botella [...] [y], previa discusión, le propina [...] un golpe en la cabeza [...] tirándolo al piso. Una vez que se puso de pie la víctima, Muñoz, con el pico de la botella rota, comienza a agredirlo en varias partes del cuerpo [...], provocándole herida contuso-excoriativa de 3 m en cuero cabelludo, región occipital, excoriación de 2 cm en región cervical, herida contuso-excoriativa de 2 cm de cuero cabelludo, región temporal izquierda, herida cortante superficial de 2,5 suturada, 2 puntos de sutura en región subescapular izquierda, herida cortante de 5 cm, suturada, 4 puntos de sutura y otra de 3 cm suturada, 1 punto de sutura, en cara lateral región lumbar derecha, excoriación de 2 cm en codo izquierdo y dos excoriaciones de 2 cm en cara lateral lumbar izquierda poniendo en riesgo la vida del causante*».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por Rubén Darío Rivarola, Margarita Lázaro, Edgar Huaranca Huanco, Gabriel Aguilar, Osvaldo Chambella y

Marisel Ulloa; así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2. El recurso de casación

La defensa formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en función con el art. 18 de la CN.

Reseña como motivos de agravios que la condena por el delito de homicidio en grado de tentativa no se encuentra justificada, según el mérito probatorio desarrollado en juicio. Esto, en tanto ha quedado claro que Muñoz Ulloa, desde el aspecto subjetivo, **no ha tenido intención de matar**, que no rompió la botella para dar mayor poder ofensivo a la cosa y que dejó de accionar cuando la víctima se encontraba en el piso. Estas circunstancias, a su juicio, influyen el monto de la pena.

Añade, además, que desde el punto de **vista objetivo**, hay dudas acerca de que las lesiones hayan sido de aquellas que pudieron poner en riesgo la vida de la víctima.

Por ello, solicita que el tribunal resuelva en favor de la calificación de lesiones leves y, subsidiariamente, de lesiones graves dolosas, en lugar de homicidio en grado de tentativa. Asimismo, solicita imposición de pena de menor cuantía.

No obstante haber acompañado únicamente el formulario de la Acordada N° 29.051, la defensa solicita informar el recurso oralmente, petición de la que desiste a fs. 9. Aceptada la defensa del acusado por la Segunda Defensoría Pública de la Cuarta Circunscripción Judicial, formaliza a fs. 84 expreso pedido de desistimiento de informe oral del recurso de casación articulado, pero acompaña recurso de casación a fs. 86/90.

Luego de justificar la procedencia formal del libelo recursivo, entiende que la sentencia ha vulnerado los principios lógicos de coherencia –identidad, no contradicción y tercero excluido– lo que la torna una pieza arbitraria, carente de lógica y contraria a derecho. Menciona la valoración parcial de la prueba oral incorporada en la causa, así como de las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Reseña que el sentenciante consideró que Muñoz Ulloa golpeó a Rivarola, que tuvo conocimiento de la conducta que estaba realizando y la voluntad de llevarla a cabo conforme con la intención dolosa de dar muerte. Todo ello lo hace responsable del delito de homicidio en grado de tentativa –arts. 79 y 42 del CP–

Estima que el juzgador ha evaluado de manera arbitraria la prueba, sin llegar a la certeza necesaria para condenar y que ha erigido sus razones más en convicciones personales que en las reglas de la sana crítica racional.

Considera que las pruebas rendidas en el juicio oral no otorgan la certeza necesaria para calificar los hechos como homicidio en grado de tentativa, que el dolo homicida no encontró apoyo probatorio y que se está ante un supuesto de duda que debió ser interpretado en favor de Muñoz Ulloa.

Refiere que el juez de sentencia basó su decisión en las declaraciones del doctor Chambella del Cuerpo Médico Forense cuando expuso, categóricamente, que la víctima corrió riesgo de muerte en tanto la herida le perforó el pulmón derecho, lo que entendió de vital importancia para determinar el dolo

homicida puesto de manifiesto desde el inicio de una desmedida agresión. Sin embargo, la víctima del hecho resultó con lesiones de carácter leve, a excepción de la perforación pulmonar.

Detalló luego las heridas contusoexcoriativas, las heridas craneales que solo resultaron excoriaciones, lo que demuestra su poca gravedad y restantes heridas superficiales no profundas tratadas con sutura además de aquella otra herida que requirió drenaje pleural. Por ello, entiende que la única herida que resultó de cierta gravedad fue la provocada por un corte en la zona intercostal cercana al pulmón y al ser éste lesionado, determinó el informe de riesgo de vida.

Añade que Rivarola, se incorporó por sus propios medios, con ayuda de personas que se encontraban en el lugar y se dirigió al hospital, donde recibió las atenciones que surgen de su historia clínica y, sobre todo, la que surge del drenaje plural. Reconoce que la misma resultó de gravedad y que el medio empleado – una botella rota– puede ser considerado con capacidad suficiente para causar lesiones graves, e incluso la muerte, pero lo cierto es que no fueron tenidos en miras por el autor, al efecto, en ningún momento de la pelea.

En otro orden, manifiesta que la declaración de la víctima es relevante tanto en la instrucción como en el debate, pues dijo expresamente que no cayó bien al suelo y, en ese mismo momento, el sujeto que lo agredía dejó de hacerlo, lo que pone de manifiesto su intención. A partir de allí, afirma que no tuvo finalidad de matar cuando ya la víctima se encontraba tirada, indefensa, en mejores condiciones de consumarlo que antes que se encontraba parada.

Agrega que de la prueba surge claro que Muñoz Ulloa peleaba con Rivarola, que éste quería pelear con el acusado utilizando una botella como medio de agresión, situación que terminó cuando éste cayó al suelo. Ambos peleaban, se «trenzaron» en lucha, pero no para matarlo, decisión a la que no llegó por propia decisión de su defendido. De tal manera, no puede afirmarse que esos hechos se calificaran como tentativa de homicidio.

Por su parte, reitera que las lesiones causadas objetivamente no revisten gravedad, ni siquiera en el cráneo, no configuraron cortes, fracturas, hematomas; sólo excoriaciones y cortes superficiales, a excepción de la de la zona pleural.

Asimismo, expresa que las características del arma no deben ser un elemento, por sí solo, para tener por cierta la intencionalidad del sujeto activo. Del mismo modo, la circunstancia de haber corrido peligro de vida de la víctima, pues no se relacionan necesariamente con el dolo que el sujeto activo tuviese. Sostiene que, en función del informe de Chambella y la calidad del elemento empleado, el juez tomó por cierta la versión de Aguilar que fue desvirtuada por el propio Rivarola, a cuyo efecto contrapone ambas declaraciones.

En cuanto a la pena y de conformidad con las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP, manifiesta que debió considerarse no sólo la falta de antecedentes de Muñoz Ulloa, si no también su juventud, la existencia de conflictos previos y las propias declaraciones de la víctima cuando refirió «*nos empezamos a provocar*». Esto, en tanto existió una provocación por parte de Rivarola, además de haber cesado inmediatamente la agresión que se venía desarrollando tan pronto como advirtió que la víctima estaba lesionada.

Solicita en mérito a ello y en base al principio *pro homine*, y por aplicación del principio de la duda, que los hechos sean calificados como lesiones graves y, en consecuencia, se aplique una condena de ejecución condicional. Refiere que durante dos años no ha tenido contacto con la víctima ni han existido hechos similares.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, a fs. 93/95 y vta. de este legajo, tras reproducir los agravios formulados la recurrente, se expide por el rechazo sustancial de la impugnación incoada.

Afirma que la sentencia se advierte debidamente fundada, en tanto el juzgador contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida. De tal manera, no existe defecto alguno de motivación y la supuesta arbitrariedad no pasa de ser una mención superficial que no desarrolla.

Entiende que la defensa plantea una discrepancia con el valor que el tribunal de la instancia previa le ha dado al plexo probatorio para referir que la finalidad del encartado no fue la de matar, pues Muñoz Ulloa dejó de agredir a la víctima por su propia voluntad y no por circunstancias ajenas a su voluntad.

A esos efectos sostiene que los testigos, ajenos al hecho, confirmaron que la víctima estaba en estado de ebriedad y que el imputado lo perseguía para agredirlo, advirtiéndose su intención homicida desde el comienzo y al golpearlo con una botella en la cabeza. Esto, persistió en el tiempo porque no fue el único golpe proferido.

Agrega que luego Muñoz Ulloa rompió la botella y con el pico le asestó un golpe penetrante en el tórax de la víctima, circunstancias éstas que denotan que quería contar con un elemento de mayor poder de daño para atacar a aquélla, así como su intención homicida, a más de que la víctima quedó abandonada en el lugar indefenso, habiéndolo su novia alejado de allí.

Reconoce la existencia de cruces previos y agresiones verbales pero, sin embargo, expresa que ello no libera de responsabilidad a Muñoz Ulloa quien, lejos de abandonar la discusión o solo querer agredir a la víctima, aumentó su poder ofensivo y con la botella rota quiso acabar con su vida. Esto, entiende se trata de una tentativa acabada, ya que nunca llevó a cabo una acción que procurara auxilio dirigido a evitar el desenlace.

Agrega que el cese voluntario de la acción que plantea la defensa no fue voluntario pues se lo llevaron una vez que la víctima estaba inmovilizada e indefensa, luego de haber recibido la herida en una zona vital.

Afirma que el juez consideró la hipótesis defensiva –que Muñoz Ulloa se retiró solo–, pero afirmó que el ataque cesó cuando vio que la víctima cayó al piso y dejó de defenderse sea corriendo o intentando agarrar una piedra y sabiendo que le había asestado un golpe letal en el tórax.

Cita jurisprudencia en abono del análisis parcializado de la prueba que realiza la defensa. En función de esto, expresa que los agravios defensivos constituyen una mera discrepancia con la valoración del plexo

probatorio realizado para mejorar la situación procesal del acusado. De tal manera, estima la sentencia no contiene vicios de motivación, no es arbitraria ni se aparta de la sana crítica racional.

Del mismo modo, entiende que respecto de la pena, el juez realizó un pormenorizado análisis de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, por lo que la pena impuesta no resulta arbitraria ni desproporcionada, sino ajustada al tipo y cantidad prevista para el delito del que resultó condenado Muñoz Ulloa.

En función de lo expuesto, considera que el recurso debe ser rechazado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

La defensa en el caso que nos ocupa plantea, en primer lugar, una discrepancia con la **valoración de la prueba** rendida en orden a la consumación del hecho y respecto al aspecto subjetivo requerido para la figura por la que resultó condenado Muñoz Ulloa –homicidio–. En segundo lugar, articula un cuestionamiento a la pena impuesta.

En relación con el primer cuestionamiento, la defensa sostiene que el acusado Muñoz Ulloa mantuvo una pelea con la víctima y que, si bien hizo uso de una botella para lesionarlo, sólo le ocasionó heridas leves, cesando una vez que éste se había caído al piso en su propósito de continuar hiriéndolo. Por ello, entiende que le ocasionó únicamente lesiones graves, planteando, aun sin mención expresa, la existencia de un desistimiento por parte de Muñoz.

Al respecto, y en primer lugar, debo señalar que comparto con el sentenciante que la materialidad del hecho y la intervención del acusado en él se encuentran acreditadas por la prueba rendida y, además, han sido reconocidas no sólo en los alegatos por la defensa sino en el propio recurso de casación articulado.

En segundo lugar, debe señalarse que fue la propia víctima quien, tanto en la denuncia (ver fs. 14), como en el debate, reconoció cierta disputa previa con el acusado, claramente surge de su relato que quien comenzó la pelea fue el acusado. En efecto, en la denuncia Rubén Darío Rivarola expresó que, «[é]/ [por Muñoz Ulloa] *tenía una botella de vino con la que me pega en la cabeza y se rompe y con el pico de la botella me empieza a cortar o a apuñalar en el costado derecho y en la espalda, en ese momento sale un vecino de enfrente del negocio y Ulloa sale corriendo [...]*».

Luego, ya en el debate, en forma coincidente, expresamente señaló que «[...] *ese día, domingo, [...] seis o siete de la tarde, estaba yo en un negocio tomando unos tragos, vinos, con unos amigos, y el muchacho este viene, tenemos unos cruces de palabras, él entró al negocio y compró. Cuando salió me pegó una patada en las pantorrillas y ahí se armó la discusión, nos pusimos a pelear. Él salió con una botella, creo que de frizze, no sé, tipo azul y ahí nos empezamos a discutir, nos largamos a pelear, en un momento me revienta la botella en la cabeza y me da puñaladas en todo el torso [...]*» (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:13:35 a 00:14:33).

También la víctima reconoció haber estado alcoholizada y junto a un amigo, tucumano, al que no volvió a ver y no pudo ser localizado pues se trataba de un obrero golondrina (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:18:52 y ss). Expresó, tal como destaca la defensa, que dejó de ser agredido una vez que cayó al piso herido. En este sentido, dijo que Muñoz Ulloa «[...] *estaba con Yamila Rebeco, estaban los dos juntos [...] había un cuchillo para cortar hielo pero no lo usamos [...]. Después que lo corta [refiriéndose al acusado], él quedó tirado en el piso ahí, él se fue con la Rebeca* (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:27.18 y ss). «[...] *Yo quedé herido, ahí se termina, [...] cuando yo caigo al piso, tropiezo, dejó de agredirme [...]*» (ver registro audiovisual, minutos 05.04.2021, 00:26:19 y ss.).

Luego se refirió a las lesiones sufridas que le irrogaron sutura de veinticuatro puntos en el torso, en la espalda, que le dio seis o siete puntazos, internación por catorce días y un drenaje pleural por un puntazo en el lateral mientras estaba parado (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:33:47 y ss).

Así, coincido con el sentenciante, en cuanto a que la víctima, en su testimonio, no ocultó nada, reconoció problemas anteriores, incluso no importantes que más bien parecían rivalidades barriales. Tampoco aprovechó la situación vivida, las heridas sufridas y sus consecuencias, para agravar la conducta de Muñoz Ulloa. Así, es claro cuando expresamente reconoció que trastabilló y se cayó, luego de ser golpeado Muñoz Ulloa, y que dejó de recibir el ataque una vez en el piso.

Ello, no es sino demostrativo del valor de su testimonio y de la carencia de animosidad o ganancialidad, así como de su sinceridad al deponer, tal como fue evaluado por el juez de la instancia previa (ver fundamentos p. 3 vta., punto 3).

El juez de sentencia también afincó la materialidad del hecho y la autoría en el testimonio de Aguilar, al que consideró veraz. Éste vio a los protagonistas previo a la pelea. A Rivarola, junto a Paz, y a Muñoz Ulloa junto a Rebeco. Expresamente dijo, «[e]se día salí a comprar una gaseosa, estaba Muñoz Ulloa con Yamila Rebeco, enfrente en otro almacén estaban Rivarola con Ángel Paz tomando una cerveza ahí afuera [...]. Yo sabía que había habido provocación entre ellos antes [...]. Me fui a mi casa, dejé la gaseosa, cuando salgo para el frente de la casa ya estaba la pelea ahí, no sé quién comenzó [...]» (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:02:47 y ss). También señaló que «[R]ivarola estaba alcoholizado [...]. El muchacho Ulloa llevaba una botella de frizze, no sé si tenía intenciones de pegarle, pero sí que cuando se pusieron a pelear el muchacho le pegó con la botella y lo lastimó. [La botella] estaba llena, le pega y no se rompe, luego pega en las plantas y se parte, con el pico lo empezó a puntear [...]» (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:03:50 y ss). Y aclaró, «[Muñoz Ulloa] rompe la botella y después usa la botella [...], le tira tres o cuatro puntazos [...]; parado, intentaba agarrar una piedra [...] cuando Rivarola se debilita se cae de rodillas [...]» (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:06:10 y ss). Aclaró que Yamila, por la novia de Muñoz Ulloa, lo quería sacar de allí para que no le siga pegando a la víctima. Así, antes de que rompiera la botella, intentaba interceder y luego llegó la ambulancia (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:09:50 y ss).

Del mismo modo, la dueña del negocio –Margarita Lázaro– lugar donde el acusado y su novia se habrían dirigido, aun con muchas imprecisiones, también avaló la existencia de una pelea entre Muñoz Ulloa y Rivarola y así lo valoró el juez de sentencia. Pero sí quedó claro que el acusado no le compró la botella con el que golpeara a la víctima pues, según sus dichos, «*la trajo de otro lado, no la compró en el negocio*

[...]. *Los muchachos estaban tomando afuera*, [refiriéndose a Rivarola y al sujeto que lo acompañaba]». Agregó que el acusado entró con su novia y luego salieron, que no sabía qué compró. Asimismo, que la pelea fue más allá y que como ella tiene un vidrio en su negocio, cuando vio que discutían Muñoz Ulloa y Rivarola les pidió que se retiraran. Aclaró que sólo vio que forcejeaban, que peleaban, que vio a Muñoz Ulloa correteando a Rivarola con una botella y que Rivarola no tenía nada (ver registro audiovisual, 06.04.2021, minutos 00:02:47 y ss). También agregó más adelante, respecto de la botella, que a su negocio llegó cerrada, que no sabe cuándo la abrió, así como que sí estaba llena (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:28:00 y ss).

Por su parte, su esposo fue absolutamente impreciso y refirió saber sobre lo acontecido por los dichos de aquélla, que era quien atendía el negocio, razón por la que no aportó elemento de juicio alguno, y así fue valorado (ver fundamentos, p. 3 vta., punto 9).

En otro orden, debe señalarse que el juez no omitió referirse a la prueba de descargo. En este sentido, el testimonio de Maricel Ulloa, madre del acusado, fue objeto de adecuado tratamiento en los fundamentos de la sentencia cuestionada. En este sentido, el juez destacó que varios de los testigos no advirtieron la presencia de aquélla en el lugar de los hechos. Tampoco que exista prueba de los insultos y provocaciones que ésta y Yamila Rebeco habrían recibido por parte de la víctima. A más de que Rebeco no pudo ser hallada a fin de que depusiera en el debate, la existencia de denuncia por parte de ésta –incorporada como prueba instrumental–, sumado a lo ya señalado, fue valorado, acertadamente, como insuficiente para afirmar que hubieran conformado la agresión ilegítima de la legítima defensa planteada en los alegatos. Aun cuando ésta no ha sido planteada en esta instancia.

Lo propio hizo el juez de sentencia en relación a la lesión del acusado en su dedo pulgar esgrimido por su madre, que le habría proferido Rivarola con un cuchillo y que motivara la reacción de Muñoz Ulloa de defenderse con la botella. Si bien discrepó sobre la inexistencia en la escena del cuchillo (ver fundamentos, segunda cuestión, punto 5) pues fue el propio Rivarola quien dijo tenerlo para cortar hielo negando su utilización en la pelea, el sentenciante adujo razonablemente que dicha lesión en el dedo pulgar bien pudo obedecer al propio elemento que éste manipulaba –la botella ya rota– con la que hiriera a la víctima.

Efectivamente, Rivarola dijo conocer a la madre de Muñoz, incluso la describió, pero afirmó que no estaba al momento de los hechos. Así, sostuvo que «[Muñoz] *estaba con Yamila*. [A la madre] *la conozco de vista [...], es alta, morocha*. Respecto de si estaba en el lugar, respondió que «*no, ese día no [...]*» (ver registro audiovisual, 05.04.2021, minutos 00:21:06 a 00:22:51).

En el mismo sentido, Margarita Lázaro expresó, respecto a si Maricel Ulloa, fue a comprar a su negocio el día en oportunidad de los hechos investigados que «*no, [...] no fue, no la vi afuera [...], había mucha gente, habían varios mirando* [refiriéndose al lugar de la pelea]» (ver registro audiovisual, 06.04.2021, minutos 00:18:30 y ss). Por su parte, Aguilar refirió que «*[...] estaba Yamila [y acerca de otra mujer] que no [estaba]*» (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:11:30 y ss).

A ello ha de sumarse, de acuerdo a lo valorado por el juez de la instancia previa, que del informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 51 surge el peligro de vida corrido por la víctima para justificar la concurrencia de la figura de los arts. 79 y 42 del CP. Asimismo, encuentra debida corroboración en la copia del libro del servicio de emergencias del Hospital Scaravelli de fs. 40 del que surge que la víctima ingresó

esa institución con neumotórax, así como también de la historia clínica confeccionada en aquel hospital (Doc. 18, actuaciones digitales, Sistema Led).

En función de lo expuesto, los agravios de la defensa sobre la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia previa no pueden prosperar.

La discusión se centra entonces en determinar si el hecho debe ser calificado como **lesiones**, como afirma la defensa, u homicidio en grado de tentativa, tal como se resolviera en la sentencia cuestionada. Ello, en mérito a la concurrencia de dolo de lesiones o de dolo de homicidio, respectivamente.

La sentencia, en posición que comparto, y luego de rechazar la existencia de **legítima defensa** (ver fundamentos, p. 4, punto 3 y ss), que no fuera motivo de agravio en esta instancia, sostuvo que el acusado tuvo conocimiento de la conducta que realizaba y la voluntad de llevarla a cabo. Asimismo, que no actuó bajo ninguna causal que excluyera la antijuridicidad, la capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones y la conciencia potencial de la antijuridicidad, razón por lo que lo consideró a Muñoz Ulloa responsable del delito de homicidio en grado de tentativa.

La defensa, en cambio, plantea que su defendido no actuó con **dolo de homicidio**. Basa su argumentación en la existencia de lesiones de carácter leve, superficiales, con excepción de la herida en el pulmón, única que revistió gravedad por la cercanía con dicho órgano vital y que motivó el informe de riesgo de vida de la víctima. Admite, además, que el medio empleado tiene capacidad suficiente para causar lesiones graves e incluso la muerte, pero que esas consecuencias no fueron tenidas en miras por el autor en ningún momento de la pelea. Destaca, la declaración durante el debate de Rivarola en el sentido que al momento en que cayó al piso dejó de ser atacado por el acusado y, de allí deduce su falta de intención. Esto, pues era allí, cuando estaba la víctima tirada e indefensa, el momento en que el acusado se encontraba en mejores condiciones para consumarlo y no lo hizo por su propia voluntad. Aduce, adicionalmente, que el arma y sus características así como el riesgo de vida corrido, no son elementos que, por sí solos, permitan valorar la intencionalidad del sujeto activo.

Sostiene la defensa que el juez se basó en los testimonios de Chambella y de Aguilar. Este último declaró en forma contrapuesta a la víctima, pues mientras esta sostuvo que Muñoz Ulloa dejó de atacarla al caer al piso, Aguilar refirió que fue estando de pie. De allí afirmó, también, que la novia del acusado intentaba que dejaran de pelear cuando fue atacado nuevamente en una zona vital, perforándole uno de sus pulmones. Razona entonces la defensa que la circunstancia de haberse retirado Muñoz Ulloa al ver a la víctima en el piso puso punto final a la agresión, por lo que se conformó con las lesiones cuando pudo haberle dado muerte.

Al respecto, debo señalar que no comparto la argumentación de la defensa.

Considero que la discusión en orden al aspecto subjetivo debe retrotraerse al momento inicial de la agresión y no, como analiza la defensa, con la parcialización del hecho y la centralización del análisis en el último tramo de la agresión, cuando Rivarola cayó al piso. Así surge también de los fundamentos de la sentencia (ver ampliamente desarrollo de la Segunda Cuestión, puntos 1 a 7). Veamos.

Fue el acusado, con una botella llena y cerrada, quien le asestó a Rivarola golpes en un órgano vital –la cabeza–. Este golpe puede concebirse como de gran capacidad potencial lesiva, sin perjuicio de que le causara excoriaciones y lesiones cortopunzantes que solo requirieron sutura. Ello surge claro de las testimoniales rendidas. Debe considerarse además que la pelea fue iniciada por el propio acusado al propinarle a la víctima un puntapié a la salida del negocio de Margarita Lázaro.

Es aquel elemento, que se rompe o es roto, el que se transforma por ello en un objeto con un elevado poder vulnerante y cortante, y que es nuevamente utilizado por el acusado a modo de elemento punzante. Téngase en cuenta que así lo describió Aguilar cuando afirmó que el acusado «*le dio tres o cuatro puñaladas*» a la víctima en diversas partes del cuerpo (ver registro audiovisual, 16.04.2021, minutos 00:06:10 y ss, ya reseñado más arriba), en la escápula, la región lumbar, motivando una de ellas la perforación del pulmón y el drenaje pleural que debió serle colocado.

De modo que la circunstancia de si dejó de herirlo cuando quedó tirado en el piso, pudiendo producirle la muerte alegada, no deviene determinante en orden a la calificación legal.

Dolo. Teoría cognitiva-volitiva.

En relación con el concepto de dolo, el sentenciante adoptó aquél que sostiene la opinión mayoritaria, es decir aquella definición que lo conceptualiza como el «**conocer y querer la realización del tipo penal**».

En este sentido expresamente sostuvo que el acusado tuvo conocimiento de la conducta que estaba realizando y la voluntad de llevarla a cabo (ver fundamentos, primera cuestión, responsabilidad del justiciable).

Comparto dicha posición y así me he pronunciado con anterioridad (ver, al respecto y en pertinente, mi voto, *in extenso*, en los precedentes «**Quiroga Morales**» y «**Sanhueza**») con la **adscripción a una teoría cognitiva-volitiva**.

De tal manera, «[...] comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «*determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción*» (Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48*); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que «*Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*» (de mi voto en «Quiroga Morales»).

Se advierte así que desde el primer golpe –cuando le pegó de lleno con la botella en la cabeza– el comportamiento del acusado debe ser considerado como **una acción voluntaria** con clara **intención** de producir el resultado muerte de la víctima, que tiene por presupuesto el **conocimiento de capacidad lesiva de su accionar**. Pero además, la puñalada asestada en el tórax, terminó por confirmar ello, debido al carácter vital de ese órgano, sumado a que efectivamente esa herida ocasionó riesgo de vida a Rivarola.

Así, los elementos considerados por el juez de la instancia previa para tener por acreditado que el comportamiento del acusado era doloso y respecto del delito de homicidio resultan adecuados: el primer golpe en la cabeza con una botella llena, las cuantiosas lesiones posteriores con el filo de la botella ya rota, el mayor poder dañoso de este elemento provocado por el acusado precisamente para utilizarlo como elemento punzante, la capacidad de defensa disminuida de Rivarola producto de haber tomado bebidas alcohólicas, la herida en una zona vital –el tórax– que le causó perforación de uno de sus pulmones con drenaje pleural y riesgo de vida.

Asimismo, no puede sostenerse válidamente, que la pelea terminó por decisión del acusado y aun cuando no lo plantea en términos dogmáticos como un supuesto de desistimiento, sí podemos afirmar que ya nos encontrábamos frente a una tentativa que hubiera requerido un accionar positivo del acusado para de evitar la consumación. Muñoz realizó **todo aquello que era necesario para consumir el delito de homicidio y se retiró del lugar**, porque fue su novia, Yamila Rebeco, quien le insistió para que se retirara del lugar. Rivarola quedó tendido en el lugar y sólo fue atendido por la ambulancia que llegó con posterioridad. De modo que efectivamente el hecho no se consumó, como señala el juez de sentencia, por circunstancias ajenas a su voluntad de conformidad con el art. 42 del CP, la llegada de la ambulancia al lugar de los hechos y la atención recibida en el Hospital Scaravelli. De tal manera, puede afirmarse que el hecho constituyó una tentativa idónea de homicidio.

En conclusión, debe afirmarse que el sentenciante en sus fundamentos ha brindado un análisis detallado, completo y minucioso, con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional –de acuerdo con los principios lógicos de coherencia, derivación y de la experiencia común– de todas las testimoniales rendidas, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada. A partir de allí, consideró, acertadamente a mi criterio, acreditada, con el grado de certeza necesario para arribar a una sentencia de condena, los hechos atribuidos a Muñoz Ulloa, así como su autoría.

En mérito a lo expuesto considero que los agravios de la defensa no pueden ser de recibo en esta instancia.

Finalmente, considero que tampoco resulta procedente el agravio de la defensa vinculado con la pena impuesta. En efecto, la defensa cuestiona que debió ponderarse, al momento de la determinación de la sanción aplicada, la juventud del acusado, la existencia de conflictos previos con la víctima y la manifestación de ésta acerca de la existencia de una provocación mutua, aún cuando reconoce que ello no justifica acometer del modo en que lo hizo su defendido. Del mismo modo, indica que debió valorarse el cese voluntario de la agresión de Muñoz, lo que evitó una mayor lesión al bien jurídico, peticionando en virtud del principio *pro homine* el mínimo de la calificación legal.

Contrariamente a lo afirmado por la defensa, advierto que el sentenciante ha mensurado debidamente los **parámetros de los arts. 40 y 41 del CP** en el caso concreto. Así, consideró, en primer lugar, como circunstancia agravante la naturaleza de la acción y que aconteciera en la vía pública. Asimismo, la juventud del acusado, su buena contención familiar, su falta de necesidades para cometer el delito, así como la falta de motivos que lo llevaron a delinquir, resultando insignificante la circunstancia de no llevarse bien con la víctima. Por su parte, ponderó como atenuante su falta de antecedentes y su juventud.

A partir de allí, consideró que la pena debía ubicarse dentro del tercio mínimo de la escala, que ponderó, haciendo mención a los dos criterios de esta Sala en los precedentes «**Geredus**» y «**Guiñazú**», anteriores

al plenario «Carpintero» –en tanto la sentencia se pronunció de manera previa a su dictado–, pareciendo inclinarse por el más beneficioso para el acusado, aun cuando superara dicho mínimo. Así, estimó que, conforme ambos fallos, el mínimo de la escala para el delito de autos podía estribarse en el término medio que surgía, por un extremo de dos años y seis meses y, en el otro extremo, de cinco años y dos meses de prisión.

Conforme lo expuesto y no obstante advertir que pondera la juventud del acusado en sentido agravante y atenuante y que resulta singular la posición asumida en relación con el mínimo de la escala correspondiente –establecida en un término medio respecto de dos interpretaciones jurisprudenciales–, se advierte que la cuantificación de la pena que realizó el juez de la instancia previa no resulta de modo alguno arbitraria, infundada, ni desproporcionada como pretende la defensa, pues no sólo se halla dentro de la escala del delito que se le enrostra a Muñoz Ulloa, sino que se han ponderado las diversas pautas previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

De tal manera, la crítica formulada se traduce así en una mera divergencia de valoración, pues en la sentencia se han explicado y justificado las razones por las que se determinó la pena impuesta, cumpliéndose con el deber de fundamentación también este ámbito. Por ello, considero que no se verifican los agravios denunciados por el recurrente.

Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jonathan Matías Muñoz Ulloa, cuyas copias se hallan digitalizadas.
- 2.- Imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. *DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 3 de marzo de 2023.-*

2- ROJAS ZUÑIGA. 13-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf

Lex: Art. 165,47 del CP

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Dolo. Participación primaria. Participación secundaria. Convergencia intencional.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión**, con costas y accesorias legales, por considerárselo partícipe primario penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, previsto y penal por el art. 165 del Código Penal.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2191, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Homicidio en ocasión de robo.

- Ramírez. 20-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>
- Oro. 26-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf
- Barrionuevo Tarragona. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- González Zacca. 25-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf
- Narambuena. 04-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf
- Vildoza Soria. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Rojas Zúñiga. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06937908-1/1((018602-16889)) FC/ ROJAS ZUÑIIGA HORACIO P/ HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO (16889) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106182780*

En Mendoza, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06937908-1/1 caratulada **“F. c/ROJAS ZUÑIGA, HORACIO GUSTAVO P/HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa de Horacio Gustavo Rojas Zuñiga interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.191 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de trece años de prisión, con costas y accesorias legales, por considerársele partícipe primario penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, previsto y penal por el art. 165 del Código Penal, que se le atribuye en el marco de los autos n° P-16.889/20.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[p]ara fecha 21 de febrero de 2020, siendo aproximadamente las 23.15 horas, momento en que MARCELO XAVIER PAREDES se encontraba trabajando en el interior de su peluquería ubicada en la vivienda sita en Barrio La Favorita, calle 3, casa 16, Ciudad de Mendoza, ingresaron a la peluquería tres sujetos masculinos, no identificados a esta altura de la investigación, portando armas de fuego, una de ellas nueve milímetros. Una vez en el interior de la peluquería uno de ellos le exigió a la víctima la entrega del dinero y comenzó un forcejeo, en donde la víctima arrojó un golpe de puño a uno de los sujetos, el cual respondió con un disparo contra la humanidad de MARCELO XAVIER PAREDES, el que ingresó por región torácica anterior izquierda a nivel de quinto espacio intercostal a ocho centímetros de la línea media de un centímetro de diámetro con halo de contusión, con orificio de salida en región lumbar izquierda a cinco centímetros de la línea media. Inmediatamente después se apoderaron de un teléfono celular marca Samsung modelo A50 de color azul y se retiraron de la peluquería en dirección hacia un vehículo de color gris tipo Renault Megane que los esperaba en la intersección de calle 25 de Julio (calle 3) y calle Tirso Andía, donde se encontraba un cuarto integrante de la banda [Rojas Zuñiga], en el que se dieron a la fuga llevándose el teléfono celular de la víctima. Posteriormente el día 27 de febrero de 2020, MARCELO XAVIER PAREDES falleció en el Hospital Luis Lagomaggiore, producto de las lesiones ocasionadas por el disparo de arma de fuego» (v. pág. 9 de los fundamentos obrantes en el sistema LeD, orden n° 192).

En lo que tiene que ver con la participación del acusado en el hecho objeto del presente proceso, el juez valoró principalmente los testimonios de Emanuel Fernando Vera, Michael Moll, Alexis Zumarán, José Lorenzo González y de Yolanda Ramírez, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado Rojas Zuñiga promueve su impugnación a tenor de lo previsto en el inc. 1 del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que la sentencia atacada adolece de vicios sustanciales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que en el fallo cuestionado resulta arbitrario porque presenta un claro vicio de motivación, en tanto no se alcanzó el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Considera que no se agotó la investigación en profundidad, y que el destino de ella estuvo marcado por el testimonio de una persona cuyo relato no coincide con las pruebas objetivas obrantes en la causa. Ello, a su criterio, vulnera el derecho de defensa y el debido proceso legal.

En este orden, señala que la acusación fiscal contenida en el requerimiento de citación a juicio le atribuye al acusado la participación primaria en el hecho investigado, como consecuencia de los dichos de un testigo que declaró bajo identidad reservada.

Sin embargo, la defensa refiere que ese testigo aseguró durante la investigación, como en el debate, que Rojas Zuñiga se encontraba en el interior del vehículo en el que supuestamente se movilizaron los autores del hecho, sentado en el asiento del acompañante. Ello, impide verificar en su participación un aporte esencial para la comisión del hecho.

Expresa que, en el peor de los casos, el encuadre pertinente es una participación secundaria en un delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, donde un grupo de personas armadas dirigió su voluntad hacia la comisión del mismo, no teniendo este grupo de personas, y mucho menos el acusado, posibilidad alguna de tomar manejo y/o direccionar la situación, teniendo en cuenta que «esperaba en el lado del acompañante del vehículo». Esta situación hace que Rojas Zuñiga **no deba responder por el exceso del dolo del autor del disparo.**

Considera que si se hubiera valorado debidamente la declaración del testigo presencial, quien manifestó que en un forcejeo la víctima fue atacada con un disparo de arma de fuego, resultaría claro que se encuentra demostrado con claridad la imposibilidad de Rojas Zuñiga de manejar la situación. Esto, lo posiciona como partícipe secundario del delito aludido.

Afirma que ningún testigo y/o prueba fundamenta que el acusado estuvo como conductor del vehículo en el que se movilizaban los sujetos que intervinieron en el hecho y, reitera, que la única persona que dice haberlo visto lo sitúa del lado del asiento del acompañante.

Menciona que la declaración de Ailén Valdivia González resulta esencial en la investigación, porque aportó características de la persona que conducía el vehículo en cuestión que distan con la fisonomía de Rojas Zuñiga.

Explica que de haber estado el acusado en el asiento del acompañante del rodado, como lo mencionaron los testigos Moll y Valdivia, resulta clara la voluntad del sujeto en contribuir a la realización del injusto típico, aunque no ejerció ninguno de los actos configuradores del tipo. Su contribución aparece accesorio a la realización del hecho, porque es una cooperación fortuita no incluida en el plan, posterior e indiferente para el desarrollo del suceso.

Sostiene que, para ubicar a Rojas Zuñiga como conductor del rodado, el representante fiscal se apartó infundadamente del plexo probatorio producido en la etapa de instrucción y en el debate, manipulando e incluso desvirtuando la declaración de la única persona que dijo haberlo visto –Moll–.

Reitera que ese sujeto, en su primera testimonial, expresó que lo vio en el asiento del acompañante del vehículo utilizado supuestamente por los autores del hecho, versión que sostiene y condice con la prueba de audio y video ventilada en debate. Mientras que al declarar en el juicio, modificó radicalmente su versión, lo que no ha sido considerado por el tribunal de la instancia previa al momento de dictar sentencia.

En otro orden, alude al art. 47 del CP, y mencionan que la regla general es que Rojas Zuñiga responda por la medida de su dolo, por lo que no hay responsabilidad por el exceso del dolo del autor del homicidio, ya que el dolo del acusado se encontraba direccionado hacia el acuerdo efectuado para perpetrar un robo que resultó agravado por el uso de un arma de fuego.

En función de ello, solicitan que la resolución impugnada sea casada, y se declare la responsabilidad penal de Rojas Zuñiga como partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, previsto y penado por el art. 166 inc. 2 del CP.

Formula expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

Advierte que la sentencia se encuentra sólidamente fundada, particularmente en el aspecto relativo a la participación y encuadre jurídico del hecho atribuido al acusado Rojas Zuñiga.

Expresa que de acuerdo a la mecánica del hecho reconstruida en el transcurso del debate en base a las pruebas rendidas, el tribunal estableció que, con la conducta del acusado, consistente en esperar dentro del vehículo el regreso de los ejecutores del ilícito para apresurar la fuga, prestó una ayuda imprescindible sin la cual el hecho no podía haberse consumado.

Refiere que el tribunal explicó que el art. 165 del CP, desde el punto de vista subjetivo, sólo exige la convergencia intencional del robo con violencia.

Considera que en los fundamentos quedó explicado que el acusado conocía cabalmente que los tres sujetos no individualizados perpetrarían el robo empleando armas de fuego aptas para el disparo para amedrentar a la víctima, asumiendo de antemano como propio el riesgo que podía presentarse en la etapa ejecutiva del delito con su eventual utilización. Es decir que, además de su exhibición a modo intimidatorio, estaba ínsita la posibilidad de su utilización en perjuicio de quien se opusiera al robo.

En este sentido, niega razón a la defensa en su intento de morigerar la responsabilidad del acusado, desde que ha quedado probado que Rojas Zuñiga se encontraba en el automóvil en el que se transportaban los cuatro sujetos, esperando a los tres que se bajaron munidos de armas de fuego en la peluquería de la víctima a fin de perpetrar el robo que, ante la resistencia de la misma le dispararon con un arma de fuego ocasionándole posteriormente la muerte, mientras que el acusado se mantuvo en el automóvil y, en cuanto subieron al rodado, emprendieron raudamente la huida.

Señala que el quejoso no puede alegar exceso de dolo en el autor por cuanto la planificación del robo con el uso de armas de fuego aptas para el disparo implica la asunción eventual de un homicidio, tal como

aconteció en autos. Reitera que existía el peligro de acaecimiento del resultado muerte por la utilización de tres armas de fuego aptas, y que el acusado conocía el peligro para el bien jurídico protegido.

Repasa la valoración de los principales testimonios de testigos –Vera, Moll, Zumarán, González y Ramírez–, y considera que, junto los demás elementos probatorios e indiciarios colectados y que fueron debidamente interpretados por el tribunal de la instancia previa, se alcanzó la certeza requerida para condenar al acusado como partícipe primario del delito de homicidio en ocasión de robo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado debe ser rechazado.

En resumidas cuentas, la defensa plantea un déficit de motivación de la calificación jurídica seleccionada en la sentencia para encuadrar el hecho investigado.

En particular, en cuanto tiene que ver con el grado de intervención criminal que le atribuye al acusado en el mismo, esto es participación primaria.

Ello desde una perspectiva crítica en la que se destaca que la valoración de la prueba realizada por el tribunal de la instancia previa resulta arbitraria, omisiva y parcial.

De este modo, la teoría del caso que plantea la defensa del acusado se sostiene sobre la base de una argumentación integrada por una serie de premisas que lucen ciertamente contradictorias, lo que –a mi modo de ver– sella de antemano la suerte adversa del recurso interpuesto.

Por un lado, la defensa postula que su representado no intervino en el hecho objeto del proceso. Por otro, admite que participó en el suceso investigado, aunque prestando a los autores una ayuda posterior, en cumplimiento de una promesa anterior.

Por último, que la dinámica en la que se desarrolló el evento delictivo impide asignarle responsabilidad al acusado por el exceso del dolo del autor del homicidio. Con el primer tramo de planteo, pretende cancelar toda posibilidad de participación criminal en el hecho investigado; con en el segundo, procura rechazar la responsabilidad del acusado como partícipe primario o necesario de la realización del hecho; y, finalmente, con el tercero, limita esa intervención a un delito menos grave que aquel por el que resultó acusado y condenado su representado.

Ahora bien, analicemos ordenadamente cada uno de los aspectos referidos en la motivación de la defensa.

Respecto del primero, la defensa considera que no existen elementos probatorios que acrediten que Rojas Zuñiga efectivamente participó en el hecho investigado, desde que ninguno de los testigos que declararon a lo largo del proceso lo sitúa en lugar donde se produjo el hecho.

A poco de adentrarnos en el análisis de este agravio se aprecia la inconsistencia del mismo. Es que es la propia defensa quien, luego de efectuar esa afirmación, admite que existe un testimonio rendido en la causa que ubica materialmente al acusado en el interior del vehículo automotor en el que se desplazaron los responsables hasta el lugar donde se produjo la muerte de la víctima –homicidio– dentro del proceso ejecutivo del ataque a la propiedad ajena –robo–, y con el cual huyeron del mismo. Con lo cual se advierte que es la propia defensa quien se encarga de restarle potencialidad crítica a su primer argumento, desde que no resulta lógicamente fructífero, a los fines pretendidos –demostrar la inocencia del acusado–,

afirmar y negar aquella primera premisa.

A ello debe agregarse que la sindicación que realizó Michael Moll, particularmente cuando declaró como testigo de identidad reservada durante la investigación penal preparatoria, contenidos en el acta incorporada al debate como prueba instrumental (v. constancia de audiencia preliminar realizada, orden n° 141), y dijo que el acusado se encontraba en el asiento del conductor del vehículo en cuestión (v. declaración fs. 617/618), no aparece huérfana de sustento probatorio que impida su corroboración.

Por el contrario, comparto con el sentenciante cuando valora que, no obstante la reticencia y displicencia que apreció del testigo al declarar durante el debate y responder preguntas de las partes –aspectos que se encuentran debidamente abordados en el fallo recurrido, en el que se motiva en forma suficiente el descrédito a esta última declaración con relación a sus manifestaciones previas– sus expresiones como testigo de identidad reservada durante la investigación penal preparatoria, y en el marco de la conversación que mantuvo con un familiar de la víctima, grabada por éste último, representan datos incriminante respecto de la participación del acusado.

Peso probatorio de cargo que el juez de la instancia previa lo justificó por la corroboración externa de ese relato con otros elementos de prueba –particularmente de carácter indiciario– que, concatenados, conducen inequívocamente al abono de la hipótesis acusatoria (v. fundamentos, pág. 18).

En esa línea adecuadamente se inscriben dentro del razonamiento del sentenciante los testimonios de Emanuel Fernando Vera, Nahuel Maturano, José Lorenzo González y Yolanda Ramírez, junto con el desgrabado de la conversación privada que mantuvo el testigo Michael Moll con Pablo David González (fs. 457/458), cuyo registro audiovisual fue ofrecido por la Fiscalía como prueba instrumental, admitido por el tribunal y reproducido en el transcurso del debate (v. acta de audiencia realizada, del día 24/06/22, orden n° 187).

La legalidad de este elemento de prueba ha sido materia de un exhaustivo y prolijo análisis en los fundamentos del fallo (v. pág. 11/12), a cuyo análisis me permito remitir dado que no existe planteo alguno que precise de un reexamen de la cuestión, ni tampoco se observan en esta instancia vicios de entidad que generen la nulidad del razonamiento jurisdiccional adoptado al respecto.

En relación con el segundo de los aspectos mencionados por la defensa, vinculado con la pretendida inviabilidad de la atribución de responsabilidad penal en calidad de participación primaria, en tanto objeta que si bien fue clara la voluntad de Rojas Zuñiga en contribuir a la realización del injusto típico, lo hizo mediante un aporte accesorio, que implicó una cooperación fortuita, no incluida en el plan y, por tanto, indiferente para el desarrollo del suceso.

Así, para la defensa, resultó central que la versión del testigo que lo menciona a bordo del vehículo utilizado por los ejecutores del ilícito, lo ubicara ocupando el lugar de acompañante y no de conductor del rodado. Ello, conduciría, en su tesis, a afirmar que el papel de su defendido en el hecho no puede sino ser considerado como de complicidad o participación secundaria, desde que el auxilio prestado no sería indispensable para la comisión del hecho delictivo.

En lo que tiene que ver con este planteo, observo que la sentencia es especialmente clara en dejar plasmado cuáles son las razones para establecer que el acusado ha sido partícipe primario del hecho que fuera calificado como robo calificado por homicidio. En esta línea, el juez de la instancia previa estableció que resultó acreditado con certeza que *«el imputado [Rojas Zuñiga] se quedó sentado dentro del Renault*

Megane gris del que se bajaron los tres ejecutores encapuchados para perpetrar el ilícito en el que fue asesinado MARCELO PAREDES y al que regresaron para darse todos a la fuga en dirección al Barrio Escorihuela».

Luego, al examinar este extremo de la calificación legal del hecho, el juez señaló que «*la actividad desarrollada por ROJAS ZUÑIGA consistente en esperar dentro del vehículo el regreso de los ejecutores del ilícito para apresurar la fuga, no importó la concreción de la acción típica aun cuando pueda afirmarse que estuvo enmarcada en el contexto de la ejecución, pues dicha contribución no importó “co-dominar” el hecho, pero sí prestó una ayuda imprescindible sin la cual el ilícito no podría haberse consumado, máxime teniendo en cuenta que los vecinos estaban a pocos metros de alcanzar a los tres intervinientes no individualizados»* (v. fundamentos, pág. 19).

Advierto que este razonamiento sobre la contribución primaria al hecho delictivo común de parte de Rojas Zuñiga es lógicamente válido, fundado en derecho y en las constancias probatorias de la causa, las que han sido adecuadamente valoradas por el tribunal de sentencia. Argumentación en la que no se observan los vicios genéricamente planteados por la defensa a modo de agravios casatorios.

En ese sentido, debo decir que comparto con el sentenciante el razonamiento que sostiene que el acusado prestó una ayuda imprescindible sin la cual el ilícito no podría haberse consumado. Ello, por cuanto no solamente ha quedado acreditada la presencia del acusado en el automóvil que utilizaron los autores del hecho para trasladarse hacia el local comercial siniestrado, y escapar del mismo. Si no, y en particular, porque se demostró que durante el desarrollo y ejecución del delito por parte de tres de los responsables –sujetos no habidos ni identificados hasta la actual etapa procesal–, Rojas Zuñiga se mantuvo a bordo de ese mismo vehículo a los fines de esperarlos y asegurar la rápida huída del lugar con la *res furtiva*. Ello, posibilitó la realización colectiva del robo, donde cada uno de los intervinientes desarrolló su tarea.

La **convergencia intencional** en el hecho entre aquellos es clara y evidente, desde que la aparición del hecho punible se presenta dentro del marco de un contexto de división de tareas que evidentemente obedeció a una configuración conjunta, en el que el desapoderamiento y la violencia desplegada por los tres atacantes armados contra los bienes y, en su caso, contra la humanidad de la víctima, encuentra su correlato en la posibilidad de desplazamiento rápido que le otorgaba el automotor estacionado a metros del lugar, en cuyo interior permaneció el acusado durante el tiempo que insumió la ejecución delictiva.

Sobre estos extremos fácticos se observa coincidencia e integración entre los distintos testimonios recogidos en la causa. En particular, sobre el tipo de rodado utilizado, la cantidad de sujetos que se conducían en él, y su diversa intervención en la realización del hecho.

Así, el testigo Mauro Agustín Vargas, quien se encontraba dentro de la peluquería siniestrada, observó el ingreso de tres sujetos armados, quienes lo abordaron tanto a él como a la víctima y que, luego de lesionar mediante un disparo de arma de fuego y apoderarse de un teléfono celular, se dieron a la fuga a bordo de un vehículo, que identificó como un automóvil Renault Megane de color gris.

En concordancia con ello, declaró Alexis Zumarán Gordillo, quien sostuvo que antes que comenzara la ejecución del ilícito, observó pasar por la zona donde se cometió el hecho el mismo vehículo que identificó Vargas –Renault Megane de color gris–, en el que individualizó cuatro ocupantes.

Señaló que ese mismo rodado fue al se subieron los tres atacantes que, armados, habían ingresado al local siniestrado, y robado pertenencias de la víctima luego de lesionarla con un disparo de arma de fuego. A lo

que agregó que los persiguieron sin poder alcanzarlos dado que huyeron a bordo de aquel vehículo en dirección al cerro La Gloria (v. fundamentos, pág. 7 y 8).

Resulta fundamental señalar que esa información proporcionada por ambos testigos fue examinada y ponderada por el tribunal de mérito en forma armónica, contextualizada y con visión de conjunto, lo que le permitió extraer desde allí indicios serios y concordantes que apuntan unívocamente a acreditar que Rojas Zuñiga participó no solo de la planificación delictiva, sino de su realización mediante un **aporte «imprescindible»**, por cuanto lo hizo posible.

Ese mismo modo de valoración de la prueba fue replicado al momento de ponderar el testimonio de Emanuel Fernando Vera prestado durante la investigación penal preparatoria, e incorporado al debate con acuerdo de las partes (fs. fs. 99/100, y constancia audiencia realizada del día 24/06/22). Así como también de Michael Moll, quien declaró en sucesivas oportunidades no solamente durante la etapa investigativa, sino también durante el debate.

Así, el testigo Vera manifestó que, al momento del hecho, se encontraba dentro de una casa ubicada frente al local siniestrado, que luego de escuchar el ruido de un disparo de arma de fuego, salió del inmueble, observó la huída de los agresores, que eran tres, y que se encontraban cubiertos en su rostro con un pasamontañas. Refirió que les gritó y les arrojó piedras, aunque no los alcanzó porque corrieron hasta la esquina, se subieron a un auto que estaba a una media cuadra de distancia del deponente, y que emprendieron la fuga. Interesa destacar, como bien lo puntualiza la sentencia, que el testigo también afirmó que cuando vio ingresar al vehículo a los agresores *«ya los estaba esperando alguien, porque los tres se subieron al auto y ahí nomás salieron de vuelo, pero ninguno de los tres se subió como para manejar»* (fs. 100 y vta., y fundamentos, fs. 18).

De aquí ya es posible observar que el aporte efectuado por el acusado, que se materializó objetivamente en su permanencia dentro del vehículo, permitió la ejecución del hecho por parte de quienes tuvieron en sus manos el dominio de la situación, esto es, los tres sujetos que ingresaron al local comercial con armas de fuego, atacaron a la víctima y a otro sujeto, y provocaron su fallecimiento como consecuencia de la herida por disparo de arma de fuego.

Por su parte, y en línea con ello, se observa que el testigo Michael Moll, que fuera identificado como testigo de identidad reservada n° 5 (v., para su identificación, el acta de audiencia realizada en fecha 23/06/22), cuando declaró bajo esa modalidad, manifestó que había observado *«un auto de color gris parado en la esquina, no sé la marca ni el modelo, pero en ese momento vi una de las personas que estaba adentro del auto, en el asiento [d]el conductor, y era el Nacho Rojas, vecino del barrio, pero en ese momento no le di importancia porque iba de pasada para mi casa»* (fs. 617).

Estos dichos, en el razonamiento del tribunal, se completan y corroboran con el desgrabado de la conversación que mantuvo el testigo con Pablo David González, sobre la que no huelga recordar su admisión por los interlocutores, el conocimiento de su contenido por todas las partes intervinientes en el presente proceso desde su incorporación a la causa en la investigación y, finalmente, su reproducción durante el debate.

Nótese que si bien en esa conversación el testigo dijo que el acusado se encontraba ubicado del lado del acompañante del vehículo en cuestión, único aspecto sobre lo que hace hincapié la defensa para sostener la pretendida participación secundaria de Rojas Zuñiga en el hecho, lo cierto es que no se observa de qué modo esa circunstancia pueda ser determinante para menguar el grado de intervención criminal que se le

asigna en la sentencia. Ello pues, lo que se le reprocha al acusado es haber esperado dentro del vehículo, no haberlo conducido.

Asimismo, se observa que la defensa motiva su crítica confundiendo los distintos ámbitos de competencia para los casos de intervención de varias personas en un hecho delictivo. Es decir, asume que su representado no es partícipe primario del hecho que se le imputa porque, en su opinión, no *«ejerció ninguno de los actos configuradores del tipo»*. Nótese al respecto que la configuración de lo característico del hecho permite, en su caso, distinguir entre autores y partícipes, mas no para distinguir entre participación primaria o necesaria y secundaria o accesoria, conforme el régimen legal que surge del juego armónico de los arts. 45 y 46 del CP.

De tal manera, observo que la sentencia analizada presenta un completo tratamiento y resolución a la cuestión de la intervención penal atacada, solución que no logra ser rebatida con éxito a través de los argumentos expuestos de la defensa, carentes de fuerza objetiva alguna como para conmover el análisis efectuado por el tribunal de la instancia previa.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con el planteo subsidiario del recurrente, por el que procura demostrar que su asistido no quiso intervenir sino sólo en un hecho menos grave que el cometido por los ejecutores, entiendo que tampoco puede ser admitido en esta instancia de revisión extraordinaria.

Lo primero que hay que decir es que este argumento ya fue planteado por el defensor durante sus alegatos, cuando sostuvo que Rojas Zuñiga no debía responder penalmente por la conducta dolosa homicida de terceros. Esa pretensión fue debidamente abordada por el tribunal de juicio, quien la rechazó por considerar que *«las circunstancias del caso demuestran que ROJAS ZUÑIGA conocía cabalmente que los tres coautores no individualizados perpetrarían el robo empleando armas de fuego aptas para el disparo con el objeto de intimidar o amedrentar a la víctima, es decir, asumía de antemano como propio el riesgo que podía presentarse en la etapa ejecutiva del delito con motivo –por ejemplo– de una eventual resistencia de la víctima, en virtud de saber que quienes portaban las armas podían llegar a dispararla con un resultado mortífero»* .

Comparto la solución a la que se llega a la sentencia sobre este aspecto cuestionado. La dinámica que asumió el desarrollo del ilícito investigado, en las circunstancias acreditadas en la causa, impide observar que el aporte individual del acusado se limitó a la realización de un hecho menos grave que aquel por el que resultó condenado.

Entiendo que no existe duda en que la utilización de armas en el hecho **creó un peligro no permitido de muerte**, aunque eventual, vinculado con la configuración concreta de la violencia en las personas o fuerza en las cosas, que se ha realizado en el resultado muerte. Y que, como bien lo sostuvo el sentenciante, *«[...] la probada planificación para el apoderamiento importaba la asunción eventual de un homicidio en razón del empleo intimidatorio de armas de fuego, pues resulta razonable pensar que el ingreso a la peluquería de tres sujetos munidos de armas de fuego, importaba cuanto menos su exhibición a modo intimidatorio y eventualmente su utilización en perjuicio de quien pretendiera neutralizar la acción»* (v. fundamentos, pág. 20).

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que corresponde rechazar el recurso defensivo y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. Por ello, entiendo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Horacio Gustavo Rojas Zuñiga.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 03 de marzo de 2023.-*

3- ZOBARZO RIVAS. 09-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230309_FcZRA.pdf

Lex: Art. 84, 2° párrafo del CP

Vox: Homicidio culposo. Agravado. Cadena de custodia. Nulidad.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial** para conducir vehículos con motor por considerar autor del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, 2º párrafo del CP)

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

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación, confirmando la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 731, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- García Echenique
- Aguirre Díaz

Precedentes relacionados

- Quiroga Morales. 10-09-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf
- Aucachi Cisneros. 02-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=558>

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

Fallo:

CUIJ: 13-05073880-3/1((028601-120998))FC/ ZOBARZO RIVAS ALDO FABIAN P/ HOMICIDIO CULPOSO DE JULIO CESAR ACAYA REYES P/RECURSO EXT.DE CASACIÓN*105240655*

En Mendoza, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05073880-3/1 caratulada “F. c/ ZOBARZO RIVAS S/ CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Aldo Fabián Zobarzo Rivas interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 731, mediante la que se lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos con motor por considerar autor del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, 2º párrafo del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial en los autos n° P-120.998/16.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia previa resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que *«el día 19 de junio del año 2016, siendo las 22.40 horas aproximadamente, Aldo Fabián Zobarzo Rivas circulaba al mando de su camioneta marca Jeep, modelo Gladiator Ika, año 1967, dominio ... por calle ..., San Rafael, Mendoza, con dirección sur. Al llegar a la altura municipal Nª ... de la calle Ejército de los Andes, el imputado embistió con el lado derecho de la camioneta al biciclo, con sistema refractarios visualizados en canasto y pedales y conducía Julio Acaya, quien lo hacía por el sector oeste de la arteria muy cerca de la banquina. Luego de haber embestido a Julio Acaya, el imputado se dio a la fuga del lugar. Como consecuencia del impacto Julio Acaya, quien circulaba en estado de alcoholización, fue arrojado a la banquina oeste y desplazado unos treinta metros aproximadamente desde el lugar de impacto quedando tendido el cuerpo en el lugar, produciéndose su fallecimiento por un shock hipovolémico causado por una fractura de las vértebras lumbares con ruptura traumática de la arteria aorta abdominal. También se encuentra acreditado que, al poco tiempo de ocurrido el hecho, el imputado realizó maniobras tendientes a desviar la investigación, tales como sacarle la cúpula a la camioneta y colocarle una mica del lado derecho del rodado»* (fs. 591 vta.).

Para así decidir, el juez sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de Lorena Lucero, Alexis Hauser y Roberto Parada, los informes de Policía Científica, el informe realizado por el Cuerpo Médico Forense, el acta de procedimiento, y demás constancias de autos.

2.- El recurso de casación de la defensa de Aldo Fabián Zobarzo Rivas

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2 del CPP, por considerar que existen **vicios de procedimiento** en la resolución que cuestiona.

La defensa articula los siguientes agravios. En primer lugar, postula que no existen pruebas que permitan afirmar la autoría de Aldo Fabián Zobarzo respecto del hecho que se le atribuye. Así, sostiene que el juez ha realizado una mera invocación genérica de un cúmulo de indicios que no alcanzan para avalar la sentencia condenatoria.

En segundo lugar, el recurrente esgrime su queja en relación con el procedimiento mediante el cual se colectaron en el lugar del hecho elementos que después fueron enviados al laboratorio para ser examinados. Sostiene así **una ruptura de la cadena de custodia** que invalidaría los resultados arrojados por el informe.

En tercer lugar, la defensa se agravia respecto de la aplicación del principio según el cual en caso de duda debe estarse a la situación más favorable para la persona acusada, el cual debería haberse impuesto con base en la ausencia de pruebas relativa a la autoría del acusado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación bajo estudio, en tanto la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada y en ella se han valorado debidamente, y en conjunto, las pruebas que acreditan la autoría del acusado en el hecho atribuido.

Agrega que el sentenciante evaluó todo el material probatorio reunido, resultando de fundamental relevancia los testimonios de las personas que se encontraban en el lugar del hecho, así como el resultado de los exámenes realizados por Policía Científica respecto de los restos de pintura recogidos en la bicicleta de la víctima y en la camioneta del acusado.

Finalmente, señala que el juez de la instancia previa se expidió correctamente respecto a los argumentos defensivos relacionados con la ausencia de prueba que fundamentaría la autoría del acusado, así como respecto de la ruptura de la cadena de custodia y la aplicación del principio de la duda.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Aldo Zobarzo. Ello, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa centra su planteo en el cuestionamiento sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el sentenciante respecto de la condena por homicidio imprudente calificado (art. 84, 2º párrafo CP).

En ese orden, critica la ponderación de una serie de indicios que darían cuenta de la autoría (a) y cuestiona el estricto respeto por la cadena de custodia respecto de los elementos recogidos en el lugar del hecho y después examinados (b). A partir de ello, el recurrente refiere que la decisión de la instancia anterior debió ser la absolución del acusado por aplicación del principio de la duda (c).

Corresponde aclarar que esta argumentación de la defensa constituye una reiteración de aquella expresada al momento de alegar. Por ello, realizaré un análisis de las respuestas brindadas por el juez a

cada una de ellas, y puntualizaré razones adicionales que permiten tener por válidas las conclusiones expuestas en la sentencia puesta en tela de juicio.

a.- En primer lugar, cabe decir que en la sentencia ahora puesta en tela de juicio el juez de la instancia previa valoró, de manera concatenada, una serie de indicios que verifican la responsabilidad penal del acusado. Como se explicará, la interrelación entre aquellos elementos de convicción conlleva a la solución adoptada en por el juez de sentencia, en contra de lo que propone la defensa.

En este orden, debe decirse que, entre todos aquellos indicios, se destacan varios que dan cuenta de la autoría del acusado. El primero refiere a que los testigos presenciales dieron cuenta de que el fallecido habría sido atropellado por una camioneta oscura, modelo viejo, con cúpula, cuyas características coinciden con el vehículo del acusado.

En este sentido el juez de la instancia previa subrayó el testimonio de Alexis Hauser, quien concurrió al lugar del hecho inmediatamente ocurrido y escuchó que *«la gente decía que era una camioneta oscura»* (véase acta de procedimiento de fs. 1/2. Estos datos también se verificaron en el informe del CEO (fs. 25) y en la declaración de la oficial Lorena Lucero, quien sostuvo que una vecina le comentó que *«una turista dijo que había pasado una camioneta por el lugar y lo había atropellado»* (véase en detalle el análisis del juez en fs. 589).

El segundo surge a partir se cuenta con las imágenes de la cámara de seguridad aportadas por Gustavo Márquez correspondientes a la vivienda ubicada en calle Ejército de los Andes al 500. A partir de aquéllas se advierte que a las 23.11 hs. pasó por dicho lugar un ciclista y a las 23:14 hs. lo hizo una camioneta con carlinga trasera –no pudiéndose determinar el color del rodado por estar la cámara alterada por el sistema de captación infrarrojo–.

Cabe decir que estas imágenes coinciden con el modelo de la camioneta propiedad del acusado. En efecto, al secuestrarse este vehículo, la oficina de delitos tecnológicos informó que *«entre ambas imágenes existen similitudes genéricas, por lo cual es probable que sea el mismo vehículo, no pudiendo afirmar o descartar lo contrario»* (f. 268), agregando que ambos vehículos son *«camionetas tipo pick up antigua. Luces traseras altas, un solo foco. Carlinga vidriada. Ruedas grandes. Conclusión: genéricamente similar»* (f. 269).

El tercer indicio que el sentenciante menciona da cuenta que en el lugar del hecho se encontraron, además de las pertenencias de la víctima, restos de una óptica y otros elementos, los cuales fueron secuestrados y remitidos a Policía Científica para su análisis. Del adelanto de su examen (fs. 129) se determinó que se trataba de una mica de una camioneta marca Jeep, modelo Gladiator, como la que pertenece al acusado.

En cuarto y quinto lugar, destacan los resultados arrojados por dos informes de Policía Científica que dan cuenta de la presencia de transferencia de pintura recíproca entre el biciclo de color rojo y la camioneta color azul, así como también daños en ambos rodados compatibles con la forma en que fue embestida la camioneta.

En el informe provisorio de fs. 129 vta., se explica en relación con la camioneta secuestrada que *«de la misma se rescatan muestras de pintura. Cabe destacar que en la misma se observan indicios de daños recientes, tales como abolladura y hundimiento en capot sector delantero derecho; abrasión férrea, cauchosa y transferencia de pintura color roja en el sector derecho del paragolpe delantero; como así también en el soporte delantero del elástico sector derecho se observa abrasión férrea»*. Esta conclusión –

explica el juez de la instancia previa— es ampliada en el informe de fs. 279/285, en el que se determina una compatibilidad entre los daños experimentados por los rodados y una concordancia de transferencia de pintura, abrasiones férreas y cauchosas.

Lo anterior fue corroborado —sexto indicio— por el laboratorio del Cuerpo Médico Forense, el cual determinó en su informe de fs. 479/481 la coincidencia química, de color y tonalidad entre las muestras de pintura recogidas del vehículo del acusado y la bicicleta de la víctima.

Como séptimo indicio se destaca que al declarar en sede de debate el oficial Roberto Parada y explicar el resultado de los informes anteriores, agregó que advirtió que el **rodado embistente** tenía signos de manipulación, en tanto se verificó que *«una mica se encontraba con tierra y la otra más limpia»* destacando que la óptica más limpia estaba amarrada con precinto de color negro y presentaba limpieza no concordante con el resto del vehículo. Agregó, asimismo, que la óptica estaba amarrada con alambre que presentaba brillo y cortes con manipulación de reciente data y aclaró que, además, en las dos ópticas los tornillos tenía brillo de haber sido manipulados recientemente.

Lo declarado por aquel testigo condujo al juez a analizar la conducta posterior al hecho del acusado — indicio octavo—. Ello en tanto, Aldo Sobarzo no solo cambió las ópticas de la camioneta para disimular la rotura de la mica delantera derecha, sino también de lo surgido del acta de procedimiento, del informe del CEO y del informe de delitos tecnológicos, en relación a que el vehículo al momento de arrollar al ciclista tenía colocada una cúpula. Sin embargo, al secuestrársele la camioneta, se comprobó que ésta ya no la tenía, hallándose dicha cúpula en una vivienda ubicada en calle José Mora de la localidad de Rama Caída.

El noveno indicio surge a partir de que Lucas Zobarzo era el titular registral de la camioneta Gladiator IKA, dominio ..., de color azul y con cúpula naranja, siendo el acusado —conforme los testimonios de Jorge Garrido, Verónica Círca y Carmen Lara— el único que la solía conducir.

Finalmente, como décimo indicio, vale decir que el hecho ocurrió en calle Ejército de los Andes a la altura municipal ..., lugar que está ubicado en el trayecto que conduce a la vivienda del acusado, sito en calle Gutiérrez al nº *«Es decir, el trayecto por calle ejército de los Andes -aclaró el juez- es uno de los que conduce necesariamente a la vivienda del imputado, teniendo en cuenta además que calle Ejército de los Andes es la más importante de Rama Caída»* (fs. 590/vta.).

Tal como lo refirió el juez de la instancia previa, los indicios enunciados cuentan con el suficiente peso para refutar sin más la objeción defensiva. Estos indicios, como dije, confirman la autoría del acusado respecto de los hechos imputados.

De tal manera, debe ser rechazado el agravio de la defensa vinculado con la autoría del acusado en el hecho objeto de las presentes actuaciones.

b.- Tampoco hace mella en razonamiento del juez de sentencia la reiteración del cuestionamiento de la cadena respecto de los elementos que surgen del acta de procedimiento de fs. 44/45. En este sentido, me parece correcta la respuesta del juez de la instancia anterior, toda vez que dicho procedimiento se realizó dos días después del hecho constando en el acta de procedimiento que los elementos fueron hallados por familiares de la víctima y puestos a disposición de Policía Científica inmediatamente.

De este modo, **no se advierte en cuál momento se habría roto la cadena de custodia pues, una vez individualizados, fueron incorporados a la causa**, dándose inmediata intervención al personal policial. Por

otra parte, como explica el juez de la instancia previa, dicha prueba fue oportunamente aceptada por la defensa al momento de realizarse la audiencia preliminar –conforme surge del audio de dicha audiencia y del informe de fs. 553– habiéndose incorporado en la audiencia de debate –véase fs. 579–.

Es que la **nulidad no ha de declararse por la nulidad misma**, es decir, en beneficio de la ley como puro formalismo. La nulidad como remedio procesal que subyace a los fines de la casación solo ha de enmendar perjuicios efectivos y afectaciones de garantías procesales. Afirmar lo contrario sería caer en un ritualismo injustificado en el que el sentido teleológico de la forma se vería completamente desvirtuado. Por ello, las nulidades procesales sólo deben declararse en forma restrictiva, constituyendo un remedio extremo aplicable al caso donde exista un real perjuicio para la parte que la invoca (ver, al respecto, **«García Echenique» y «Aguirre Díaz»**).

En suma, entiendo que la defensa no ha conseguido demostrar los extremos que invoca en relación su planteo respecto a la ruptura de la cadena de custodia respecto de los elementos secuestrados en el lugar del hecho y analizados por personal de Policía Científica. Por ello, el agravio tampoco puede prosperar.

c.- Dicho lo anterior, de los elementos antes referidos surge que fue Aldo Zobarzo quien la noche del 19 de junio de 2016 se encontraba al volante del Jeep Gladiator que terminó con la vida de Julio Acaya. En consecuencia, en contra de la pretensión defensiva, no resulta de aplicación el principio la duda.

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

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Aldo Fabián Zobarzo Rivas y, en

consecuencia, confirmar la Sentencia N° 731, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

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

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 09 de marzo de 2023*

4- GUTIERREZ NEIRA. 13-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcGNJ.pdf

Lex: Art. 84 bis, 1° párrafo, y 29 inc. 3° CP. Art. 46 ley 9.024.

Vox: Homicidio culposo. Conducción imprudente de vehículo automotor. Adelantamiento. Riesgo prohibido de lesión que se concreta en el resultado. Deber de cuidado. Víctima. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial** para conducir vehículo automotor o motovehículo por el término de **cinco años**, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción negligente de un vehículo automotor (arts. 84 bis, primer párrafo, y 29 inc. 3° del CP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2244 pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Rojas Garrido
- González, Daniel
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf
- Toro Mendoza

Doctrina citada.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1976, Tomo I, pp. 437/439

Precedentes relacionados

a-SCJM

Unidad de la prueba

- Belmar. 05-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf
- Toro. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf
- Redemi. 23-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcRedemi.pdf
- Lana Garro. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf
- Cabral. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Pérez. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- Roldán. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Oliva. 28-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf
- Funes Naballe. 08-04-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=340>

- Berdejo. 27-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcBerdejo.pdf
- Baigorria. 05-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200605_FcBaigorria.pdf
- Cuello Ledesma. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf
- Corradi. 25-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf
- Duarte. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDRO.pdf
- Guerra. 07-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=426>
- Barrionuevo. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Giménez. 23-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201023_FcGimenez.pdf
- Miranda. 24-02-21: : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=532>
- Mora. 26-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=536>
- Rodríguez. 19-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=543>
- Lucero Gómez. 27-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=534>
- Lena. 30-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=528>
- De Jesús. 07-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Chomiuk. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>
- Giménez. 29-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891>
- Zacca. 18-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Maya. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951>
- Ligorria. 13-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcLGE.pdf
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf
- Gutiérrez Neira. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcGNJ.pdf
- Balmaceda. 21-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230321_FcBVL.pdf
- Rives. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcRHS.pdf
- Alcaraz. 22-05-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf
- Sánchez Escobar. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcSEM.pdf
- Contreras. 02-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcCCJ.pdf
- Videla. 03-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231103_FcVAE.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-05719998-3/1((038601-345)).F. C/ GUTIERREZ NEIRA, JUAN ROBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (345/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105904879*

En Mendoza, a los trece días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05719998-3/1 caratulada “F. c/ GUTIÉRREZ NEIRA, JUAN ROBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Juan Roberto Gutiérrez Neira plantea recurso de casación contra la Sentencia N° 2.244 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, por cuanto condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para conducir vehículo automotor o motovehículo por el término de cinco años, con accesorias legales y costas. Ello, tras declararlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción negligente de un vehículo automotor (arts. 84 *bis*, primer párrafo, y 29 inc. 3° del CP), en estos autos n° T-345/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

La resolución impugnada por la defensa, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[...] *el día 20 de enero de 2018, siendo aproximadamente las 11:10 horas, JUAN ROBERTO GUTIÉRREZ NEIRA conducía un camión marca Chevrolet c/60 diesel, dominio ..., con cabina y caja de carga de madera de color rojo, por el carril Norte de la calle Avellaneda en dirección de marca Este a Oeste, de la ciudad de Rivadavia, y metros antes de llegar a la intersección con calle Wenceslao Núñez, en momentos en que JUAN ROBERTO GUTIÉRREZ NEIRA efectuaba el sobrepaso de una bicicleta de paseo rodado 26, color verde con blanco, en la que se desplazaba la víctima Miguel Agustín Angileri, quien circulaba por el mismo carril Norte y en el mismo sentido de circulación de la calle Avellaneda, no respetó la distancia suficiente para evitar riesgos, y golpeó la cabeza de la víctima con la parte superior de la caja de carga de su rodado, lo cual ocasionó que la víctima perdiera el control de la bicicleta y cayera al asfalto, momento en el que el mencionado camión le pasó por encima de la espalda de la víctima con la rueda trasera derecha, ocasionando el deceso de la misma por shock hipovolémico, aplastamiento torácico y politraumatismos*» –ver fundamentos, pp. 1/2–.

Para así resolver, la jueza de instancia previa valoró, en los principales elementos de prueba, las declaraciones de Andrea González, Gonzalo Emanuel Jofré, Walter Saniga, Mónica Ochoa, Oscar Alcano, Rodolfo Guidolín y Javier Nicolás Sosa, así como el acta de procedimiento de fs. 1/4, la necropsia de fs.

173/175 y el informe de policía científica de fs. 129/142.

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

La defensa plantea su recurso de conformidad con lo dispuesto con el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En este orden, plantea esencialmente dos motivos de agravio en su impugnación. El primero, con relación a que la **prueba fue arbitrariamente valorada** por la jueza de la instancia previa, puesto que un correcto mérito de las mismas hubiera demostrado que no concurrió imprudencia en el caso. El segundo, respecto a que se aplicó **erróneamente la pena de inhabilitación prevista** en el art. 84 *bis* del CP. En base a ello, solicita la anulación de la sentencia y la absolución del acusado o, en subsidio, la modificación de la pena de inhabilitación impuesta, limitada a vehículos que requieran carnet profesional.

En cuanto al primer motivo de agravio, explica que no se respetaron las reglas de la sana crítica racional, ni se superó el estándar probatorio necesario para la condena, puesto que la conclusión del tribunal no permite explicar de forma armónica todos los elementos probatorios relevantes, ni refutar la teoría del caso de la defensa. **La premisa** cuya acreditación impugna es que el acusado «*no haya respetado la distancia suficiente para evitar riesgos*», y a causa de ello golpeará la cabeza de la víctima y desatado los sucesos posteriores.

Señala que la única prueba a partir de la cual el tribunal sostiene esa premisa es el testimonio de Andrea González, quien –además de explicar que no había podido ver todo el evento, sino solamente el momento en que la cabeza de la víctima golpeó la parte trasera del camión– dijo que el camión circulaba a la par de la bicicleta, pero no aportó datos sobre la distancia entre ambos, ni su ubicación. Frente a ello, la versión del acusado es que se «abrió» para sobrepasar la bicicleta con la distancia suficiente, pero que la víctima perdió el equilibrio y cayó en la traza del camión.

Además, la testigo mencionada dijo que no pudo ver todo el acontecimiento, sino solamente cuando la cabeza de la víctima golpeó con la parte trasera del camión; de modo que no aporta datos sobre la razón por la cual la víctima golpeó su cabeza con el camión. Sostiene la defensa que la valoración de la prueba fue, en definitiva, arbitraria.

Tampoco tuvo en cuenta el tribunal que el informe de fs. 129/135 dio cuenta de que no hubo contacto entre el camión y la bicicleta, y que es improbable que la cabeza de la víctima impactara con el camión sin que antes el manubrio y/o los frenos de la bicicleta fueran tocados por el vehículo o su carga. La falta de contacto en cuestión fue ratificada por Mónica Ochoa, quien labró el informe en cuestión. Además, ninguna prueba dio cuenta de que el camión tuviera alguna parte que sobresaliera y pudiera causar un golpe en la cabeza de la víctima sin que previamente el manubrio o los frenos tocasen el camión. Tales extremos refuerzan la versión del acusado, quien afirma que la víctima perdió el control de su rodado por falta propia. A ello su suma que la víctima, de **85 años, circulaba gravemente alcoholizada**, según la necropsia de fs. 173/175. Según la defensa, ninguna de estas circunstancias fue valorada en la sentencia.

En función de tales razones, considera que no se encuentra debidamente justificada la hipótesis acusatoria y que debió absolverse al acusado por el beneficio de la duda.

En relación con el segundo motivo, afirma que debió imponerse –en todo caso–, la pena de inhabilitación para conducir camiones, y no vehículos en general. Sostiene que la propia sentencia reprocha expresamente al acusado no saber conducir camiones de carga, y no vehículos en general. A su vez, el art. 84 *bis* del CP prevé que la **inhabilitación no es de aplicación automática**, sino que deberá imponerse «en

su caso», lo que permite meritar la imprudencia. En este caso, entiende, no se limitó, erróneamente, la inhabilitación al carnet profesional.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el señor Procurador General afirma que el recurso es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

En efecto, considera que el tribunal realizó un adecuado análisis de la prueba y que brindó motivos suficientes para llegar a la conclusión condenatoria. Así, el tribunal destacó que la testigo González afirmó que «[...] viene el señor a la par del camión, el camión lo golpea en la cabeza con la parte trasera, el señor cae panza abajo y las dos ruedas de atrás le pasan por la espalda [...]».

El tribunal valoró que esa testigo era la que se encontraba en mejor posición y que presentó una declaración clara y contundente. Además, agrega que el informe de accidentología vial, le permitió concluir a la jueza que el autor decidió realizar una maniobra de adelantamiento, sin tener en cuenta las dimensiones del automotor que conducía, debido a su falta de conocimiento especial en la conducción de carga pesada, con vulneración de la regla general de tránsito consistente en que en la vía pública se debe circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo.

Expresa que la jueza también expuso que el acusado manejaba sin carnet profesional habilitante para conducir un automotor de las características del camión y que emprendió una acción de sobrepaso en una arteria de doble circulación ubicada en un centro urbano y a escasos metros de la encrucijada de las calles donde había semáforos. Por su parte, destaca que el acusado reconoció haber visto al ciclista y, aun así, haber iniciado la maniobra de sobrepaso.

En cuanto a la pena impuesta, considera que ella es adecuada para el hecho y proporcional al daño y peligro causados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero, en función de las razones que en lo sucesivo expondré, que no corresponde hacer lugar al mismo.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover las conclusiones a la que llegó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, luego de considerar los agravios vertidos por el defensor y la posición del señor Procurador General, he de señalar que coincido con este último en cuanto a que las pruebas obrantes en la causa permiten llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado, sin que los extremos que señala la defensa queden sin explicación.

En primer lugar, debo señalar que la estrategia defensiva orientada a sostener que el acusado **no introdujo un riesgo prohibido de lesión** —que se concretó en el resultado de muerte de Miguel Agustín Angileri— puesto que la víctima habría caído al piso por sí sola, no es idóneo en sí mismo para cuestionar la materialidad del hecho que se tuvo por acreditada ni la responsabilidad del acusado. Esto, de acuerdo con los términos en que la ley de tránsito de nuestra Provincia define los deberes del conductor que realiza

una maniobra de sobrepaso.

En efecto, según nuestra normativa «[e]l adelantamiento debe hacerse por la izquierda conforme a las siguientes reglas: a) El que sobrepase debe constatar previamente que a su izquierda la vía esté libre en una distancia suficiente para evitar todo riesgo, y que ningún vehículo que le siga lo esté a su vez sobrepasando; b) Debe tener la visibilidad suficiente y no iniciar la maniobra si se aproxima a una encrucijada, curva, puente, cima de la vía o lugar peligroso; [...] d) Debe efectuarse el sobrepaso rápidamente de forma tal de retornar a su lugar a la derecha, sin interferir la marcha del vehículo sobrepasado, esta última acción debe realizarse con el indicador de giro en funcionamiento [...]» (ley 9.024, art. 46, «Adelantamiento»).

En el caso que nos ocupa, ninguna de las consideraciones que la defensa pone de relieve permite descartar ciertas conclusiones a las que llegó el fallo, tales como que el conductor del camión no tomó una distancia suficientemente segura con respecto a la bicicleta adelantada; y que no tuvo en cuenta la proximidad con un cruce vehicular y la cercanía con un contenedor en la calzada, elemento peligroso (ver fundamentos, p. 8).

En segundo orden, y sin perjuicio de ello, advierto que la jueza de instancia previa justificó adecuadamente los hechos que tuvo por acreditados. Así, en relación con las declaraciones de los dos testigos presenciales se ocupó de descartar, acertadamente a mi criterio, la verosimilitud de la versión de Nicolás Sosa, por ser hijo del dueño del camión involucrado, haber ocultado arteramente este extremo, y no haberse corroborado su versión por elementos objetivos ni por el resto de las declaraciones recibidas –ver fundamentos, p. 6–.

En su lugar, y también con acierto, brindó credibilidad a la testigo Andrea González, quien circulaba a la sazón por el lugar. En función de ello, destacó que la testigo «[...] manifestó que al momento de los hechos venía de regreso por calle Avellaneda, del mismo lado que ocurre el accidente. Respecto a la mecánica refirió que “viene el señor a la par del camión, el camión lo golpea en la cabeza con la parte trasera, el señor cae panza abajo y las dos ruedas de atrás le pasan por la espalda”. Es esta testigo, la que estaba en mejor posición y que presentó un testimonio claro y contundente y puso en evidencia, que, de haber realizado la conducta debida dentro del riesgo permitido, no se hubiera producido el resultado muerte, porque no hubiera colisionado con la cabeza del ciclista [...]» (fundamentos, p. 6).

Por otra parte, y contrariamente a lo afirmado por la defensa en su impugnación, destacó que Mónica Ochoa –oficial de policía que realizó el informe de Accidentología Vial antes mencionado– afirmó que si bien no aparecía un contacto entre los dos rodados, podía no quedar ningún indicio relevante en el camión de haber habido contacto entre una parte blanda del cuerpo del occiso con el camión (fundamentos, p. 6).

Esto le permitió a la jueza concluir que «[...] la maniobra de sobrepaso, dicho de otro modo, el adelantamiento de la bicicleta, que fuera observada circular previamente por el conductor del camión, fue indebida, porque no observó la distancia necesaria para evitar el contacto del rodado con el conductor del rodado menor. Es decir, decidió realizar una maniobra de adelantamiento sin tener en cuenta las dimensiones del automotor que conducía; debido a su falta de conocimiento especial en la conducción de carga pesada, por carecer del carnet profesional, violando de esta manera la regla general de tránsito consistente en que en la vía pública, se debe circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás

circunstancias del tránsito [...]»; es decir, que «[...] Gutiérrez Neira con su comportamiento generó un riesgo jurídicamente relevante y prohibido por el ordenamiento jurídico [...]» (fundamentos, pág. 6).

En punto a la responsabilidad del acusado por el emprendimiento de la acción de sobrepaso, afirmó debidamente que *«[...] hay acciones cuya peligrosidad es tan elevada que no pueden ser emprendidas sin lesionar ya el deber de cuidado, lo que sucede, como en el caso de autos, donde la falta de experticia en el manejo de un vehículo de grandes dimensiones como un camión, quedó puesta en evidencia ya que Gutiérrez Neira a pesar de advertir –conforme él mismo manifiesta en su declaración– la presencia del ciclista, inicia una acción de sobrepaso, sin tomar en cuenta el tamaño de la carrocería del rodado que conducía, y precisamente, porque no estaba habilitado para ello y no tenía la experticia necesaria para hacerlo [...]» (fundamentos, pp. 6/7).*

La transcripción literal de aquellos pasajes de la sentencia cuestionada por la defensa obedece la **claridad y contundencia** en el razonamiento de la jueza de la instancia anterior, argumentos que no logran ser desvirtuados en el recurso interpuesto. A estas consideraciones realizadas por la jueza, se agrega que la defensa no demuestra que los extremos que pone de resalto –tales como su edad y estado de alcoholización– conduzcan en el caso a una pérdida de equilibrio por parte de aquélla. Esto, máxime cuando según el informe de fs. 129/142 que valoró la jueza, no se advertían en la calzada baches ni irregularidades que pudieran afectar el normal desenvolvimiento del tráfico, y que la calzada se encontraba seca (ver fs. 129 vta.). Ese informe, además, dio cuenta de lesiones en el costado izquierdo de la cabeza de la víctima (ver fs. 131), compatibles con un golpe realizado con la caja del camión, que habría desestabilizado a la víctima.

En este orden, considero que la defensa **parcializa la valoración de la prueba** obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su **conjunta valoración**. Debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta –véase **«Rojas Garrido», «González, Daniel», «Toledo Pereyra»,** entre otros–. En el mismo sentido, se ha sostenido que *«el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados»* – véase **«Toro Mendoza», «Toledo Pereyra»,** entre otros–.

Esencialmente, el argumento de la defensa pretende asignar responsabilidad a la víctima en el suceso dañoso. La idea que trasunta su planteo es que, dado que la víctima era una persona de edad avanzada – de 85 años– y que, además, circulaba alcoholizada, es probable que haya caído en la trayectoria del camión accidentalmente, por propia impericia en la conducción de su rodado. Refuerza este argumento con la afirmación de que no estaría debidamente acreditado que Gutiérrez Neira golpeó la cabeza de la víctima con la caja del camión.

Esta tesis no encuentra sustento probatorio, tal como señalé antes. La necropsia practicada a la víctima da

cuenta de un golpe en el cráneo compatible con la caja del camión y su escasa distancia al sobrepasar a la bicicleta. De tal manera, puede afirmarse que el autor superó el riesgo permitido en la conducción y el resultado se produjo como consecuencia del peligro en el adelantamiento del rodado sobre la víctima que conducía su bicicleta. Por lo tanto, la muerte de la víctima es imputable a Gutiérrez Neira en tanto resulta la realización de aquel riesgo prohibido.

Dicho esto, corresponde ingresar al tratamiento del segundo motivo de agravio expresado por la defensa, vinculado a la inhabilitación para conducir todo tipo de automotores o motovehículos impuesta. La defensa afirma que sólo debió inhabilitarse al acusado para conducir camiones –que exigen carnet profesional–.

Sin embargo, esta petición carece de todo sustento normativo. En efecto, la inhabilitación prevista en el art. 84 bis del CP no se encuentra jurídicamente limitada del modo en que lo pretende la defensa.

En efecto, el art. 84 bis del CP prevé que «[s]erá reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente [...]». Por su parte, el art. 20 del CP dispone que «[l]a inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere». Como se advierte, el tribunal no ha excedido sus facultades ni ha actuado arbitrariamente al imponer la inhabilitación especial en el caso de manera extensiva para todo tipo de vehículos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el alcance de la inhabilitación impuesta surge razonable, habida cuenta de la falta de permiso con la que el acusado circulaba en el camión en cuestión, y la condicionalidad de la pena de prisión que se impuso conjuntamente. Dicho en otras palabras, la pena luce como una contestación proporcional al hecho y razonable en función de las circunstancias en que Gutiérrez Neira circulaba al momento del delito.

En efecto, como afirma la doctrina especializada, el fundamento de la pena de inhabilitación especial radica en tomar precauciones en aquellas actividades que demandan algún obrar con cautela y cierta idoneidad. Por lo tanto, para su imposición se requiere únicamente que el delito acreditado haya configurado una violación a los deberes generales de conducta que impone la actividad de que se trate (así, NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1976, Tomo I, pp. 437/439).

Debe tenerse presente que el tribunal ha impuesto la pena de inhabilitación en el modo que lo hizo con el propósito de restringir la actividad de «conducción de automotores», de manera general, porque se acreditó que Gutiérrez Neira cometió el hecho como resultado del incumplimiento de numerosas normas de la regulación vial. Frente a ello, la defensa considera que debería inhabilitarse al acusado solamente para que conduzca vehículos pesados, pero no livianos. Esto, en forma alguna aparece razonable. En primer lugar, porque Gutiérrez Neira circulaba sin portar licencia de conducir de ningún tipo. Y en segundo orden, porque aun cuando tuviera licencia para conducir vehículos que no fueran camiones, la imprudencia cometida refleja una falta de interiorización de las normas viales tal que justifica razonablemente excluirlo de todo tipo de conducción vehicular que requiera autorización.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. *Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Secretaría, 13 de marzo de 2023*

5- GIL PEREG. 14-03-23. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf

Lex: Arts. 80 inc. 1, 79 y 41 *bis*, y 55 del CP. Art. 6, 7, 41 la ley 9106. Decreto n° 476/2021.

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Homicidio simple. Arma de fuego. Concurso real. Jurado popular. Género no binario. Constitucionalidad del art. 6 de la ley 9106. Imputabilidad. Competencia del juicio por jurado. Composición del juicio por jurado. Capacidad para estar en juicio. Instrucciones impartidas. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua**, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable de los delitos de homicidio agravado por el vínculo y homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real (arts. 80 inc. 1, 79 y 41 *bis*, y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP) Sus agravios: competencia del juicio por jurado, composición del juicio por jurado, capacidad para estar en juicio, instrucciones impartidas y valoración de la prueba.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1876, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

García María P.

b-CIDH

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013. Serie A No. 18, párrs. 101, 103 y 104, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, supra, párrs. 216 y 220

Doctrina citada.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013, tomo II, pp. 202/203

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

Fallo:

CUIJ: 13-06798557-9/1((018601-4145)). F. Y QUER. C/ GIL PEREG NICOLAS P/ HOMICIDIO (4145/19) (4145) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106052369*

En Mendoza, a los catorce días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06798557-9/1** caratulada **“F. c/ GIL PEREG, NICOLÁS P/ HOMICIDIO / CASACIÓN”**.

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

La defensa de Nicolás Gil Pereg plantea recurso de casación contra la Sentencia N° 1.876 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al acusado a la pena de prisión perpetua, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable de los delitos de homicidio agravado por el vínculo y homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real (arts. 80 inc. 1, 79 y 41 bis, y 55 del CP) que se le atribuyeron en los autos n° P-4.145/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

La Sentencia N° 1.876 dictada en autos da cuenta de las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado, del veredicto que éste emitió y de la pena y costas impuestas.

En las instrucciones iniciales, que forman parte de la sentencia impugnada, se hizo saber al jurado que *«[...] se acusa al Sr. Gil Pereg de haber intervenido en hechos que hasta este momento del proceso la Fiscalía ha calificado como homicidio agravado por el vínculo, respecto de Pyrhia Saroussy, y como homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego respecto de Lily Pereg. Por su parte, la Defensa sostiene que el acusado no es autor de estos hechos y que es inimputable por cuestiones mentales [...]»* (ver fundamentos, pág. 2).

Según el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal, los hechos atribuidos a Gil Pereg fueron los siguientes:

«[...] [E]l doce de enero de 2019 en horas de la mañana, como les digo, salvajemente [Gil Pereg] efectuó tres disparos de arma de fuego contra su tía y estranguló a su propia madre. A plena luz del día. Ahora entonces, nosotros tendríamos que ver que al momento del hecho –tenemos que probar nosotros– que este asesinato fue cometido con intención criminal. Estamos seguros. También que profanó los cuerpos, y vamos a ver qué significado religioso y mental tiene en la capacidad de la persona poder llevar a cabo una conducta que, justamente, lleva a cabo esta ofensa. Y también ocultó este delito. Ya lo vamos a ver.

Entonces, ¿le pasó algo en el medio? No, veamos qué hacía antes. Tenía actividades económicas, sociedades, realizaba actividades bancarias, tenía armas, quiere decir que había aprobado todos los exámenes psicofísicos que se requieren para esto. Y también tenía en marcha juicios civiles, como actor y como demandado. Comete el hecho, entonces vemos qué hizo después. Después visita el departamento alquilado por su madre y su tía, hace una falsa denuncia de paradero, tratando de sacarse de encima la investigación policial. Denuncia el recupero de las armas, armas que había denunciado como perdidas dos días antes que llegara la madre. Aparecen muertas y él, sin estar siquiera excitado o preocupado, no, él se dedica a ir y decir “encontré las armas”, dentro de ellas la que había usado para matar, justamente como dijimos, a su tía. Empieza a dar notas periodísticas con total solvencia, con total capacidad, con total normalidad. Transfiere armas a sus abogados. Transfiere la totalidad de las armas a sus abogados. Tendríamos que estar tan equivocados nosotros que la internación de Gil Pereg hoy, en [el hospital psiquiátrico] El Sauce, es voluntaria. Dos veces [el hospital] El Sauce dijo “no reúne criterios psiquiátricos de internación”. Y una vez lo dijo el hospital [psiquiátrico] Pereyra. ¿Por qué está acá? Porque amenaza que si lo sacan de ahí, y lo llevan a donde debe estar –que es en la cárcel– se va a matar. Pero su internación es voluntaria. Voluntaria. También sigue disponiendo de su patrimonio [...] y ejerce su defensa material [...]» –audiencia del 26 de octubre de 2021, parte I, min. 34:15 a 37:09–.

En la acusación también se dijo luego que «[...] este hecho acaeció u ocurrió el día 12 de enero, aproximadamente entre las 10 y 12 horas. Cuando Gil Pereg llevó a su mamá Pyriha Sarousy y a su tía Lily Pereg en colectivo hasta su domicilio en la calle Roca ... de Guaymallén. Previo ir a buscarlas a un departamento que ellas habían alquilado un día previo, un día anterior, el 11, en la calle España de Ciudad. Cuando está en su domicilio, en la parte del final de su terreno hay una obra en construcción. Ahí, en ese lugar, las mató. A su tía Lily Pereg le disparó en tres oportunidades en la región del tórax, provocándole la muerte. Y a su madre la estranguló con un lazo. Aun así, después de fallecidas estas personas, después que las mató, le colocó un hierro en la zona de la vagina y el ano, y además un hierro en el cráneo. Luego las enterró casi a un metro de profundidad. Pero eso sí, les colocó piedras, luego tierra. ¿Para qué? Para que nadie advirtiera la presencia de esos cadáveres [...]. Cuando mata a su tía con ese arma de fuego, ese arma de fuego era justamente de su propiedad, que había denunciado días previos como sustraída [...]» –misma audiencia, min. 43:30 a 45:45–.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de Gil Pereg plantea cuatro agravios contra la sentencia condenatoria.

El primero de ellos es de índole procesal y se vincula con la **intervención del jurado popular** en el caso. Así, la defensa se agravia del rechazo de las excepciones y el pedido de juzgamiento por jueces técnicos que realizó durante las audiencias preliminares. Afirma la defensa que Gil Pereg renunció al procedimiento de juicio por jurados, que constituye una excepción de la jurisdicción, y que además solicitó la intervención del fuero federal en razón de que el acusado es una persona con discapacidad mental, de que las víctimas eran extranjeras –israelíes– y de la profunda difusión mediática y en redes sociales del caso, lo cual vulneró el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

El segundo agravio está asociado a la **composición del jurado popular**. Explica la defensa que el **art. 6 la ley 9.106** prevé la integración de jurado con paridad de género (esto es, mitad masculino y mitad femenino), pero no ha tenido en cuenta que hay personas de **género no binario**, que han sido reconocidas por el **decreto presidencial n° 476/2021** que incorpora para estos casos la categoría «X» de género al

padrón electoral. En función de que según el art. 7 de la ley 9.106 el jurado popular se integra a partir de las listas de ese padrón, afirma la defensa que debió incluirse un tercio de personas de género no binario. La falta de inclusión –sostiene– supuso preterir y no reconocer a una parte de la comunidad, a la vez que afectó el derecho del acusado a ser juzgado por la sociedad y, con ello, la imparcialidad del jurado. Plantea, además, la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 9.106 en función de que no reconoce a las personas de género no binario.

En tercer orden, plantea la defensa la nulidad del debate por incapacidad para estar en juicio del acusado. Explica que Gil Pereg estaba internado al momento del juicio y bajo tratamiento con medicación anti-psicótica, de modo que al menos existen dudas sobre si podía defenderse materialmente de manera eficaz. Además, las declaraciones que hizo durante el juicio –con coartadas pueriles y ataques al jurado– demuestran que no era capaz de estar en juicio y defenderse eficazmente. Señala la defensa que, si bien el establecimiento psiquiátrico donde Gil Pereg estaba alojado sostuvo que éste tenía capacidad para estar en juicio –sin perjuicio de aconsejar una serie de «ajustes razonables» sobre alimentación, vestimenta, etc.–, lo cierto es que alguien que está internado por enfermedad psiquiátrica no puede ser considerado capaz de estar en juicio.

En cuarto lugar, la defensa afirma que se afectaron los derechos de Gil Pereg como persona incapaz, en tanto no se incluyeron instrucciones sobre el punto en las instrucciones finales y, con ello, se negó su situación de discapacidad. La defensa plantea, además, críticas sobre el desarrollo del juicio vinculadas a la negación de la discapacidad del acusado. En este sentido, se agravia de que al comienzo del debate la jueza ordenó al acusado que se callara cuando éste no paraba de imitar el maullido de un gato, desacreditándolo; de que la Fiscalía desacreditó a la defensa técnica, atribuyéndole desmanejos con las armas de fuego que el imputado poseía; y de que la jueza desacreditó el alegato final de la defensa al dictar una «*medida saneadora*» según la cual los alegatos no debían ser considerados prueba, aunque no hizo lo mismo con el alegato de la acusación a pesar de las «*burdas animaciones de power point*», las manifestaciones sobre la trayectoria del Fiscal en Jefe o sus años de experiencia, que realizó esa parte.

Por otra parte, agrega que el «ajuste razonable» consistente en que el acusado viera el juicio desde su celda mediante un circuito cerrado de video vulneró sus derechos como persona con discapacidad. Si no estuvo presente en el juicio fue porque no podía, porque se trata de una persona que padece una enfermedad mental que no podía encarar la audiencia adecuadamente, como todos los profesionales de la salud lo manifestaron. Concretamente, la defensa considera vulnerados los arts. 4 y 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Explica la defensa que, de haberse realizado el pertinente control de convencionalidad –lo que la jueza debía llevar adelante aun de oficio–, no se habrían visto afectados los derechos del acusado.

El quinto y último eje de agravios se vincula con lo que la defensa considera un notorio apartamiento de las pruebas producidas durante el debate por parte del jurado popular, del tipo previsto en el art. 41 inc. d de la ley 9.106.

En este sentido, explica que la cuestión principal a resolver por parte del jurado era la imputabilidad del acusado al momento del hecho, extremo –sostiene– que la Fiscalía no logró acreditar más allá de toda duda razonable. Afirma que quedó ampliamente probado que Gil Pereg era inimputable al momento del hecho, y que no es posible derivar de la prueba rendida en el debate un veredicto de culpabilidad sobre ese extremo.

Para sostener esta afirmación, evalúa una serie de testimonios producidos en el debate, a saber: 1) José Eduardo Reig, dueño del departamento que alquilaban las víctimas, dijo que Gil Pereg tenía un gorro tipo «piluso» blanco; 2) José Vega, dijo que era extravagante y raro, no recordó haber recibido informes de la policía de Israel y que su relato no le «cerraba»; 3) Silvina Campos, policía encargada de la búsqueda de personas, dijo que había gatos disecados, mucha suciedad y excremento humano en el predio donde fueron halladas las víctimas; 4) Gustavo Ojeda afirmó que los gatos del acusado estaban en muy malas condiciones, que Gil Pereg quería que mejorasen y les compraba medicamentos, que a cuatro de ellos les puso un chip para viajar en 2018; y que sus condiciones de higiene eran deplorables y que Gil Pereg tenía una rasta desde 2016; 5) Jorge y Omar Salinas, vecinos del acusado y quienes lo habían denunciado por querer hacer un portón que daba a su domicilio, dijeron que al primero Gil Pereg le expresó que era noruego, y al segundo, palestino; 6) Gladys Delgado afirmó que pesaba más de 120 kilos, y que luego estaba irreconocible, que tenía cinco teléfonos y hablaba por todos ellos, y que tenía mucho dinero que recibía del exterior y le mandaba a su madre, y también relató sobre una agresión que sufrió; 7) Guillermo Ferreyra dijo que cuando lo conoció tenía barro en la cabeza, que en una oportunidad lo estafaron en trescientos mil dólares, que una vez lo llevó a una fiesta a la que fue con la misma ropa que usaba habitualmente y donde no pudo socializar, que le quiso presentar a la dueña de casa y que Gil Pereg le dijo que era muy vieja; que andaba con bolsas llenas de dinero y contaba que en Europa le pagaban para mantener relaciones sexuales; y que llevaba una libreta con los préstamos que le hacía a la gente que consideraba honesta; 8) Silvia Lozano, vecina del acusado, dijo que Gil Pereg gritaba en diferentes horarios y maullaba, que tenía más de veinte gatos, era «mugriento» y desarreglado y que en el barrio le decían «El loco»; y 9) Nancy Díaz sostuvo que escuchaba gritos, que Gil Pereg usaba en verano e invierno la misma ropa, usaba el agua del cementerio y lavaba huesos de perros, que compraba alimento de perros caro, y que una vez apareció con computadoras quemadas que dijo que su sereno había quemado, pero que ella nunca vio que tuviera un sereno.

Posteriormente la defensa repasa los testimonios de los profesionales que se manifestaron sobre la imputabilidad de Gil Pereg: 1) la médica Laura Hanna expresó que el tiempo transcurrido desde el hecho hasta el análisis impedía determinar si el acusado tuvo un brote psicótico al momento del hecho; frente a ello, la defensa expresa que esta profesional entrevistó por aproximadamente una hora al acusado y no pudo determinar si al momento del hecho comprendía la criminalidad del acto, y que descartó que fuera psicótico; 2) el psiquiatra Sebastián Dalla Torre no advirtió comportamientos retraídos, pero sí extravagantes y disruptivos, y explicó que cuando lo evaluó tomaba medicación; además, señaló que él estaba en mejor posición para diagnosticar que el personal del Hospital El Sauce y que no podía determinar qué diagnóstico le correspondía; y 3) el psicólogo Walter Lavilla, quien lo diagnosticó con trastorno de la personalidad esquizotípico, aunque también señaló que no podía diagnosticarlo adecuadamente; también mencionó que Gil Pereg tenía lucidez, que habló de gatos desde el primer día y que se auto-diagnosticaba con Trastorno Obsesivo Compulsivo.

Tras el repaso de las declaraciones reseñado, la defensa concluye que el único testimonio que descartó la inimputabilidad de Pereg fue el de la psicóloga Gema Lara, quien a su criterio se contradujo lisa y llanamente con lo expresado en su declaración durante la Investigación Penal Preparatoria, cuando manifestó que desde su posición no podía determinar a ciencia cierta si el acusado era o no imputable al momento del hecho. Sin embargo, y sin dar una explicación satisfactoria al respecto, durante el debate modificó su opinión, lo que motivó una denuncia por parte de la defensa por el delito de falso testimonio.

Incluso señala que la profesional se negó en dos oportunidades a responder preguntas de la defensa, expresando que «no venía a dar una clase» y que eran temas muy complejos para el jurado. De modo que, concluye la defensa, una declaración de imputabilidad no puede fundarse en esa declaración solamente.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Audiencia de informe oral del recurso

Para fecha 15 de febrero del presente esta Sala Segunda realizó, en sede del Polo Judicial y con la presencia de Nicolás Gil Pereg, la audiencia para que la defensa informase oralmente el recurso de casación interpuesto. En tanto los defensores del acusado no se presentaron, a pesar de haber sido debidamente notificados, el Tribunal resolvió **tener por desistida** la voluntad de informar oralmente la impugnación (ver fs. 27/28).

4.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General consideró que el recurso es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Sobre la alegada vulneración de la garantía de juez imparcial y la negativa a la renuncia del procedimiento de juicio por jurados populares, afirma –con cita del precedente «Acuña» de este Tribunal– que el jurado constituye una reserva de soberanía popular y es el órgano que la Constitución Nacional consagra como juez natural, imparcial e independiente. También invoca el precedente «Canales» de la Corte Federal, donde se afirmó que las leyes modificatorias de jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, puesto que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía, y que no existe un derecho adquirido a ser juzgado mediante un determinado régimen procesal, puesto que las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público. Concluye que el juzgamiento por jurados **no es una cuestión optativa y renunciable como pretende la defensa.**

En cuanto al planteo de **inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 9.106** por no incluir a las personas de género no binario, afirma que el planteo puede resultar útil y oportuno para un debate abierto a la sociedad, aunque en la presente causa no causó perjuicio alguno a las garantías y derechos del acusado, ni se relaciona con el hecho. Explica que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una herramienta judicial de *ultima ratio*, y que el planteo aparece indeterminado e impreciso en la medida en que no se relaciona con el hecho, sino que surge como una intención abstracta y que no amerita un acto de suma gravedad institucional como la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

Agrega que el sorteo que se realizó fue aleatorio y se realizó con el padrón electoral como base, que se encuentra conformado por toda la población sin discriminación alguna, y que no obstaculizó la participación de cualquier persona de género no binario.

Sobre la nulidad del debate por la incapacidad del acusado para estar en juicio, contesta que los informes de los médicos tratantes en el Hospital El Sauce dieron cuenta de la capacidad de Gil Pereg para estar en juicio y que la jueza técnica resolvió apreciando la especialidad de los profesionales intervinientes y la complejidad del caso. Frente a ello, las alegaciones defensivas aparecen como afirmaciones dogmáticas sin fundamento científico.

Sostiene que no se vulneró el derecho de defensa, dado que los profesionales que el acusado designó ejercieron su profesión y lo asistieron en todas las instancias de la causa, asesorándolo y explicándole la estrategia defensiva más conveniente a su situación procesal. Incluso, en ocasiones el acusado se expresó

en forma personal, concreta y clara respecto de algunos pedidos. De las constancias de audio y video surge que el imputado participaba activamente de las audiencias y, además, los letrados lo visitaban en su lugar de encierro, le explicaban las instancias que se iban sucediendo y sus consecuencias, y comentaban en audiencia cuáles eran las respuestas que el acusado brindaba, respetándose su palabra en cada ocasión. Agrega que durante el juicio se tomaron las medidas pertinentes para proporcionar al acusado apoyo para ejercer su capacidad jurídica, siendo oída su voz y protegida su integridad. Las constancias audiovisuales dan cuenta de que estaba atento a las expresiones de los demás y de que se le brindó la posibilidad de expresarse.

Por otra parte, señala, en las instrucciones brindadas al jurado se especificó de forma detallada la situación referida a la incapacidad mental del acusado que propugnó la defensa, definiendo la patología y las consecuencias de su consideración, de modo que los agravios la defensa resultan infundados. Agrega que durante el juicio no se negó la patología de Gil Pereg, y que en ese contexto se le brindó un tratamiento adecuado y un trato respetuoso y contenedor, aunque quedó acreditado que ello no lo privaba del juicio crítico, tal como lo afirmaron los profesionales que dieron cuenta de su capacidad mental. Además, en punto a las instrucciones impartidas, refiere que la defensa prestó su conformidad.

A criterio del Procurador General la conclusión del jurado no luce arbitraria sino como el resultado de la valoración de toda la prueba rendida en el juicio, con la seguridad de que el delito atribuido fue probado y de que el acusado fue su autor. El jurado fue instruido sobre la valoración de la prueba y, particularmente, sobre la valoración de la prueba por parte de los profesionales de salud intervinientes.

También en las instrucciones se hizo referencia a la repercusión mediática del caso y se advirtió al jurado que debía ignorar por completo cualquier información radial, televisiva o proveniente de periódicos, telefonía celular o internet; lo que demuestra que el jurado popular dictó su veredicto tras apreciar el plexo probatorio que se puso a su disposición.

Por los motivos expuestos, el Procurador General solicita el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Gil Pereg. Paso a explicarlo.

A efectos de brindar un adecuado tratamiento a cada uno de los agravios planteados por la defensa del acusado, me ocuparé de su examen en el orden en que han sido formulados.

5.a.- Consideraciones sobre la renuncia al juzgamiento por jurados y las excepciones de incompetencia y falta de jurisdicción

Tal como surge de la reseña realizada en el apartado 2 de este voto, la defensa de Gil Pereg se agravia del rechazo de las excepciones y el pedido de juzgamiento por jueces técnicos que realizó durante las audiencias preliminares.

Compulsada la audiencia preliminar que tuvo lugar el día 18 de agosto de 2021, se advierte que la defensa planteó una excepción de incompetencia basada en que, siendo el acusado extranjero, correspondía su juzgamiento al fuero federal. La unió a una solicitud de falta de jurisdicción por renuncia del acusado al juzgamiento por jurados populares, asentada en una «*evidente conmoción de la ciudadanía*» por el caso,

generada a raíz de la gran exposición mediática de la que ha sido objeto el hecho. Por ello, para la defensa era necesario que el juicio se realizara por jueces técnicos del fuero federal, de modo de respetar el debido proceso del acusado y la imparcialidad del juzgador. Del planteo, se corrió vista a las partes acusadoras, que se opusieron a la pretensión –ver audiencia del 18 de agosto de 2021, min. 10:05 y ss.–.

Ahora bien, el agravio mencionado debe ser desestimado puesto que, de la compulsa de la videoregistración de las audiencias preliminares, surge que la jueza técnica rechazó en la audiencia del 24 de agosto de 2021 los planteos señalados, sobre la base de razones jurídicas que aquí se comparten y que la defensa no ha rebatido en su impugnación. Veamos.

En cuanto a la excepción de incompetencia, la jueza interviniente resolvió que «[...] *no puede prosperar por cuanto no se configura ninguno de los criterios –ni la materia, ni el lugar, ni las personas– que determinan la competencia de la justicia federal. La República Argentina es un Estado federal, ello significa que la unión nacional ha sido constituida por voluntad y elección de las provincias que la componen, y que coexisten dos órdenes o niveles de organización política: la Nación y las Provincias. Y la regla que permite la coexistencia coordinada de los Estados locales con el Estado central es la establecida en el art. 121 de la Constitución Nacional, en virtud de la cual las Provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. Con el mismo principio opera la distribución del poder jurisdiccional entre la Nación y las Provincias; esto es, la asignación de la competencia federal o local».*

«El propósito de “afianzar la justicia” consagrado en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional se debe lograr en principio a través de las estructuras judiciales provinciales, sobre quienes recae la obligación de asegurar la administración de justicia de acuerdo al art. 5 de la Constitución Nacional. Sólo excepcionalmente recae ese deber sobre el Estado federal en las causas indicadas en el art. 116 de la CN. Por lo tanto, la organización judicial de nuestro país se caracteriza por la coexistencia de la justicia federal con la justicia provincial. Pero la competencia federal solo abarca algunos lugares, materias o personas de interés para el Estado nacional. En ningún caso, como principio, los asuntos regidos por el derecho común son de competencia federal. De allí que toda la doctrina caracterice a la competencia federal como de excepción y limitada a los asuntos o casos que, de acuerdo a un punto de conexión específico, le concede la Constitución Nacional».

«¿Cuáles son estos puntos de conexión? La competencia federal puede serlo en razón del territorio, de la materia o de las personas. Ni el territorio, ni la materia han sido invocados por el señor defensor como fuentes de la competencia federal en esta causa. Más allá de que tampoco se verifique la concurrencia de alguno de esos puntos de conexión en estos obrados. En cuanto a la competencia federal en razón de las personas, la Constitución Nacional la establece para embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros. Luego se refiere a lo que se ha denominado el “fuero federal por distinta vecindad o extranjería” y al respecto el art. 116 de la CN establece “[...] corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que se susciten entre una Provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero [...]”, y esta norma del art. 116 –que es la que ha sido invocada por el doctor Legrand [defensor del acusado] y en la que pareciera fundarse su planteo de falta de competencia– debe correlacionarse con el art. 118 de la CN para delimitar su alcance. El art. 118 de la CN establece “[...] todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito [...]”».

«En concordancia con la manda constitucional, el art. 54 de nuestro Código Procesal Penal prevé “[...] será competente el tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido [...]”. Es decir, la Constitución Nacional consagra dos principios relativos a la organización judicial en esta disposición: primero, que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados; y segundo, que los juicios penales se harán en la misma Provincia donde se hubiere cometido el delito. Es decir, en aplicación del aforismo latino “forum delicti comissi”, el juicio público debe llevarse a cabo en la Provincia donde el delito fue cometido. La acusación debe dirimirse en esa Provincia. Y la pretensión de la defensa técnica choca contra estos dos principios constitucionales y con toda la doctrina que ha tratado estos temas. Así, Maier señala “todo lo relativo al fuero federal por distinta vecindad, por vecindad o de extranjería, resulta desplazado en materia penal, por la regla del *forum delicti comissi*, del art. 118 de la CN. A más de que –continúa Maier– según nuestro sistema procesal penal, no puede considerarse que quien persigue penalmente es la Provincia o la Nación. El Ministerio Público y la Policía –que son los funcionarios de la persecución penal de la Nación y de las Provincias– representan sólo un interés objetivo por la persecución penal en virtud del deber de seguridad común que brinda el Estado” [...]».

«A partir de la cita que hice de Maier puedo afirmar que técnicamente no es esta una causa en que sea parte la Provincia de Mendoza contra un ciudadano extranjero. Y en el mismo sentido de Maier, Claría Olmedo explica que el art. 116 de la Constitución Nacional se refiere a causas civiles y no puede extenderse al caso de un delito en el cual víctima y victimario sean de distinta vecindad o uno argentino y otro extranjero. En consonancia precisamente con la Constitución Nacional y con la doctrina citada, la ley 48 de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales establece en su artículo primero “La Corte Suprema de Justicia de la Nación conocerá en primera instancia: 1° de las causas que versen entre dos o más provincias y las civiles que versen entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra, o ciudadanos o súbditos extranjeros”; artículo segundo “los jueces nacionales de excepción conocerán en primera instancia de las causas siguientes: 2° las causas civiles en que sean parte un vecino de la provincia en que se suscita el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un ciudadano extranjero”. Por las razones expuestas, corresponde el rechazo de la excepción de falta de competencia deducida por el señor defensor [...]» –ver min. 04:37 a 18:22–.

Por otra parte, en cuanto al planteo de falta de jurisdicción la jueza interviniente sostuvo que «[...] bajo este rótulo la defensa técnica plantea, en realidad, un cuestionamiento a la posible imparcialidad de los jurados a quienes corresponda intervenir en esta causa. El doctor Legrand argumentó que la causa ha tenido gran trascendencia mediática y en las redes sociales de toda la Provincia, lo que ha generado una evidente conmoción de la ciudadanía, llegando incluso a simularse en algún programa televisivo el juicio por jurados que concluyó con un veredicto de culpabilidad. Sostuvo el señor defensor que la abundante información periodística sobre el caso impediría obtener un jurado imparcial, por lo que debe permitirse en este caso la renuncia al juicio por jurados y la derivación del caso a la justicia federal y, dentro de la justicia federal, a otra jurisdicción»

«Por lo expuesto al tratar la cuestión anterior, la justicia federal no tiene competencia para tratar esta causa. Ni la justicia federal con asiento en la Provincia de Mendoza, ni la de ninguna otra jurisdicción del país. [...] En cuanto a la renuncia al juicio por jurados, no está permitida en la ley 9.106. Se trata de una opción legislativa. Si bien en nuestro país la legislación de la Provincia de Buenos Aires contempla esta opción, las leyes de juicio por jurados de Neuquén y Chaco no permiten ninguna clase de renuncia al juicio por jurados. Asumiendo entonces que esta causa es de competencia de la justicia provincial y que en la ley

de juicio por jurados de la Provincia de Mendoza no está admitida la renuncia al juicio por jurados, corresponde analizar –y en esto sí me voy a detener, por la importancia del cuestionamiento– lo relativo a la imparcialidad del jurado por la exposición mediática del caso y por la resonancia social que ha tenido en la Provincia».

«Le asiste razón al doctor Legrand cuando afirma que la cobertura periodística de este caso ha sido intensa y que ha tenido amplia difusión en las redes sociales. Esto es un hecho notorio e innegable. Y es evidente que uno de los problemas centrales de la garantía de imparcialidad es la posible influencia de los medios de comunicación sobre quien debe resolver un caso judicial. Se plantea en este sentido un conflicto entre dos derechos: por un lado, el derecho del acusado a ser juzgado por un tribunal imparcial; y por el otro, el derecho a la libertad de prensa. Actualmente podemos observar cada día más –sobre todo en casos de alta resonancia social– que aparece la disputa mediática en paralelo a la disputa judicial. Las denuncias y las repercusiones de un caso mediático suelen expandirse rápidamente por los medios de comunicación. Incluso con las nuevas formas de difusión a través de internet, se profundiza aún más esta situación. Esta es una realidad innegable: ya se trate de juicios por jurados o ante jueces técnicos. Ahora bien, la gran mayoría de los juicios por jurados desarrollados en la Provincia de Mendoza corresponden a hechos que han tenido amplia difusión en la prensa y en las redes sociales».

*«Ello se explica por la competencia establecida en **el art. 2 de la ley 9.106, que declara aplicable el juicio por jurados a los delitos previstos en el art. 80 del Código Penal.** Esto es, homicidios agravados reprimidos con pena de prisión perpetua. Por lo tanto, la gravedad de los hechos que son juzgados por jurados populares determina que se trate de hechos con importante repercusión mediática. De aceptarse sin más la postura del señor defensor, prácticamente ningún hecho podría decidirse por jurados populares en la Provincia de Mendoza. Por otro lado, la situación expuesta por el doctor Legrand está prevista en la ley 9.106 en su art. 2, al decir “[...] cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado en audiencia pública con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que el juicio se lleve a cabo en una circunscripción judicial de la Provincia distinta a la que ocurrió el hecho delictivo [...]”. Sin embargo, la solución provista por la ley 9.106 no ha sido solicitada por la defensa técnica, por cuanto el dr. Legrand afirma que el impacto de los medios masivos de comunicación en este caso se ha extendido a toda la Provincia».*

«Por otro lado, la fuerte influencia la opinión pública –cuando un caso adquiere gran cobertura periodística– no es privativa de los jurados populares. Es extensible también a los jueces profesionales, por cuanto ellos no están aislados de la realidad social. Los magistrados, en tanto seres humanos que viven en sociedad, también absorben información periodística que puede influir en sus decisiones. En muchos casos pueden llegarse a sentirse condicionados por estas noticias, temiendo ser condenados por la opinión pública en caso de no atender en sus resoluciones a las pretensiones de los sectores dominantes. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los jueces profesionales, en el caso de los jurados, en pos de garantizar al imputado la imparcialidad del jurado el sistema establece varias salvaguardas de la garantía destinadas a contrarrestar el eventual perjuicio mediático y asegurar, de este modo, que los juicios se celebren de la manera más imparcial posible».

«En primer lugar, corresponde mencionar el riguroso proceso de selección de jurados o audiencia de voir dire. Este es el medio más eficaz para contrarrestar el perjuicio que podría sufrir el acusado por una publicidad adversa. Durante ese proceso, las partes podrán preguntar a los candidatos a jurados cuál ha

sido su exposición a la publicidad y si, a pesar de ello, están en condiciones de emitir un veredicto sólo sobre la base de la prueba que se presente en el juicio. Por lo tanto, la obtención de un jurado imparcial reposa principalmente en la actividad de las partes en la audiencia de voir dire. Esta audiencia les otorga a las partes la posibilidad de influir en la constitución del tribunal de juicio. Esto es lo que ha llevado al doctor Harfuch a afirmar “[...] el juicio por jurados nos permite apreciar que la noción de máximo rendimiento del ideal de imparcialidad del juzgador, sólo puede provenir de un litigio de partes. Se trata de un litigio de control poderoso sobre la conformación del tribunal de jurados y, por ende, sobre su veredicto [...]”. Esto ha llevado al doctor Harfuch a afirmar que la imparcialidad –en el caso de juicios por jurados– es producto del litigio, o fruto del litigio de las partes. Además, debe tenerse en cuenta que la selección se hará entre un grupo de ciudadanos sorteados aleatoriamente de la lista anual, en una audiencia pública que quedará íntegramente registrada en soporte audiovisual. Si las partes detectan algún prejuicio en los candidatos, podrán recusarlos con causa. Y en este punto, debo destacar que la ley 9.106 no contiene límites en cuanto a las recusaciones con causa que pueden formular las partes, lo que resulta una disposición poderosamente garantizadora de la imparcialidad de los jurados».

«A fin de cautelar aún más la imparcialidad, pueden adoptarse recaudos adicionales, tales como la confección de un formulario de preguntas dirigido a los potenciales jurados, un método de interrogatorio adecuadamente pensado para las particularidades del caso –es decir, interrogatorio individual o grupal–. Todas estas cuestiones que las partes pueden plantear y que pueden ser acordadas en forma previa la audiencia de selección de jurados. Otro medio importante previsto en la ley para contrarrestar el efecto de la publicidad adversa son las instrucciones que el juez profesional imparte a los miembros del jurado. Yo, como jueza del derecho, les imparto a los jurados instrucciones iniciales y finales que contienen previsiones muy específicas al respecto. Así, en la instrucción inicial número 3, relativa a las prohibiciones del jurado, cuyo borrador ya les he remitido vía mail a las partes, he consignado “[...] El caso debe ser juzgado por ustedes sólo sobre la base de la prueba presentada durante el juicio. No deben realizar ninguna investigación por cuenta propia. Esto significa que ustedes no podrán leer diarios, mirar programas de televisión sobre el caso, o usar una computadora, teléfono celular, internet o cualquier otro medio a fin de obtener información relacionada con este caso [...]”. En la instrucción número 6 vuelvo sobre el punto al indicar a los jurados que no pueden considerar prueba cualquier cosa que hayan visto u oído fuera de este juicio. Y luego, las instrucciones finales también abordan este tema. De todo lo expuesto se extrae que tanto los jueces técnicos como los jurados son pasibles de ser influenciados por la opinión pública. Aunque resulta más dificultoso afectar la imparcialidad de los ciudadanos. Porque, tal como sostiene Harfuch, “[...] el concepto actual de imparcialidad no sólo está asociado a la neutralidad, sino también a la exigencia de la diversidad de miradas en la deliberación, a una justa y equitativa representación comunitaria en el jurado, y a su sujeción estricta a la prueba, características todas estas del juicio por jurados [...]”. En conclusión, si bien la cobertura periodística de los hechos objeto de esta causa ha sido muy amplia, ello no autoriza a concluir que será imposible seleccionar un jurado imparcial. Durante la audiencia de desección del jurado, tanto las partes como yo deberemos enfocarnos especialmente en el impacto perjudicial que podría haber tenido la publicidad previa al juicio y adoptar todos los recaudos para aventar el riesgo derivado de la trascendencia mediática de esta causa. Por lo expuesto, también esta excepción debe ser rechazada [...]» –ver min. 18:22 a 34:00–.

De las transcripciones realizadas surge, como se afirmó antes, que la jueza brindó una adecuada respuesta a cada uno de los planteos de la defensa, y que lo hizo con referencia a las normas constitucionales y

procesales aplicables y a su interpretación por parte de la doctrina, sin que el recurrente haya dado cuenta de ninguna de esas razones.

En particular en relación con el pretendido derecho a optar entre el enjuiciamiento por jueces técnicos o jurados populares, cabe agregar a lo sostenido por la jueza, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado constitucionalmente, en el caso «Canales», la legislación neuquina que prevé –al igual que la mendocina– la obligatoriedad del juzgamiento para determinados delitos. En este orden sostuvo que «[...] *no procede la declaración de inconstitucionalidad de la normativa neuquina por el hecho de no haber contemplado, en favor del imputado, un derecho a renunciar a esta modalidad de enjuiciamiento [...]*» (los argumentos, más extensamente explicados, pueden verse en CSJN, Fallos 342:697, considerandos 15 y 16).

De tal manera, el agravio debe ser desestimado en esta instancia, puesto que no demuestra errores procedimentales o de aplicación o interpretación normativa por parte de la jueza técnica, ni el perjuicio concreto que la decisión habría irrogado a esa parte.

5.b.- Consideraciones sobre la composición del jurado popular

Un segundo agravio de la defensa afirma que el jurado no ha sido integrado con personas de género no binario –a pesar de que éstas forman parte del padrón electoral a partir del cual se sortea el jurado– y que esta falencia afecta el derecho del acusado a ser juzgado por la sociedad y, con ello, la imparcialidad del jurado. También la defensa refiere que esto implica no reconocer a una parte de la comunidad y, en función de ello, plantea la inconstitucionalidad del **art. 6 de la ley 9.106**.

El planteo no puede prosperar puesto que la defensa no explica cómo las circunstancias que invoca afectan el debido proceso, ni cómo contrariarían un mandato constitucional.

En primer lugar, ha de señalarse que –en su recurso– la defensa no ha dado cuenta de los sólidos argumentos que la jueza técnica brindó para desestimar este planteo. En efecto, de la compulsas de las actuaciones puede advertirse que en la audiencia de conformación del jurado popular que tuvo lugar el día 1 de octubre de 2021 la defensa realizó el mismo planteo que ahora, que fue denegado por la jueza técnica.

En esa decisión, la jueza negó que la falta de personas de género no binario en el jurado pudiera generar una afectación de la representatividad, en la medida en que el derecho a participar no se ve menoscabado por el reconocimiento de la identidad de género no binaria. Explicó la jueza que todas las personas –en tanto ciudadanas– están incluidas en el padrón electoral a partir del cual se realiza el sorteo de jurados, independientemente del modo en que se anota su género –ver audiencia del 01 de octubre de 2021, min. 21:00: y ss.–.

Agregó que la autopercepción de la identidad de la población sólo puede conocerse con certeza una vez que se actualice el censo poblacional realizado en el año 2020 que fue suspendido por razones humanitarias vinculadas a la pandemia por COVID-19, de modo que hasta tanto el censo no concluyera, no era posible realizar un mapeo de personas de género no binario y determinar la proporción con que deben integrar el jurado. De forma tal que sería arbitrario que una jueza –y no los órganos del Estado pertinentes– dirima una integración del jurado no prevista por la ley, como solicita la defensa –ver audiencia, min. 22:00 y ss.–. Además, sostuvo que la garantía del juicio por jurados en lo que respecta a la representatividad está dada por el sorteo de los integrantes a partir del padrón electoral, que no excluye a las personas de género no binario. Tampoco se advierten, afirmó, afectaciones de las garantías del

imputado, ni otras circunstancias que ameriten revisar el punto, puesto que el delito no se cometió contra personas de género no binario ni se vincula con la identidad de género –ver audiencia, min. 23:30 y ss.–.

Por último, la jueza agregó razones pragmáticas para rechazar el planteo. Por una parte, explicó que para arbitrar la decisión de la defensa sería necesario reformar la ley y el padrón electorales, lo que excede la competencia del Tribunal. Por otra, señaló que el **decreto nacional n° 476/21** –que dispone el reconocimiento de personas de identidad de **género no binario** en el padrón electoral– dispuso un plazo de 120 días para su implementación, que se cumpliría el 21 de noviembre de 2021, es decir, con posterioridad al momento del planteo de la defensa –ver audiencia, min. 27:40 y ss.–.

Ninguna de estas razones, en las que no se advierte arbitrariedad alguna por parte de la jueza técnica, ha sido puesta en tela de juicio por la defensa, quien sólo se limita a reiterar sus argumentos en la instancia anterior. Por ello, corresponde rechazar el planteo defensivo.

Si bien, como se dijo, en el caso analizado el planteo de la defensa vinculado a la integración del jurado popular no encuentra sustento –en virtud de las razones que se explicaron antes– considero que la cuestión vinculada con la identidad de género de las personas que integran el jurado merece algunas reflexiones.

Tal como he tenido oportunidad de destacar en otras oportunidades, vivimos en una sociedad que se encuentra en una constante evolución y que en los últimos años ha cambiado su fisonomía en numerosos aspectos, en particular en cuanto al caso que nos atañe, relación con las cuestiones vinculadas al género, la identidad de género y su expresión. En función de ello, y del reflejo normativo que han tenido estos cambios en el ámbito convencional y legal, nace en el Estado un deber de acompañar y adaptarse a estos cambios.

En este sentido, en el precedente «Scifo Ruffini» sostuve que los «[...] *desarrollos teóricos feministas desestabilizaron los cimientos del binarismo clásico y construyeron el paradigma de la identidad de género, contenido en la ley N° 26.743 de Identidad de Género (2012). Sin embargo, en la actualidad persisten y se reproducen roles y estereotipos de géneros en familias patriarcales, que incluso naturalizan violencias por razones de género contra mujeres para perpetuar una cultura de dominación masculina hegemónica, (cfr. Luévano, M. (2021). La naturalización de la violencia en el entorno familiar y su reproducción en el noviazgo. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia, 13(1), 117-136)*».

Por su parte, en el caso **«García María P.**, representantes de la comisión de reinas de Guaymallén (Coreguay) y ot.» referí que «[...] *a partir del paradigma de los Derechos Humanos garantizados en la Constitución Nacional y teniendo en cuenta la perspectiva de género, corresponde el análisis del ejercicio real de los derechos de igualdad y no discriminación de todas las personas*». Agregué también que «[e]n la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (Conf. Corte I.D.H., **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013. Serie A No. 18, párrs. 101, 103 y 104, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, supra, párrs. 216 y 220**)». De este modo concluí que «[...] *sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento normativo*».

Ahora bien, en lo que respecta a las personas con identidad de género no binario, me interesa destacar que la Corte IDH al analizar el art. 1.1 de la CADH ha dicho que «[...] *la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por*

ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona». También ha sostenido que «[...] los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto» (Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH n° 19: derechos de las personas LGBTI, puntos 110 y 118).

Trasladadas estas consideraciones al problema que plantea la defensa, es posible afirmar que –si bien, como se dijo, el planteo no resulta relevante en el caso concreto que nos ocupa, aunque en otros sí podría ser relevante– resulta coherente con nuestro sistema normativo el reconocimiento de la identidad de género de las personas también en el jurado popular, incluso en aquellos casos en que una persona no se identifica con el género masculino o femenino. Es que, si el jurado popular es la expresión de una sociedad, sería pertinente que nuestro diseño legislativo tuviera en cuenta, para la composición del jurado popular, las diversas identidades de género de las personas que forman parte de nuestra comunidad.

En virtud de estas consideraciones, entiendo que corresponde exhortar al Poder Legislativo de la Provincia a fin de que evalúe la conveniencia de la reforma de la ley 9.106 –de juicios por jurados populares–, en relación con la posibilidad de incorporar una metodología que prevea la participación de personas con identidad de género diverso al masculino y femenino en la constitución del jurado popular.

5.c.- Consideraciones sobre la capacidad para estar en juicio de Gil Pereg

El tercer agravio defensivo afirma que todo el debate fue nulo, puesto que el hecho de que el acusado estuviera internado y bajo tratamiento con medicación anti-psicótica durante el debate, así como las manifestaciones que realizó durante el mismo, ponen en duda su capacidad para estar en juicio y defenderse eficazmente. En ese orden, la defensa enfatizó que quien está internado por enfermedad psiquiátrica no puede ser considerado capaz de estar en juicio.

Emparentado a este agravio de la defensa se encuentra otro, según el cual el «ajuste razonable» consistente en que el acusado viera el juicio desde su celda mediante un circuito cerrado de video vulneró los derechos de Gil Pereg como persona con discapacidad. La defensa denuncia la omisión del pertinente control de convencionalidad que habría evitado una afectación de los derechos del acusado.

Tampoco estos agravios pueden ser acogidos en esta oportunidad. Debe tenerse presente que nuestra legislación procesal penal prevé la situación planteada por la defensa en el art. 96 del CPP –aplicable al juicio por jurados en virtud del **art. 47 de la ley 9.106**– que dispone en su párrafo primero que «[s]i durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados [...]».

De la lectura de la norma citada surge que, para que el juicio se suspenda por causa de una enfermedad mental de la persona imputada, ésta debe ser tal que «excluya su capacidad de entender o querer». La capacidad para estar en juicio representa universalmente un presupuesto procesal, y abarca tanto la *capacidad general* para ser colocado en la condición de imputado perseguido penalmente, como la *capacidad específica* respecto de los actos singulares que contiene un procedimiento penal (ver **MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013, tomo II, pp. 202/203**). Esta última dimensión de la capacidad representa la cuestión más ardua, porque supone la aptitud para realizar actos jurídicos, es decir, la capacidad de comprender los actos a realizar, de tomar decisiones acerca de su

comportamiento en cada acto y de ejecutar esas decisiones; es decir, la capacidad de resistir la imputación (conf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, cit., p. 204).

La determinación de si una persona reúne estas condiciones puede verse auxiliada con la intervención de peritos que se expidan al respecto. En el caso que nos ocupa, la capacidad del acusado Gil Pereg ha sido uno de los temas centralmente debatidos a lo largo del proceso: tanto su capacidad de comprender la criminalidad de sus acciones al momento en que habría cometido los hechos, como su capacidad posterior para estar en juicio.

En esta instancia se analizarán ambas cuestiones, puesto que han sido planteadas por la defensa como puntos centrales de agravio. De la capacidad de Gil Pereg al momento del hecho me ocuparé luego, en el apartado 5.e. Ahora me concentraré en abordar la decisión respecto de la capacidad de Gil Pereg para estar en juicio, así como las pruebas de que se valió la jueza técnica para resolver el punto y los ajustes que adoptó para que el acusado presenciara el debate.

En ese orden, se advierte que ya en la audiencia de apelación de la elevación a juicio que tuvo lugar el día 23 de junio de 2021, el Tribunal Penal Colegiado en función de apelación consideró que Gil Pereg era imputable y estaba en condiciones de presenciar la realización del juicio. Ambas cuestiones fueron analizadas conjuntamente, puesto que tal era el objeto de aquella audiencia. Resulta pertinente traer a colación las consideraciones de los jueces de aquella instancia. En primer lugar, el juez preopinante señaló que *«[...] vemos que las dos pericias existentes que hay, tanto la de la defensa como la del Ministerio Público [Fiscal], [...] la de la doctora Gema Lara, nos inclina a aceptar la tesis de la imputabilidad. ¿Por qué decimos esto? Más allá de las pequeñas diferencias que pueda tener cada uno, lo cierto es que la doctora Gema Lara hace expresa mención de la inexistencia de estos «defectos» que podrían producir un brote psicótico o con posterioridad un brote psicótico. Estos defectos en la personalidad, como ser el aplanamiento en los sentimientos o en lo volitivo, nosotros vemos que no existe en las constancias de la causa, conforme está acreditado al menos en el requerimiento de citación a juicio de la prueba producida. Vemos que el señor Gil Pereg, antes de ocurrida la muerte de las víctimas, denuncia la sustracción de armas de fuego, se toma un colectivo, va a buscar a sus familiares al centro, es visto que discute con estos familiares en el transcurso del viaje en el colectivo, posteriormente unos vecinos escuchan un disparo que se puede asociar con –inmediatamente esto transcurre durante la mañana, cerca del mediodía–, entonces se puede asociar con la hora de la muerte. Posteriormente el señor Gil Pereg lleva a cabo conductas como realizar un pozo, introducir los cuerpos allí, luego realizar una loza cerámica, denunciar la desaparición de la madre y de la tía, realizar entrevistas, concurrir al domicilio para ingresar al mismo. Bueno, son todas conductas que evidencian que, si eventualmente hubiera tenido un brote psicótico, los defectos que produce el mismo con posterioridad a este brote psicótico no se han manifestado y esto es lo que dice la licenciada Gema Lara. Y por tal motivo también descartamos la pericia del doctor Castex, porque no explica estos comportamientos previos y posteriores al hecho [...]»* –ver audiencia del 23 de junio de 2021, min. 05:00 a 07:36–.

A esas consideraciones –principalmente asociadas a la imputabilidad del acusado al momento del hecho–, el tribunal agregó que *«[...] en un sentido similar lo hizo también la psiquiatra Ana Cecilia Interlandi, que participó del examen psiquiátrico, y también me parece importante lo que han declarado los profesionales de Penitenciaría Provincial a fs. 3184/3185, Marcelo Javier Valenti –que es psiquiatra de Penitenciaría– donde claramente manifiesta el gran componente manipulativo que tiene el interno. Y en el mismo sentido otro de los profesionales de la Penitenciaría Provincial, el psicólogo Walter Damián Davila, claramente dice*

que hay [en el acusado] una intencionalidad enmascarada por demostrar patologías que no posee, un discurso deliroide que maneja a voluntad. Si bien no puede establecer un diagnóstico específico, creo que las declaraciones vertidas por estos profesionales que lo han atendido en forma periódica dentro de la Penitenciaría Provincial, nos ponen un poco también en contexto de relacionar no sólo las conclusiones de los profesionales sino [...] con las circunstancias del hecho que no han sido discutidas por la defensa [...]» –ver audiencia del 23 de junio de 2021, min. 08:00 a 09:40, voto ampliatorio del segundo de los jueces del tribunal–.

Y finalmente, el tribunal sostuvo que «[...] advertimos, del examen de visu que hemos tenido desde el tribunal respecto del encartado, que hoy se encuentra en condiciones de comprender lo que está sucediendo en las audiencias, lo hemos visto en todas las audiencias que hemos tenido en el tribunal de apelaciones así que tampoco habría ningún inconveniente en que pase a la etapa posterior, esto es, los actos preliminares del juicio. Porque estamos en presencia ahora de una persona que se encuentra orientada en tiempo y espacio [...]» –ver audiencia del 23 de junio de 2021, min. 11:40 a 12:10, voto ampliatorio del tercer juez del tribunal–.

Las consideraciones reseñadas dan cuenta de que el planteo que la defensa realiza en esta instancia de casación ya fue resuelto en la instancia previa a la realización del juicio, en oportunidad de dirimirse las impugnaciones contra el requerimiento fiscal de elevación a juicio del caso.

Lo dicho hasta aquí permite afirmar que Gil Pereg, sin perjuicio de los padecimientos en la salud mental que adolece, se encontraba en condiciones de participar en el juicio, en la medida en que su capacidad de entender o querer no estaba descartada. Esto equivale a decir que el debido proceso no se ha visto afectado.

Esta conclusión se ve reforzada por la propia actividad procesal de la defensa, que actuó en el juicio de manera coherente con la capacidad procesal de Gil Pereg. Es que, más allá de las referencias médicas sobre la salud mental de Gil Pereg a las que se hizo referencia, ellas no implican que no pueda comprender el proceso penal que se lleva adelante y los actos procesales que tienen lugar, o ejercer su defensa material. Dicho en otros términos, no es posible afirmar que exista exclusión de su capacidad de entender o querer, como lo requiere el art. 96 del CPP, para que el proceso se suspenda.

A lo señalado, debe agregarse que en la elaboración de las instrucciones que se impartieron al jurado la defensa tuvo activa intervención. En oportunidad de litigarse las instrucciones generales –esto es, las que se imparten al comienzo del juicio al jurado–, la defensa solicitó la inclusión de una regla general sobre discapacidad, que fue sometida al contradictorio de las partes –tanto el Ministerio Público Fiscal, como el querellante particular no se opusieron a su inclusión, pero solicitaron que se realizara en potencial y no afirmando que Gil Pereg era discapacitado–; instrucción que finalmente no fue admitida por la jueza técnica, con el objeto de no confundir al jurado sobre la capacidad del acusado. En su lugar, la jueza sugirió que el asunto fuera explicado al jurado en las instrucciones finales, al tratarse la opción de homicidio cometido en circunstancias extraordinarias de atenuación. La defensa manifestó conformidad con ello –ver audiencias del día 12 de octubre de 2021, min. 12:00 y ss., y del 18 de octubre de 2021, min. 25:00 y ss.–. De tal manera, se advierte una contradicción en la estrategia defensiva, que por una parte asintió la inclusión de instrucciones finales que evitan expresamente aludir a una «discapacidad» y colocan la eventual enfermedad mental de Gil Pereg como una causal de inimputabilidad –ver punto 5.d de este voto al respecto–; es decir, que asumen que el acusado podía estar en juicio; pero, por otra parte, en la instancia

casatoria sostiene que la discapacidad en cuestión torna nulo el debate realizado.

La misma situación se presenta con relación a los «ajustes razonables» realizados para que Gil Pereg interviniera en el debate que cuestiona la defensa. En este aspecto, critica que este tipo de «ajustes» no cambian que una persona sea discapacitada sea incapaz de estar en juicio, e incluso afirma que con ello se vulneraron los derechos de Gil Pereg como persona con discapacidad. Sin embargo, –y, nuevamente de manera contradictoria– durante las audiencias preliminares la propia defensa solicitó «ajustes razonables», como ser una sala contigua para que Gil Pereg pudiera presenciar el debate cuando así lo quisiera –ver audiencia del 18 de octubre de 2021, min. 15:25 y ss.–.

Sin perjuicio de esta contradicción, desde esta instancia casatoria se advierte que las medidas adoptadas por el Tribunal resultaron adecuadas, tanto desde el punto de vista formal, como material. En el aspecto formal, se advierte que todas las medidas dispuestas fueron anticipadas a las partes, litigadas y consensuadas por éstas. Desde el punto de vista material, se observa que las medidas aparecen razonables, dada la actitud procesal que adoptó el acusado. Esto es, durante las audiencias preliminares Gil Pereg mantuvo una atenta escucha, incluso manifestó disconformidad con los acuerdos probatorios que su defensa y la acusación estaban llevando adelante –acuerdos que finalmente decayeron– y consultó a la jueza sobre el sentido de los actos procesales que estaban siendo llevados a cabo –véase, por caso, la audiencia del 5 de agosto de 2021, o la audiencia del 1 de octubre de 2021–. Sin embargo, al comenzar el debate comenzó a gritar y a imitar maullidos de gato, haciendo caso omiso de las palabras que le dirigía la jueza técnica. Por esa razón, la jueza dispuso su traslado a una sala contigua, para que presenciara el debate por medios audiovisuales. Desde allí, Gil Pereg escuchó los actos sin hacer expresiones o manifestaciones como en la primera audiencia de debate –ver audiencia del 26 de octubre de 2021 y siguientes–, sin que la defensa se opusiera a ello.

Lo dicho hasta aquí permite concluir que los agravios de la defensa relativos a la capacidad para estar en juicio de Gil Pereg han de ser rechazados.

5.d.- Consideraciones sobre las instrucciones impartidas al jurado popular

En un cuarto orden de agravios, la defensa afirma que se afectaron los derechos de Gil Pereg como persona incapaz, en tanto no se incluyeron instrucciones al respecto en las instrucciones finales y, con ello, se negó la situación de discapacidad del acusado. La defensa plantea, además, críticas sobre el desarrollo del juicio vinculadas a la negación de la discapacidad del acusado.

En este sentido, se agravia de que al comienzo del debate la jueza ordenó al acusado que se callara cuando éste no paraba de imitar el maullido de un gato, desacreditándolo; de que la Fiscalía desacreditó a la defensa técnica, atribuyéndole desmanejos con las armas de fuego que el acusado poseía; y de que la jueza también desacreditó el alegato final de la defensa al dictar una «medida saneadora», según la cual los alegatos no debían ser considerados prueba, aunque no hizo lo mismo con el alegato de la acusación a pesar de las «burdas animaciones» de PowerPoint o las alusiones sobre la trayectoria del Fiscal en Jefe que realizó esa el representante del Ministerio Público Fiscal.

Como puede advertirse, los agravios que plantea el recurrente están entrelazados y algunos puntos ya han sido tratados con anterioridad. En primer lugar, estimo que debe rechazarse la afirmación defensiva según la cual la jueza interviniente desacreditó al acusado cuando le ordenó que se callara al comienzo de la audiencia. Debe tenerse presente, por una parte, que la jueza era la directora del debate, tal como lo dispone el art. 384 del CPP, y esto implica que tiene la potestad de hacer las advertencias que considere

correspondientes y de moderar la discusión, «[...] *impidiendo derivaciones impertinentes* [...]». Tal como señalé, el acusado comenzó a maullar y a gritar en la primera audiencia frente al jurado popular –algo que no había hecho en las audiencias preliminares–, en una actitud que impedía el desarrollo del debate. Frente a ello, la jueza le ordenó que se callara, intentó realizar preguntas identificatorias y acabó por ordenar que sea retirado de la sala y presenciara el juicio de modo virtual, opción con la que la defensa estuvo de acuerdo tanto antes de adoptarse –cuando solicitó ajustes razonables para la discapacidad que alegó en Gil Pereg–, como al momento de decidirse. Por ello, en definitiva, al advertirse que la jueza técnica, dada la situación suscitada, obró en uso razonable de sus facultades como directora del debate, este agravio ha de ser desestimado.

En relación con las instrucciones impartidas al jurado, a lo ya dicho en el apartado previo, cabe aclarar que tanto las instrucciones iniciales, como las finales fueron litigadas entre las partes, y que a petición de la defensa se incluyeron consideraciones sobre la discapacidad de Gil Pereg en las instrucciones finales. Incluso, las opciones de veredicto para el jurado contemplaron ampliamente la teoría del caso de la defensa, según la cual el acusado era inimputable al momento del hecho. De la compulsa de la audiencia del día 29 de octubre de 2021 surge que cada una de las sugerencias que planteó la defensa a las instrucciones tuvo acogida favorable, sin que se verifique ninguna objeción o reserva de recurso al respecto.

De hecho, las instrucciones que serán analizadas a continuación son producto del activo y minucioso análisis por parte de la defensa del proyecto de instrucciones que la jueza puso a disposición de las partes, y en el cual la defensa introdujo numerosas modificaciones –véase audiencia del día 29 de octubre de 2021, video 3–. Especialmente, debe tenerse presente que la expresión «*discapacidad*» fue deliberadamente excluida de las instrucciones por parte de la jueza y reemplazada por otras formas de aludir a la tesis de la defensa, con el declarado objetivo de no confundir al jurado, dados los matices entre esta expresión y la de «*imputabilidad*», lo cual, como se dijo, fue consentido –también expresamente– por la defensa –véase audiencia referida, min. 39:00 y ss.–.

En este sentido, del examen de la sentencia surge que a lo largo de todas las instrucciones finales se hizo alusión a la tesis defensiva. Así, en la instrucción titulada «Prueba presentada por la defensa», señaló «[...] [2] [aún cuando no creyeran en la prueba a favor del acusado, si la misma los deja con una duda razonable sobre su culpabilidad, o sobre algún elemento esencial del delito imputado, ustedes deben declararlo no culpable de tal delito. [3] Aún cuando la prueba a favor de Gil Pereg no los dejara con una duda razonable con respecto a su culpabilidad, o a un elemento esencial del delito que se le imputa, sólo podrán condenarlo si el resto de la evidencia que ustedes aceptan prueba su culpabilidad más allá de duda razonable. [4] Gil Pereg ha presentado como prueba alternativa de su defensa que es inimputable. Es decir, que debido a su alegado trastorno psíquico y mental, no pudo comprender la criminalidad del acto por el que se lo acusa ni dirigir sus acciones. Si ustedes creen, por la prueba presentada por Gil Pereg, a través de su defensa técnica, que él es inimputable, deberán declararlo no culpable por razones de inimputabilidad. Yo se les explicaré más adelante con todo detalle. Pero sepan que la ley establece que, para los casos de veredicto de no culpabilidad por razón de inimputabilidad, habrá un debate posterior sin la presencia de los miembros del jurado para evaluar la medida de seguridad a disponer respecto de Gil Pereg, en un establecimiento adecuado a su condición psíquica» (ver fundamentos, págs. 14 y 15, el destacado es original). Cabe destacar que la instrucción en cuestión fue litigada por las partes y consentida expresamente por la defensa –véase audiencia del 29 de octubre de 2021, min. 06:00 y ss.–.

Por otra parte, al exponerse al jurado las opciones de veredicto, se incluyeron calificaciones –y sus correspondientes explicaciones– que contemplaban la posible inimputabilidad de Gil Pereg y su impacto tanto en el veredicto como en la reacción penal correspondiente.

Así, se observa que la «Opción n° 2» fue la de «*homicidio agravado por el vínculo con circunstancias extraordinarias de atenuación*», y se definieron tales circunstancias de un modo adecuado al caso concreto y a la teoría del caso de la defensa, a saber: «[3] **Definición de las circunstancias extraordinarias de atenuación:** Nuestra ley no define qué debe entenderse por circunstancias extraordinarias de atenuación. No obstante, existe consenso en que constituyen **un conjunto de supuestos que generan una situación excepcional en la relación entre la víctima y el acusado, que tornan inexistentes o hacen desaparecer las consideraciones que llevaron al legislador a agravar el delito, debido a la disminución del afecto y el respeto en la relación madre-hijo, provocando en la persona acusada una reacción que se concreta en la acción de matar.** Tales circunstancias pueden surgir en forma simultánea con el hecho o ser preexistentes, en cuyo caso pueden desarrollarse en un plazo corto o largo. Además, pueden originarse en la relación que la víctima mantenía con el acusado Gil Pereg; en el proceder de la misma víctima o, incluso, surgir de circunstancias relativamente extrañas a las relaciones personales.

La determinación de las ***circunstancias extraordinarias de atenuación*** la debe hacer en cada caso concreto el Jurado, ya que ustedes son los únicos jueces de los hechos. La enumeración que les haré es solamente indicativa, pero, al tratarse de una norma abierta, ustedes pueden tener por probada cualquier circunstancia extraordinaria de atenuación que no esté en la siguiente lista: a) que el homicidio fue cometido por piedad, a pedido de la propia víctima, para evitar una prolongada agonía y/o grave sufrimiento de la madre; b) la actitud de la víctima hacia el acusado, tales como amenazas, humillaciones, maltrato, acoso, persecución y/o agresión hacia Gil Pereg o hacia su familia; c) que la relación madre-hijo entre la víctima y el acusado Gil Pereg había ingresado en un declive, notándose la progresiva degradación del vínculo, hasta extremos inusuales. Ejemplos de esto pueden ser: la violencia, el maltrato, la agresión física, verbal o psíquica de la madre hacia su hijo que llevaron al extremo de la desnaturalización total del vínculo. d) que a pesar de ser el acusado Gil Pereg imputable y comprender la criminalidad de los hechos que se le atribuyen, sus patologías psíquicas invocadas en el juicio influyeron en la disminución del afecto y del respeto que le debía a su madre. e) cualquier otra circunstancia extraordinaria que se presente en el caso concreto y que, a juicio del Jurado, racionalmente deba atenuar la pena del homicidio calificado por el vínculo. [4] ***Pero deben saber algo muy importante:*** Esta opción deben considerarla solamente si el jurado determina que no hubo actos de violencia anteriores al hecho cometidos por Gil Pereg contra su madre, Pyrhia Sarussi. ***Las circunstancias extraordinarias de atenuación NO SE APLICAN a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.*** [5] **Consecuencias:** Si después de analizar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, ustedes están convencidos de que la Fiscalía y la Querella han probado más allá de duda razonable que Gil Pereg cometió el hecho de homicidio calificado por el vínculo que se le imputa con alguna de estas circunstancias extraordinarias de atenuación, deberán rendir un veredicto de ***culpable por el delito menor incluido de homicidio calificado por el vínculo con circunstancias extraordinarias de atenuación que figura en la opción n° 2 del formulario de veredicto*** (véase Sentencia, págs. 18/20, los destacados son originales).

Además de esta figura atenuada, las instrucciones incluyeron la posibilidad de declarar a Gil Pereg no culpable por razones de imputabilidad. Véase la «Opción n° 3» de las instrucciones finales impartidas al

jurado, donde se lee «**NO CULPABLE POR RAZONES DE INIMPUTABILIDAD** [1] Los Defensores de Gil Pereg han planteado como defensa que, al momento de los hechos por los que se lo acusa, padecía de incapacidad mental y que era inimputable. [2] La ley dispone que es inimputable la persona que haya cometido un delito sin haber podido, por insuficiencia de sus facultades psíquicas, o por alteración de las mismas, o por su estado de inconciencia, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. [3] **Para que la incapacidad mental exima de responsabilidad criminal al acusado Gil Pereg en la comisión de un delito, ésta debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) El acusado debe padecer una enfermedad mental:** quedan incluidas aquí las enfermedades mentales psicóticas, los trastornos mentales graves permanentes o transitorios equiparables en sus efectos a las enfermedades de psicosis, en cuanto caracterizadas por la pérdida de contacto con la realidad. En este caso, la Defensa sostiene que Gil Pereg padece **parafrenia**. "Parafrenia" hace referencia a una psicosis crónica, es decir, una ruptura con la realidad que lleva a creer formas de entender las cosas muy estrambóticas y poco razonables. Lo que caracteriza a la parafrenia son los delirios, que son creencias totalmente irracionales resistentes a las evidencias físicas que las contradicen. 2) **Esa enfermedad debe impedir que, efectivamente, Gil Pereg comprenda la criminalidad del acto o pueda dirigir sus acciones.** La "imposibilidad de comprender la criminalidad de los actos" es la falta de aptitud para entender que los actos que se realizan son ilícitos, contrarios a la ley. Es la falta de juicio crítico para diferenciar entre el bien y el mal. La "imposibilidad de dirigir las acciones" es la falta de aptitud para comportarse de una manera adecuada a la comprensión de que aquellos actos son ilícitos. Es no poder respetar la ley. 3) **Para que pueda invocarse con éxito la defensa de inimputabilidad, ésta tiene necesariamente que referirse al momento específico de la comisión de los hechos.** Es en ese momento que tiene aplicación o vigencia, no antes o después de la comisión de los hechos imputados. El momento en que el agresor realiza la acción para dar muerte a la víctima debe necesariamente coincidir con el particular estado mental del agresor con relación a la posibilidad de comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones. [4] La ley presume la capacidad mental como el estado normal del ser humano y por consiguiente, que el acusado estaba capacitado mentalmente al momento de cometer el acto que se le imputa como delito. [5] Sin embargo, una vez que surge prueba capaz de generar una duda razonable sobre el estado mental del acusado, la presunción de que el acusado estaba capacitado mentalmente en el instante de cometer el acto desaparece y corresponde al Ministerio Fiscal y a la Querrela probar más allá de duda razonable la capacidad mental del acusado al igual que cualquier otro hecho. [6] **Consecuencias:** 1) Si ustedes consideran, más allá de toda duda razonable, que el acusado Gil Pereg no tenía enfermedad o defecto mental alguno que le impidiese comprender la criminalidad del acto o conducirse de acuerdo con el mandato de ley, entonces no prospera la defensa de inimputabilidad y deberán declarar culpable al acusado Gil Pereg por algunas de las dos opciones que les di anteriormente respecto de la muerte de su madre Pyrhia Sarussi. 2) Si de la prueba presentada surge duda razonable en cuanto a si el acusado Gil Pereg, por razón de enfermedad o defecto mental, tenía o no capacidad suficiente para comprender la criminalidad del acto o para conducirse de acuerdo con el mandato de la ley, deberán darle el beneficio de esa duda y declararlo no culpable por razón de inimputabilidad. La ley establece que, para los casos de veredicto de no culpabilidad por razón de inimputabilidad, habrá un debate posterior sin la presencia de los miembros del jurado para evaluar la medida de seguridad a disponer respecto de Gil Pereg, en un establecimiento adecuado a su condición psíquica» (véase Sentencia, págs. 20/21, los destacados son originales). Estas opciones n° 2 y 3 -relativas a la muerte de Pyrhia Sarussi- se replicaron en relación con el hecho n° 2 atribuido, esto es, la muerte de Lily Pereg.

A ello se agregó una cuarta opción, consistente en el veredicto de no culpabilidad. Esta opción también incluyó la posibilidad de declarar no culpable a Gil Pereg por existir dudas sobre su culpabilidad: **«VEREDICTO DE NO CULPABLE. [1] Si ustedes estiman, luego de un análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que la Fiscalía y la Querrela no probaron más allá de toda duda razonable la existencia del hecho, o la autoría de Gil Pereg, o la intención de matar, o cualquier otro de los elementos que les expliqué, o si tienen duda razonable en cuanto a la culpabilidad del acusado, deberán declararlo NO CULPABLE»** (véase Sentencia, pág. 21, los destacados son originales).

Los fragmentos de la sentencia citados permiten advertir que la alternativa requerida por la defensa en relación con la discapacidad de Gil Pereg fue tomada en consideración en las instrucciones que fueron impartidas al jurado y que -además- fueron deliberadas por las partes. Se advierte, de hecho, que dos de las cuatro opciones de veredicto de las que disponía el jurado contemplaban aquella discapacidad y la posibilidad de que Gil Pereg no fuera imputable al momento del hecho, y otra la posibilidad de que –sin alcanzar tal extremo de inimputabilidad, con las mayores exigencias probatorias que implica– el jurado considerase alcanzada la conducta delictiva por circunstancias extraordinarias de atenuación.

Sólo una de las cuatro opciones fue compatible con una plena capacidad de Gil Pereg al momento del hecho, y aun así esta opción incluyó directivas al jurado relativas a la capacidad del acusado. En efecto, la «Opción n° 1» que calificó al hecho como homicidio agravado por el vínculo, entre otras cosas, exigía al jurado tener por acreditado que Gil Pereg tenía «[...] conocimiento y voluntad de darle muerte [a las víctimas] [...]», que ese conocimiento y voluntad integraban la «intención», la cual «[...] significa que el acusado Gil Pereg sabía y quería que se produjera el resultado de muerte [...]»; y que «[...] [l]a cuestión de la intención del acusado Gil Pereg de matar [...] es una cuestión de hecho a ser determinada exclusivamente por ustedes a través de la prueba. Pueden llegar a sus propias conclusiones sobre la existencia o ausencia de intención de matar a otro. Corresponde al Fiscal y la Querrela probar más allá de toda duda razonable la intención de matar [...]» (ver sentencia, pág. 17). Y, finalmente, exigió al jurado tener por acreditado que «[...] **al momento de matar a su madre el acusado Gil Pereg comprendía la criminalidad del acto y podía dirigir sus acciones (era imputable)** [...]» (véase Sentencia, pág. 18) el destacado es original).

Dicho en otras palabras, incluso la opción de veredicto que sustentaba la teoría del caso de la acusación explicó y remarcó la relevancia de tener por acreditada la imputabilidad de Gil Pereg al momento del hecho. De tal manera, el agravio defensivo orientado a sostener que la situación de discapacidad y la posible incapacidad de comprender los actos y dirigir las acciones de Gil Pereg al momento del hecho no fue contemplada en las instrucciones, no puede ser acogida en esta instancia.

En tercer lugar, en relación con la advertencia que hizo la jueza al jurado luego del alegato final de la defensa, de la compulsión de las constancias audiovisuales observo que efectivamente la jueza sostuvo «[...] antes de cederle la última palabra al imputado, voy a impartir una instrucción al Jurado, lo que se denomina una instrucción “saneadora” o una instrucción “curativa”. Yo no quise interrumpir el alegato del doctor Legrand para no afectar de ningún modo el derecho de defensa, pero toda la referencia que hizo el doctor Legrand a la denuncia que la defensa técnica habría efectuado respecto de una de las peritos que declaró en esta causa, la denuncia por falso testimonio, las consecuencias potenciales que el doctor Legrand le atribuyó a esa denuncia, no pueden tenerla de ningún modo en cuenta. No constituye prueba, no se trata de circunstancias que hayan ocurrido en esta Sala de Juicios y durante este juicio. No forman parte de la prueba que ustedes deben valorar para dictar un veredicto [...]» –ver audiencia del día 3 de

noviembre de 2021, parte II, 01:36:26 a 01:37:40—. La defensa ha cuestionado esta instrucción, por considerar que de algún modo vilipendió la actividad defensiva y afectó el derecho de defensa en juicio de Gil Pereg; y critica que no se hayan realizado afirmaciones similares con relación a las partes acusadoras.

Sin embargo, no encuentro que la instrucción en cuestión sea errada ni impertinente, ni que haya afectado la posición de la defensa técnica. En el caso que nos ocupa, la jueza interviniente advirtió que se hicieron afirmaciones al jurado popular que no formaban parte de lo ocurrido durante el debate —particularmente en relación con la producción de la prueba—, y le advirtió esta situación al jurado para mantener su imparcialidad. De hecho, la defensa no ha justificado en su recurso por qué la advertencia fue errónea, ni ha negado su pertinencia. Se ha limitado a cuestionar que no se haya hecho lo mismo con las demás partes, pero sin poner de relieve o invocar conductas procesales similares en ellas. La única situación que cuestiona es un video que la acusación pública transmitió durante su alegato, video que —compulsado en esta instancia— no alude a pruebas impertinentes ni a hechos ajenos al objeto procesal de este juicio, y que se encuentra dentro de las posibilidades a disposición de los litigantes. De manera tal que el agravio debe ser rechazado.

Finalmente, la defensa considera vulnerados los arts. 4 y 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demanda la realización de un control de convencionalidad de los actos procesales realizados. Ahora bien, la primera de las normas en cuestión versa sobre las obligaciones generales que los Estados Partes de la Convención tienen en relación a las personas con discapacidad. Esta Sala Segunda no advierte vulneradas ninguna de las obligaciones allí asumidas, sin perjuicio de que la defensa no ha concretado de qué modo se habría visto incumplida la norma. Lo mismo ocurre con el art. 17 de la Convención, relativo a la protección de la integridad personal de las personas con discapacidad, la que no se ha visto afectada —ni así lo alega y prueba la defensa— en su faz física ni en su faz mental. La petición de realización de control de convencionalidad luce, en estos términos, como un planteo abstracto de la defensa, desvinculado de afectaciones concretas y comprobables a los derechos del acusado y asentada, en última instancia, en críticas a la decisión del jurado popular sobre la imputabilidad de Gil Pereg.

Corresponde, por último, analizar la prueba producida y la razonabilidad del veredicto emitido por el jurado popular.

5.e.- Consideraciones sobre valoración probatoria

El quinto y último eje de agravios se vincula con lo que la defensa considera un notorio apartamiento de las pruebas producidas durante el debate por parte del jurado popular, del tipo previsto en el art. 41 inc. d de la ley 9.106. Me remito, en honor a la brevedad, a la reseña de argumentos efectuada en el apartado 2 de este voto. La tesis central de la defensa en este punto es que quedó acreditado que Gil Pereg era inimputable al momento del hecho, y que el único elemento que descartó la inimputabilidad del acusado fue el de la profesional Gema Lara, quien se contradijo lisa y llanamente con lo expresado durante la investigación penal preparatoria.

En esta instancia se advierte que las pruebas de cargo que fueron producidas durante el debate permiten sustentar la teoría del caso de la acusación —según la cual Gil Pereg cometió los homicidios que se le atribuyeron, y era imputable al momento de hacerlo—, sin perjuicio de las pruebas que la defensa aportó. Dicho en términos claros, las críticas que formula la defensa en este tramo de su recurso no manifiestan más que una disconformidad con el veredicto del jurado popular, mas no resultan susceptibles de

conmover la conclusión a la que éste llegó, en la medida en que no demuestran la existencia de vicios en la valoración de la prueba.

En efecto, las pruebas que fueron producidas durante el juicio permiten considerar a Gil Pereg culpable del homicidio agravado de Lily Pereg y Pyhria Sarussy; mientras que las que la defensa expone en su escrito de casación no conmueven el mérito que surge de aquéllas.

A continuación se repasará la recapitulación de agravios que realiza la defensa y se explicará por qué no se trata de pruebas que permitan considerar «arbitrario» el veredicto, en los términos del art. 41 inc. d de la ley 9.106. Recuérdese que la defensa afirmó que el testigo José Eduardo Reig dijo que Gil Pereg tenía un gorro tipo «piluso» blanco; que José Vegalo encontraba extravagante y raro, y que su relato no le «cerraba»; que Silvina Campos dijo que había gatos disecados, mucha suciedad y excremento humano en el predio donde fueron halladas las víctimas; que Gustavo Ojeda afirmó que los gatos del acusado estaban en muy malas condiciones, que Gil Pereg les compraba medicamentos, y que a cuatro de ellos les puso un chip para viajar en 2018; también refirió que sus condiciones de higiene eran deplorables y que tenía una rasta desde 2016; que Jorge y Omar Salinas, lo habían denunciado por querer hacer un portón que daba a su domicilio y que les había mentido sobre su nacionalidad; que Gladys Delgado afirmó que había adelgazado rápidamente, que usaba cinco teléfonos y que tenía mucho dinero que recibía del exterior: que Guillermo Ferreyra dijo que cuando lo conoció tenía barro en la cabeza, que en una oportunidad lo estafaron en trescientos mil dólares, que una vez lo llevó a una fiesta a la que fue con la misma ropa que usaba habitualmente y donde no pudo socializar, que le quiso presentar a la dueña de casa y Gil Pereg le dijo que era muy vieja, que andaba con bolsas llenas de dinero y contaba que en Europa le pagaban para mantener relaciones sexuales, y que llevaba una libreta con los préstamos que le hacía a la gente que consideraba honesta; que Silvia Lozano dijo que Gil Pereg gritaba en diferentes horarios y maullaba, que tenía más de veinte gatos, era mugriento y desarreglado y que en el barrio le decían «El loco»; y que Nancy Díaz sostuvo que escuchaba gritos, usaba siempre la misma ropa, usaba el agua del cementerio y lavaba huesos de perros, compraba alimento de perros caro, y que una vez apareció con computadoras quemadas que dijo que su sereno había quemado, pero que ella nunca vio que tuviera un sereno.

Ahora bien, aun si considerásemos todas estas declaraciones testimoniales como totalmente creíbles –y debe tenerse presente que el jurado popular puede haber restado verosimilitud a alguna de ellas–, lo cierto es que absolutamente ninguno de los enunciados fácticos señalados es asertivo respecto de la incapacidad que la defensa de Gil Pereg pretende atribuirle al momento de cometer el hecho. En su caso, esos elementos podrían conducir a afirmar que el acusado padece una enfermedad mental –extremo que la teoría del caso de la acusación no niega–, e incluso que pueda sufrir brotes psicóticos, como señala la defensa. Sin embargo, las pruebas señaladas no son suficientes para esclarecer la imputabilidad del acusado al momento del hecho.

Lo mismo ocurre con las declaraciones de los profesionales de la salud que analiza la defensa en su recurso –esto, es de los doctores Laura Hanna, Sebastián Dalla Torre y Walter Lavilla–. Que ninguno de esos profesionales pueda afirmar si Gil Pereg podía comprender o no la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones al momento del hecho, no *descarta* que éste pudiera. De hecho, si bien los profesionales que declararon no fueron asertivos sobre la posibilidad que la defensa pretendía instalar, lo cierto es que tampoco pudieron determinar un diagnóstico en Gil Pereg. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el acusado había superado –tal como afirmó el representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato– todos los exámenes psicológicos requeridos para adquirir armas de fuego, instancias a las que se sometió

voluntariamente.

En efecto, conforme a la teoría del caso de la acusación, el jurado pudo considerar a Gil Pereg como un sujeto con capacidad para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones al momento del hecho. Según aquella posición, existe una explicación racional para el comportamiento inusual de Gil Pereg –como maullar, presentarse como gato, defecar o amenazar con suicidarse–, que sólo se presentaba cuando era conveniente a sus intereses.

Esta posición también puso de resalto que, de todos los profesionales de la salud que depusieron en el debate, sólo dos de ellos –el psicólogo Guillermo Messina y la psicóloga Jimena Rivas– se expidieron expresamente sobre la «imputabilidad» de Gil Pereg –es decir, una faz jurídica–, mientras que el resto se ajustó a los límites de su rol y a analizar médicamente al acusado. En cuanto a la internación del acusado en el Hospital Psiquiátrico El Sauce, –que, para la teoría del caso de la defensa, demostraba la incapacidad del acusado–, la teoría del caso de la acusación destacó que esta internación había tenido lugar por decisión propia de Gil Pereg, puesto que había recibido el alta médica en diciembre de 2020.

Por último, esta perspectiva del caso también se enfocó en probar actos que Gil Pereg había realizado de forma previa o concomitante al hecho, y que son compatibles con su plena imputabilidad –tales como presentarse ante el Tribunal de Ética del Colegio de Arquitectos, realizar actos comerciales, dirigir a sus obreros, ser dueño de un local comercial, solicitar la credencial de legítimo usuario para 49 armas, denunciar el robo de armas, así como su aparición posterior (véase audiencia del día 03 de noviembre de 2021, video 5, min. 20:00 y ss.; video 3, min. 07:46 y ss.)–.

Pero más allá de estos extremos, es decisivo tener en cuenta en esta instancia que la teoría del caso de la acusación que le fue expuesta al jurado explicó la imputabilidad del acusado al momento de los homicidios con base en hechos concretos ocurridos en la época de los crímenes. Particularmente, el hecho de que desde el 14 de enero de 2019 –fecha en que hizo la denuncia por la desaparición de su madre–, hasta el 25 de enero de ese año –momento en que fue detenido–, Gil Pereg actuara como persona absolutamente racional: enfrentó a la prensa y dio numerosas entrevistas, cuestionó la actividad gubernamental, dijo que existían problemas de seguridad y falseó información. En todo momento, conforme a la teoría del caso de la acusación, Gil Pereg habló con seguridad y de manera clara, no como cuando declaró durante el juicio –ver audiencia del día 3 de noviembre de 2021, video 5, min. 20:00 a 32:26; video 5, min. 20:00 y ss.; video 3, min. 15:00 y ss.–.

En cuanto a las pruebas que aportó la defensa, la acusación también puso a disposición del jurado extremos para valorarlas en el sentido que no contradecían la teoría del caso de aquella parte acusadora. En efecto, la Fiscalía explicó que el perito de control de la defensa, el doctor Mariano Narciso Castex, se había diferenciado notablemente en sus consideraciones de todos los demás profesionales, a pesar de haber realizado solamente una entrevista con Gil Pereg, sin la intervención de un equipo multidisciplinario y a partir de un criterio abiertamente subjetivo. Por otra parte, la representante del querellante particular destacó que las propias conductas probadas de Gil Pereg concomitantes al hecho, demostraban que tuvo capacidad suficiente para entender la criminalidad de sus actos.

Ello, por cuanto luego de matar a sus víctimas, enterró los cuerpos, así como toda la documentación de su madre y de su tía –como pasaportes y otros que servían para identificarlas–, luego las tapó con piedras, palos y tierra; y posteriormente realizó la denuncia ante las autoridades y dio entrevistas mientras los investigadores buscaban a quienes él sabía muertas, con el claro objetivo de desviar las pesquisas y quedar

desvinculado del hecho. Destacó también que, con control y oportunismo, y en la misma línea que la Fiscalía –tal como se dijo, que Gil Pereg decidía cuándo y frente a quiénes maullar y mostrarse como una persona vulnerable –véase audiencia del día 03 de noviembre de 2021, video 5, min. 21:22 y ss.–.

En definitiva, el jurado fue debidamente instruido sobre el modo de valorar la prueba –extremo no ha sido puesto en tela de juicio por la defensa– y tuvo acceso a una teoría del caso apoyada en pruebas producidas durante el debate que permite sustentar el veredicto de culpabilidad al que llegó. De esta manera, la decisión del jurado popular resulta razonable, mientras que la crítica planteada por la defensa luce como un intento de privilegiar su teoría del caso, sin que medien razones para descartar en forma incontrovertible la conclusión del jurado.

En otras palabras, las alegaciones del recurrente no ponen en evidencia que la resolución del jurado popular sea resultado de un flagrante desvío del raciocinio, ni la existencia de un juicio arbitrario que avale la eventual descalificación del pronunciamiento recurrido como acto jurisdiccional válido.

De tal manera, también los agravios relativos a la arbitrariedad del veredicto deben ser desestimados. Esto, por cuanto el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular no luce como una derivación arbitraria de las pruebas producidas en el juicio, por lo que se impone en esta instancia el rechazo de los cuestionamientos de la defensa, orientada únicamente a solidificar su teoría del caso.

5.f.- Conclusiones

Las consideraciones efectuadas en los apartados previos conducen a desestimar los agravios relativos a: 1) la renuncia al juzgamiento por jurados populares; 2) las excepciones de incompetencia y falta de jurisdicción (5.a); 3) los cuestionamientos sobre la composición del jurado (5.b); 4) la capacidad de Gil Pereg para estar en juicio (5.c); 5) las instrucciones impartidas al jurado (5.d); y, 6) la valoración de la prueba que éste realizó (5.e).

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Gil Pereg y confirmar en un todo la Sentencia N° 1.876 y sus fundamentos dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa de Nicolás Gil Pereg, adelanto que comparto la solución que mi distinguido colega de Sala preopinante propone al acuerdo. En efecto, considero que el recurso de casación ha de ser desestimado en esta instancia, y que la sentencia dictada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 en autos, así como el veredicto del jurado popular que la compone, deben ser confirmados.

Sin perjuicio de ello, me **permito disentir** con el voto que lidera el acuerdo en punto al *obiter dictum* –esto es, el excurso adyacente a la fundamentación de la solución del caso– incluido al final **del punto 5.b**. En pocas palabras, allí se reflexiona en torno a la relación entre los cambios sociales y las instituciones, y se exhorta al Poder Legislativo local a revisar la legislación en materia de juicio por jurados.

Encuentro que tales reflexiones conforman la posición personal en el asunto del magistrado preopinante –que se pueden o no compartir– pero que exceden la solución del caso y no corresponde su tratamiento. En efecto, me interesa destacar que la jueza interviniente abordó cada una de las aristas del novedoso

planteo realizado por la defensa de Nicolás Gil Pereg, y justificó con sólidas razones la desestimación del mismo.

Así, la jueza descartó que la falta de personas de género no binario pudiera conducir a una afectación de las garantías del acusado, e incluso que afectara la representatividad del jurado o discriminara algún grupo de personas. También explicó que las normas invocadas por el ahora recurrente no eran operativas al momento de realizar el juicio, y que la petición de la defensa excedía el alcance de la competencia del Poder Judicial.

Además de que tales razones se asientan en una correcta interpretación y aplicación del Derecho, la defensa no ha ofrecido en su impugnación argumentos para demostrar su incorrección, sino que se ha limitado a reiterar el planteo ya realizado en la instancia anterior y desestimado. De manera tal que su invocación en la etapa casatoria aparece como una mera discrepancia de criterio, esperable por parte de la defensa en función de su rol como parte, aunque insuficiente para sustentar una crítica sólida que permita poner en tela de juicio la argumentación del tribunal.

Por las razones expuestas, coincido con el ministro preopinante en punto a que el planteo ha de ser desestimado, y encuentro en esta causa innecesario y ajeno a la competencia de que dispone esta Sala exhortar a otro Poder del Estado a revisar la materia. ASÍ VOTO.

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

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

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro . *Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (conf. Arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Secretaría, 14 de marzo de 2023*

6- KAIRUZ VALLEJOS. 25-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M NNA	-	AF	PCE	-	EGT	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230425_FcKVM.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, **41 quáter** y 42, 149 bis, 1° párrafo, 2° apartado, arts. 55, art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 2° párrafo, art. 167, inc. 2°, arts. 54, 41 y 42 del CP. **Ley 22.278**

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. **Participación de un menor de edad.** Tentativa. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma. Robo agravado. Arma impropia. Arma de fuego. Poblado y en banda. División de tareas. NNA. Aporte del interviniente. Coautoría. Sinalagma libertad/responsabilidad. Capacidad de culpabilidad (punible y no punible). Autoría mediata. Codelincuencia. Fundamento de la pena. Función de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años** por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio simple doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor de edad, en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis, 41 quáter y 42 del CP) en concurso real , con el delito de amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con el delito de robo agravado por la utilización de arma impropia, por el uso de arma de fuego y por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa, todo en concurso ideal, agravado por la participación de un menor de edad, (Art. 149 bis, segundo apartado, arts. 55 y 166, inc. 2°, art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, art. 167, inc. 2°, arts. 54, 41 y 42 del CP)

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1963, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Ibáñez Benavidez. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Ibáñez B. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf

Parágrafos destacados.

Voto Dr. Palermo: “Sobre el **fundamento de la imposición de una pena** frente al autor del hecho ya he dicho que ella radica en el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias: el autor tiene la posibilidad de auto-administrar su ámbito de organización libre de toda interferencia externa, a la vez que es responsable de las consecuencias lesivas que resulten de esa **organización respecto de terceras personas** (véanse al respecto, mis votos en «Ibáñez Benavidez» e «Hisa»).

“Así, los requisitos para la aplicación del **art. 41 quater del CP** son: En casos de menores de dieciséis años: 1) corroborar que el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias se encuentra ausente por resultar inexistente la auto-organización de niños, niñas y adolescentes (menores

inimputables de acuerdo con el art. 1 de la ley 22.278); y 2) que el menor ha sido utilizado como un instrumento para la realización del delito (requisitos de la autoría mediata). Ahora bien, en casos de menores de edad entre dieciséis y dieciocho años: 1) corroborar que el **sinagma** libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias **no es perfecto** por resultar incompleta la auto-organización de niños, niñas y adolescentes (menores imputables de acuerdo con el art. 1 de la ley 22.278); y, 2) que **el tramo no responsable de la expresión del menor de edad ha sido utilizada como plataforma** o aprovechada por el co-interviniente adulto para la ejecución del delito (existencia de una relación vertical entre adulto/a y menor de edad).”

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

Fallo:

CUIJ: 13-06830861-9/1((018602-55371))F C/ KAIRUZ VALLEJOS MARIANO AGUSTIN P/ HOMICIDIO SIMPLE DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR DE EDAD, EN GRADO DE TENTATIVA Y ACUMULADO P-55203/20 (55371) (55371/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106082627*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06830861-9/1** caratulada **“F. c/ KAIRUZ VALLEJOS, MARIANO AGUSTÍN P/HOMICIDIO SIMPLE DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD, EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa de Mariano Agustín Kairuz Vallejos interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.963 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de siete años por considerárselo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor de edad, en grado de tentativa, previsto y penado por los arts. 79, 41 bis, 41 *quáter* y 42 del CP, que se le atribuye en los autos n° P-55.371/20; y como co-autor penalmente responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con el delito de robo agravado por la utilización de arma impropia, por el uso de arma de fuego y por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa, todo en concurso ideal, agravado por la participación de un menor de edad, previsto y penado por el Art. 149 bis, segundo apartado, arts. 55 y 166, inc. 2°, art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, art. 167, inc. 2°, arts. 54, 41 y 42 del Código Penal, que se le atribuye en los Autos N° P-55.203/20, ambos en concurso real (art. 55 del Código Penal).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa resolvió del modo precedentemente señalado al considerar probados, respecto de los autos n° P-55.203/20, que «[...] *el día 25 de julio de 2020, siendo aproximadamente las 13.30 horas, mientras Franco Cacciavillani caminaba por el descampado del Barrio Eucalipto I de Maipú fue abordado por Mariano Agustín Kairuz Vallejos (a) POTOOCO, Agustín Pollarolo Sosa (a) MANTEQUITA (menor de edad), Gabriel Omar Echenique Cortez y Julián Felipe Muñoz Vergara (a) TULI y/o GORDO JULI, quienes apuntándolo con un arma de fuego le dijeron “veni hijo de puta, te vamos a matar”. Ante esto, la víctima se fue corriendo hasta ingresar a su vivienda ubicada en el Barrio Nueva Generación, manzana A, casa 10 de Maipú siendo perseguido por los mencionados y otros cuatro y/o seis sujetos más, quienes arrojaron piedras a su domicilio sin producir daños. Ante esto, Eduardo Antonio Abrego y Brian Coria*

Haugh, que se encontraban en la vereda de la vivienda sita en Barrio Eucalipto I manzana V casa 12 de Maipú, intercedieron a fin de colaborar con su vecino. Acto seguido, Kairuz Vallejos, Pollarolo Sosa, Echenique Cortez y Muñoz Vergara sustrajeron la moto marca Maverick Motorcycles Street 150 cc color negro, dominio 912-HXG propiedad de Abrego, que estaba estacionada en la vereda de la vivienda sita en Barrio Eucalipto I manzana V casa 12 de Maipú. Tanto la víctima como Brian Coria intentaron que no se llevaran la motocicleta, pero los autores, junto a otros sujetos no identificados, les arrojaron piedras para evitarlo. Incluso, Kairuz efectuó tres disparos con un arma de fuego tipo revólver, hacia ellos con el mismo fin» (v. fundamentos, pág. 4. obrantes en soporte digital en el sistema Leed, n° de orden 151).

Para decidir en tal sentido, valoró particularmente las declaraciones testimoniales de Eduardo Antonio Abrego Alcaíno, Franco Agustín Cacciavillani, Brian Ezequiel Haugh Coria, Héctor Daniel Páez Garay, Leonardo Juliano Páez Arancibia y Nancy Rosana Coria Arias, junto con la prueba instrumental que fuera incorporada a la causa con omisión de lectura, a instancia y con expresa conformidad de las partes. Estos elementos probatorios permitieron desacreditar la versión ofrecida por el acusado durante la etapa de investigación, y las declaraciones de Claudia Fernanda Lemos Vizcarra, Jesús Vetoño y de Darío Cataldo, Micaela Ceballos, testigos de descargo ofrecidos por la defensa, quienes declararon en el juicio.

Por su parte, en relación con los autos n° P-55.371/20, el tribunal de la instancia previa juzgó acreditado que «[...] el día 25 de julio de 2020 siendo aproximadamente las 17.30 horas, Eduardo Abrego y Leandro Páez Arancibia caminaban por calle Néstor Kirchner del Barrio Eucaliptus de Maipú, veinte metros antes de calle Juan B. Justo fueron sorprendidos por Mariano Agustín Kairuz Vallejos (a) POTOOCO y Agustín Pollarolo Sosa (a) MANTEQUITA. Éstos efectuaron varios disparos de arma de fuego contra Eduardo Abrego mientras le manifestaban “por qué fuiste a poner la denuncia”, impactando uno de ellos en el tórax de la víctima» (v. fundamentos, pág. 9).

Para resolver de tal modo, el tribunal de la instancia previa ponderó, principalmente, las declaraciones que brindaron en el marco de esta causa durante el debate los testigos Eduardo Antonio Abrego Alcaíno y Leonardo Juliano Páez Arancibia, valiéndose el tribunal de ellas para desacreditar la versión exculpatoria que ofreciera oportunamente el acusado, así como también, las manifestaciones realizadas por los testigos de descargo ofrecidos por la defensa.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado interpone recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, por considerar que adolece de **vicios formales** que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Advierte que el tribunal de la instancia previa ha valorado arbitrariamente el material probatorio reunido en autos, lo que impide acreditar con certeza la autoría de su representado en los hechos por los que resultó condenado.

Sostiene que los acontecimientos delictivos se produjeron en una zona conflictiva, en la que existen problemas entre personas de diferentes barrios (que conformarían la llamada «Triple Frontera»), donde viven personas humildes, honestas, de trabajo, junto con otros grupos que ostentan antecedentes policiales y carcelarios, sin poder determinarse a qué actividad laboral se dedican. La pertenencia a uno u otro barrio es lo que confunde a las personas, las hace amigas o enemigas y es esa la causa por la que se genera esta clase de conflictos en la zona.

Asegura que las declaraciones testimoniales valoradas por el tribunal para acreditar la responsabilidad del acusado no han sido coherentes ni espontáneas, sino contradictorias, omisivas y premeditadas, dado que

proviene de personas que integran el grupo al que pertenece el denunciante. Además, sus manifestaciones no cuentan con respaldo probatorio objetivo en la causa.

Afirma que las filmaciones ofrecidas por la Fiscalía no permiten establecer con certeza la identidad de los sujetos que intervienen en el hecho.

Explica que el acusado dijo que al momento de los hechos se encontraba en la esquina de su casa junto a su hijo Joel, que vio personas jóvenes lanzando piedras y luego escuchó tres tiros.

Refiere con dicha circunstancia fue corroborada por testigos como Coria Arias, Vetogno y Cataldo, que no son amigos y no forman una banda, sino que son personas trabajadoras que dijeron lo que recordaban, esto es, que en el evento vieron a Mariano Kairuz junto a su hijo afuera de su casa. A su vez, refiere que no lo vieron participar de los hechos delictivos ni con un arma de fuego.

Respecto del segundo episodio de ese mismo día, asegura que los testigos tampoco han sido coherentes, sino que se verifican contradicciones entre sus dichos con la denuncia y las actas de procedimiento.

Señala que hay cuestiones morfológicas que indican que impiden asegurar que el acusado fue el autor de los hechos.

Indica también que hay testimonios esenciales que no han sido valorados rigurosamente.

Concluye en que la motivación del fallo carece de un nexo lógico que vincule la prueba recibida a las conclusiones a las que se ha arribado en cuanto a la responsabilidad penal del acusado en los dos hechos intimados. Con lo cual, la afectación al principio lógico de razón suficiente determina la nulidad de la resolución impugnada.

Por todo ello, solicita que este Cuerpo anule la sentencia condenatoria cuestionada o, en su defecto, absuelva al acusado en los términos del art. 2 del CPP, al haberse inobservado el principio de inocencia establecido en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria se le confiere, el Procurador General considera que no resulta sustancialmente procedente.

Advierte que la sentencia se encuentra debidamente fundada, y que surge de manera clara que el tribunal de la instancia previa contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida para condenar al acusado Mariano Agustín Kairuz del modo en que lo hizo.

Manifiesta que se ha analizado acabadamente y en conjunto toda la prueba recabada durante la investigación penal preparatoria e incorporada, como la producida en el debate, lo que permitió al tribunal de juicio apreciar la fuerza que surge de dicha reunión, concluyendo que habían quedado probados los hechos y la autoría del acusado en los mismos.

Destaca que se han analizado los testimonios de las víctimas de los dos hechos y de las personas que menciona la defensa, y que durante el debate existió un reconocimiento espontáneo del encartado por parte de la víctima Eduardo Abrego, como así por parte de la otra víctima Franco Cacciavillani, quien también lo señaló como autor del hecho y como el sujeto que portaba el arma de fuego, ocurriendo lo mismo con el testigo Héctor Daniel Páez.

Refiere que el contexto en que se produjeron los hechos no ha sido desconocido en la sentencia, porque

precisamente se analizó la vinculación entre los hechos, lo que no obsta al reconocimiento que hicieron del acusado los testigos como el autor de los mismos.

Señala que la versión aportada por el acusado ha sido desacreditada con argumentos atendibles, quedando como un intento de justificación infundado.

En consecuencia, entiende que la sentencia debe ser convalidada en todos sus términos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Ante todo, cabe señalar que los hechos delictivos que conformaron el objeto procesal de las causas que fueron resueltas mediante la sentencia bajo revisión, se encuentran circunstancialmente vinculados. Esto, por cuanto se trata de acontecimientos que ocurrieron en diferentes franjas horarias de un mismo día, en los que intervino materialmente el mismo agente, verificándose cierta identidad entre víctima y testigos, y donde el móvil de ambos sucesos se encuentra relacionado.

Así, conforme surge de la descripción de los hechos acreditados en la sentencia, los dos acontecimientos aparecen cometidos durante la jornada del día 25 de julio del año 2.020, separados por un lapso de tiempo de cuatro horas aproximadamente. Uno de los testigos que declaró en la causa en la que se investigó la sustracción de una motocicleta –Eduardo Antonio Abrego– ostenta el doble carácter de víctima y denunciante de ese hecho –investigado en la causa n° P-55.203/20– y, además, de aquel que conformó el objeto procesal de la causa conexa, es decir, en la que se investigó la tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego –causa n° P-55.371/20–. Finalmente, la denuncia policial del primero de esos hechos fue el desencadenante del segundo ataque armado.

Estimo que ello no es un aspecto menor para el análisis del presente recurso, pues permite observar el particular contexto delictivo donde se insertan las conductas ejecutadas por el acusado para, desde allí, valorar armónicamente la totalidad prueba que ha sido reunida e incorporada en ambas causas, tal y como lo ha efectuado el tribunal de la instancia previa. En otras palabras, la conexidad subjetiva existente, junto con la estrecha vinculación comprobada entre los dos hechos que conforman el presente caso, constituyen aspectos significativos para examinar probatoriamente el extremo de la imputación delictiva que se encuentra resistido por la parte recurrente –autoría–.

Por otro lado, también debe destacarse que no se discute en esta instancia la materialidad de los hechos que el tribunal de la instancia previa tuvo por acreditados en la pieza impugnada, ni tampoco su calificación legal. Lo que se verifica al observar que ningún aspecto espacial, temporal o modal de la base fáctica por la que resultó condenado Kairuz Vallejos ha sido puesto en tela de juicio por la defensa del acusado. Sustrato material en el que se verifican si mayores dificultades todos los elementos típicos que requieren las figuras penales seleccionadas en la sentencia para subsumir los comportamientos enrostrados al acusado del modo en que se hizo.

Por lo tanto, como ocurrió durante el debate realizado, el único aspecto refutado por la defensa, vuelve a circunscribirse a la acreditación de la responsabilidad penal del acusado en los hechos que le fueron intimados. Extremo sobre el cual, según la tesis defensiva, no se habría alcanzado el nivel de certeza

probatoria que precisa el dictado de una sentencia de condena.

En resumidas cuentas, la defensa estructura su crítica sobre la base de dos premisas. Primero, sostiene que las declaraciones testimoniales valoradas en la sentencia como prueba de cargo en contra de su representado no son coherentes ni espontáneas, tal como las aprecia el tribunal de la instancia anterior. Por el contrario, se trataría de manifestaciones contradictorias, omisivas y mal intencionadas, desprovistas de respaldo probatorio objetivo que las corrobore. Segundo, refiere que el acusado ha ofrecido una hipótesis alternativa desincriminatoria que, a diferencia de la teoría del caso de la acusación, se encuentra corroborada por testigos imparciales y objetivos, cuyas declaraciones no han sido debidamente consideradas.

Como lo adelantara, considero que no le asiste razón a la defensa en ninguno de los argumentos que propone desde que, a mi modo de ver, la responsabilidad penal del acusado en los hechos delictivos acreditados se encuentra satisfactoriamente fundada en la sentencia condenatoria examinada, sin que se verifique en el razonamiento sobre la prueba que sustenta esa conclusión, ninguno de los vicios genéricamente expresados por la defensa.

En efecto, observo que el tribunal de la instancia previa valoró adecuadamente la totalidad del plexo probatorio obrante en autos para arrojar certeza sobre el extremo resistido de la acusación. En esa directriz, se destacan las declaraciones efectuadas durante el debate por parte de quien resultó ser víctima y denunciante de ambos sucesos delictivos, esto es, Eduardo Antonio Abrego Alcaíno. En efecto, su declaración fue considerada creíble en la sentencia no sólo por la contundencia, espontaneidad y coherencia de sus dichos sino, también, por la coincidencia con las declaraciones de los demás testigos que declararon en el marco de ambas causas. Veamos.

El testigo Abrego Alcaíno fue claro y decisivo al describir la mecánica que asumieron los hechos ventilados en el presente proceso, así como la vinculación entre los mismos. En lo que resulta esencial de sus dichos, afirmó que todo se inició cuando el acusado, junto a un grupo de entre ocho a diez personas, agredió a su amigo Franco Agustín Cacciavillani mediante piedras y disparos de arma de fuego. Refirió que al observar esa situación, intercedió junto a Brian Ezequiel Haugh Coria para evitar que el ataque continuara, oportunidad en la que los agresores se apoderaron de una motocicleta de su propiedad, que se encontraba estacionada en la puerta de la casa de Brian Haugh.

El referido rodado fue abandonado en un descampado cuando se produjo el arribo del personal policial, cuya presencia en el lugar había sido solicitada telefónicamente por un vecino del barrio. Ratificó que luego de ello, concurrió a la Comisaría de Carrodilla a denunciar el hecho junto a Leonardo Juliano Páez Arancibia, y que mientras retornaba a su domicilio fue atacado mediante disparos de arma de fuego que llegaron a lesionarlo.

Es de destacar que, durante el desarrollo del interrogatorio por parte de la representante del Ministerio Público Fiscal, se le preguntó directamente sobre si conocía quién había sido el autor de los disparos, a lo que respondió en forma indubitable que se trataba del sujeto que se encontraba sentado en la sala como acusado, es decir, Mariano Agustín Kairuz Vallejos. Además, agregó que éste también había participado activamente en la sustracción de su ciclomotor (v. registro audiovisual, audiencia del día 13/12/21, a partir del min. 00:14:25, en particular, min.00:20:22).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el primer tramo de los acontecimientos investigados, esto es, aquellos que conformaron el objeto procesal de la causa n° P-55.203/20, se comprueba el acierto del

tribunal de juicio cuando considera que lo nuclear de su testimonio, específicamente en lo que hace a la autoría del acusado, se encuentra plenamente corroborado con las declaraciones coincidentes y concordantes de, por lo menos, tres testigos presenciales del caso.

Por un lado, el testigo Héctor Daniel Páez Garay sostuvo que el día del hecho se encontraba en su domicilio podando un parral cuando observó frente a su casa a un joven que apuntaba a otro con un arma, mientras lo provocaba e insultaba. Señaló que se inició una persecución de aproximadamente unas ocho personas contra la víctima de las amenazas y, luego, se escucharon disparos de arma de fuego.

Mencionó que al salir, pudo ver tres sujetos que estaban llevándose la motocicleta de Abrego, uno de los cuales, presentaba un tatuaje en el lado izquierdo del cuello, a quien lo mencionó e individualizó por el uso de un apodo. Dijo, en efecto, que le decían «el Potoco», y que pudo observar que era él quien portaba de arma de fuego, y que ejecutaba disparos contra las víctimas en el contexto de la agresión en que se produjo la sustracción de la moto. Al ser consultado por la fiscal, señaló que el sujeto a quien lo conocía por el uso de ese apodo, era el mismo sujeto que se encontraba en la sala de debate como acusado (a partir del min. 01:14:53, en particular, min.01:26:40).

En forma también coincidente declaró el testigo Franco Agustín Cacciavillani. En lo que resulta aquí pertinente para la solución del caso, describió que cuando se dirigía hacia su casa, un grupo de personas de entre seis y siete individuos comenzó a insultarlo, amenazarlo y perseguirlo en dirección a su domicilio. Refirió que observó que dos de ellos portaban armas de fuego, uno de los cuales era «el Potoco», que era el mismo sujeto que se encontraba en la sala de debates en calidad de acusado quien efectuó varios disparos antes y después de ingresar a su casa. Según mencionó, ese fue el contexto dentro del cual los agresores se apoderaron de la motocicleta de Abrego que se encontraba en la puerta de ingreso de su casa (v. registro audiovisual, audiencia del día 15/12/21, a partir del min. 00:05:04, en particular, min.00:08:42, 00:10.01 y 00:15.50).

Finalmente, estos dos testimonios se aúnan a la compatible declaración que realizó el testigo Brian Ezequiel Haugh Coria sobre este tramo de los hechos. En ese sentido, dijo en el debate que entre el grupo de personas que atacaron a Cacciavillani, y que le sustrajeron la motocicleta de Abrego, se encontraba una persona a quien conocía bajo el apodo de «el Potoco», quien presentaba un tatuaje en el cuello. Asimismo, como bien lo destaca el tribunal de juicio en la pieza impugnada, luego de ser confrontado por la agente fiscal con su declaración durante la investigación penal preparatoria –incorporada como prueba instrumental al debate–, ratificó que el sujeto que tomó la motocicleta, y que intentó ingresar a la casa de Cacciavillani, era el «el Potoco», y reiteró que era el que se encontraba en la sala de debate como acusado (v. a partir del min. 00:37:20, en particular, mins. 00:44:30/00:44:45).

En base a la contundencia de este material probatorio, derivado de la comprobada coherencia y precisión de los relatos de los testigos referenciados en forma precedente, comparto la afirmación del tribunal de juicio en relación con la intervención del acusado como coautor de la agresión inicial de la que fue víctima Franco Cacciavillani y Eduardo Abrego, como también, en el apoderamiento violento de la motocicleta de propiedad de este último.

Entiendo que esa conclusión resulta suficientemente justificada en el razonamiento judicial de la sentencia cuestionada, y que no ha podido desvirtuarse con argumentos contundentes que demuestren la arbitrariedad alegada por la defensa en la valoración probatoria objetada. Obsérvese al respecto que la defensa del acusado pretende hesitar el peso convictivo cargoso que surge de estos testimonios

asegurando que no son fiables porque son contradictorios y omisivos, además de tendenciosos porque la rivalidad con el grupo de personas al que pertenece Eduardo Abrego.

Sin embargo, considero que la defensa no acierta en ninguno de sus dos planteos. Por un lado, porque ha quedado demostrado que las alegadas contradicciones, indicadas por la parte recurrente, no son tales, puesto que la visualización del soporte audiovisual de las audiencias respectivas permite confirmar el acierto del tribunal de juicio cuando detecta en ellas indicadores de credibilidad, derivados de la coherencia, consistencia y coherencia de las declaraciones analizadas, las que acreditan los dichos de la víctima –Eduardo Abrego– sobre la autoría del acusado en los hechos enrostrados.

Tampoco se verifican contradicciones entre esas testimoniales con los demás elementos probatorios incorporados a la causa, particularmente el acta de denuncia aludido y de procedimientos aludidos por la defensa, dado que el contenido de esos instrumentos debe ser analizado no en forma aislada, sino en conjunto con el resto de la prueba, como lo ha hecho el tribunal de juicio.

Por otro lado, porque tampoco se observan en esas declaraciones elementos que permitan suponer que todos esos testigos declararon del modo en que lo hicieron sobre la base de un discurso premeditado que únicamente perseguía por finalidad perjudicar al acusado, dada su pertenencia a un grupo de personas distinto al de ellos.

Nada de esto último encuentra un mínimo sustento en las constancias de la causa, y sólo se aprecia como un intento infructuoso de la defensa de reducir la potencialidad probatoria que emerge de la contundencia cargosa de estos relatos, con deducciones que participan de su mirada sociocultural de los individuos involucrados en los eventos, que nada aporta a la reconstrucción de los hechos.

A todo ello, cabe agregar que ese razonamiento probatorio verifica el acierto de la sentencia cuando le asigna valor convictivo al señalamiento verdadero del acusado que hicieron los referidos testigos durante sus respectivas declaraciones en el debate quienes, coincidentemente, y con el control de las partes, refirieron en forma concordante que uno de los agentes que intervino en el hecho, a quien lo individualizaron mediante su apodo –«el Potoco»–, era el sujeto que se encontraba en la sala de audiencias en calidad de acusado. Nótese al respecto que el peso convictivo de ese reconocimiento impropio no ha sido cuestionado por la defensa en su escrito recursivo.

Tampoco acierta el defensor cuando plantea que esos testimonios no serían determinantes para acreditar la autoría del acusado desde que la prueba producida a partir del análisis de las filmaciones de las cámaras de seguridad ubicadas en el sitio donde ocurrió el hecho, no establece con certeza la identidad de los sujetos responsables.

Más bien se observa que esa pretensión crítica, que apunta en la tesis defensiva a desincriminar al acusado, ya ha sido materia de análisis en la sentencia impugnada. En efecto, el tribunal de juicio refirió en los fundamentos que justifican el fallo condenatorio bajo revisión, que a los informes elaborados por la División de Delitos Tecnológicos (fs. 48/55) y la de Análisis Criminal (fs. 235/239), «*sólo puede asignárseles eficacia probatoria en relación a la materialidad del hecho (aspecto no controvertido), no así en lo que respecta a la autoría del imputado*». Ello por cuanto, «*[a] pesar del defecto correctamente señalado [referido a la informada inexistencia de software de identificación digital de rostros] la autoría del encartado surge en forma evidente de los testimonios reseñados*» (v. fundamentos, pág. 6). Respuesta concreta que no ha sido rebatida debidamente por la parte recurrente, y que la reedición de su planteo en esta etapa extraordinaria contiene sólo la oposición de una opinión subjetiva inconducente para

demostrar la pretendida arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Por lo demás, comparto con la apreciación del tribunal de juicio en que los testigos presentados por la defensa, para reforzar la versión exculpatoria ofrecida por Kairuz Vallejos, no permiten descartar su intervención en el hecho objeto del presente proceso. Ello, toda vez que esos relatos, como bien se apunta en la sentencia, sólo dan cuenta de circunstancias acaecidas con posterioridad a la agresión cometida por el acusado en perjuicio de Franco Cacciavillani y al apoderamiento de la motocicleta de Abrego (v. fundamentos, pág. 7). Por lo tanto, la correcta delimitación y ubicación del objeto de conocimiento apreciado por cada uno de los deponentes sobre los acontecimientos es lo que impide validar la plausibilidad de la explicación defensiva de los hechos plausible, desde la perspectiva de un análisis racional de la prueba, en los términos hasta aquí señalados.

En definitiva, advierto que el tribunal de sentencia llegó a la certeza necesaria –descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, con un análisis sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la intervención del acusado –coautoría– en los hechos investigados en estos autos n° P-55.203/20, los que fueron calificados bajo los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con el delito de robo agravado por la utilización de arma impropia, por el uso de arma de fuego y por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal, agravado por la participación de un menor, en grado de tentativa.

Por su parte, advierto que el tribunal de sentencia aplica el mismo razonamiento probatorio para acreditar la autoría del acusado en el segundo tramo de los acontecimientos conexos investigados. Es decir, respecto de los sucesos que conformaron el objeto procesal de la causa n° P-55.371/20, en los que se investigó el homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, que tuvo por víctima y denunciante a Eduardo Antonio Abrego Alcaíno.

Al respecto, cabe mencionar que aquí tampoco se ha puesto en tela de juicio la materialidad de los hechos, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aparecen definidos en la pieza acusatoria fiscal, ni la calificación legal bajo la cual fueron jurídicamente subsumidos. Así, el único aspecto resistido por la defensa del acusado es la responsabilidad penal del sindicado como autor del disparo que lesionó, con riesgo de vida, la integridad física de la víctima.

Para evitar reiteraciones innecesarias en el presente voto, valen aquí las mismas consideraciones que se efectuaran precedentemente al examinar el análisis valorativo que hizo el tribunal de juicio respecto del material probatorio que acompaña la causa conexa a la presente. En particular, sobre la ponderación de las declaraciones que realizara la víctima de autos, y el resto de los testigos que depusieron respecto de ambas causas durante el debate.

Sin perjuicio de ello, sólo resulta pertinente agregar que Eduardo Antonio Abrego Alcaíno manifestó espontáneamente cómo se desarrollaron los acontecimientos una vez que radicó la denuncia policial de las amenazas, agresiones y de la sustracción de su motocicleta. En este punto, dijo que alrededor de las 17.30 hs. del mismo día de aquel ataque violento, luego de concurrir a la sede policial, regresó a su domicilio acompañado de su amigo Leandro Páez Arancibia, oportunidad en la que fueron interceptados por dos sujetos, uno de los cuales comenzó a insultarlo y provocarlo.

Agregó que, al mismo tiempo, apareció otro sujeto, al que conoce e identifica como «el Potoco», y que era el sujeto que se encontraba en la sala de debate como acusado, quien le efectuó cinco disparos, impactando el segundo de ellos en una zona vital de su cuerpo –pecho– perforándole el pulmón, por lo

que tuvo que permanecer varios días internado en terapia intensiva. Destacó que el motivo de ese ataque armado no pudo ser otro que su conducta de haber denunciado previamente el otro hecho, dado que familiares de Kairuz Vallejos lo vieron cuando salía de la comisaría (v. registro audiovisual, audiencia del día 13/12/21, a partir del min. 00:14:25).

Para respaldar la incriminación que surge de esta declaración, el tribunal valoró el relato de los hechos que hizo Leandro Páez Arancibia, hijo de Héctor Daniel Páez Garay, en su calidad de testigo directo y presencial de los acontecimientos. Su testimonio acredita los aspectos centrales del testimonio de la víctima, en cuanto concordantemente con ella, describe que fueron interceptados por dos individuos, a quienes los nombró bajo sus apodos, «el Mantequita» y «el Potoco», y que éste último fue quien efectuó los disparos. Dijo expresamente, «[u]no estaba vestido de negro, tenía una franja gris en el pantalón. Es el muchacho que está ahí sentado [...] fue el que disparó [...], le dicen «Potoco» en alusión a Mariano Kairuz Vallejos (v. registro audiovisual, audiencia del día 13/12/21, min. 00:41:54/00:42:29), que él logró evadir los disparos pero que su amigo, por Eduardo Abrego, recibió un impacto en el tórax (min. 00:43:03).

Tampoco se verifican aquí la presencia de contradicciones ni de indicios de ganancialidad en ambas declaraciones. Por el contrario, cada uno de estos testimonios se corresponden y complementan entre sí, y permiten acreditar, más allá de toda duda razonable, que el autor de los múltiples disparos de arma de fuego, uno de los cuales impactó en el tórax de la víctima a escasos centímetros de su corazón, fue el acusado.

No existe, ni tampoco ha sido propuesta por la defensa, otra explicación alternativa que resulte razonable para superar el nivel de certeza adquirido sobre este extremo. Aquí vale señalar que si bien las cualidades de la zona donde se produjeron los hechos investigados, así como la existencia de grupos que rivalizan en razón de su pertenencia a barrios distintos, en nada incide para desacreditar la conclusión asertiva que es aquí cuestionada por la defensa.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Omar A. Palermo, en disidencia, dijo: Puesto a resolver el recurso interpuesto, luego de su análisis, así como de la sentencia cuestionada y de las constancias obrantes en la causa, considero que corresponde hacer lugar a la impugnación y anular la sentencia puesta en crisis.

Paso explicarlo.

a.- Consideraciones preliminares

Previo a todo, es menester consignar que este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la **ley adjetiva** no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre –como en el *sub-lite*– por ambos motivos (L.S. 183 - 188; 202-001; 269-234, entre otros). En virtud de lo dicho, analizaré la razón fundamental en el que estimo se encuentra inmotivada la sentencia puesta en tela de juicio.

b.- Sobre el fundamento de la **imposición de la pena**

Sobre el **fundamento de la imposición de una pena** frente al autor del hecho ya he dicho que ella radica en el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias: el autor tiene la posibilidad de auto-administrar su ámbito de organización libre de toda interferencia externa, a la vez que es responsable de las consecuencias lesivas que resulten de esa organización respecto de terceras personas (véanse al respecto, mis votos en «Ibañez Benavidez» e «Hisa»).

*«En cuanto a la **“función” de la pena** respecto al acusado consiste en que mediante su imposición se reconoce su personalidad, es decir, se reconoce al autor del hecho como igual a los demás, en el sentido de que se lo toma en serio como persona responsable. Con ello se quiere señalar que el Estado no puede cosificar al acusado, degradándolo como si se tratara de un objeto peligroso. Expresado en terminología hegeliana, mediante la pena no puede tratarse a la persona como un animal salvaje al que se le amenaza con un palo. Por el contrario, el castigo debe expresar el **respeto a la persona** como parte integrante de la sociedad, según las reglas que ésta se ha dado a sí misma. Pues bien, la imputación de culpabilidad lleva ínsito ese reconocimiento a la personalidad del acusado. Y ello es así porque la pena supone el reconocimiento a la libertad del condenado de auto-configurar su ámbito de organización, a la vez que se lo hace responsable por las consecuencias lesivas que derivan de esa configuración contraria a Derecho»* («Ibañez Benavidez»).

Lo anterior significa que la **imputación de culpabilidad lleva ínsito el reconocimiento a la personalidad del acusado**. Y ello es así porque la pena supone el reconocimiento a la libertad del condenado de **auto-configurar su ámbito de organización**, a la vez que se lo hace responsable por las consecuencias lesivas que derivan de esa **configuración contraria a Derecho**.

Organización contraria a Derecho. Autoría individual. Codelincuencia.

Ahora bien, esta organización contraria a Derecho que lesiona esferas jurídicas ajenas y fundamenta la pena con base en la libertad del autor de autoadministrarse, puede llevarse a cabo en solitario (**autoría individual**) o junto con otras personas (**supuestos de codelincuencia**). En uno y otro caso se aplican reglas de imputación diversas que, a su vez, requieren precisiones cuando en un contexto de división de tareas intervienen personas menores de edad.

Como expliqué en «Hisa», *«lo característico de la **competencia conjunta es la división de tareas que vincula a los intervinientes entre sí, lo que permite que entre ellos conformen un colectivo cuya tarea es la realización del hecho**. La división de trabajo es vinculante cuando **el aporte del interviniente no solo contribuye causalmente al desarrollo de los acontecimientos, sino que tiene el significado objetivo de haberlo hecho posible**. Dicho con otras palabras, la división de tareas vincula a los intervinientes cuando la aportación individual no tiene otro sentido que no sea el de ser continuado por un tercero que es quien finalmente ejecuta el hecho. De este modo, en el caso de reparto de tareas que vincula en lugar de aislar los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones sino también por el ulterior desarrollo de los acontecimientos»*.

Respecto de los niños, las niñas y los/as jóvenes que no tuvieran cumplidos los dieciséis años, la **ley 22.278** los reputa incapaces de culpabilidad –y por ende no punibles–. Se trata de hipótesis en las que la ley presume *ipso iure* que el/la menor no puede poner en tela de juicio la validez de la norma jurídica; en consecuencia, si se verificara que estos niños, niñas o adolescentes han intervenido en un hecho delictivo, la solución no podrá sino discurrir por la figura de la autoría mediata. Por su parte, respecto a aquellos/as

adolescentes que tuvieran entre dieciséis y dieciocho años que interviniesen en delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación, entiendo que, poseen capacidad de culpabilidad, pero no son punibles de acuerdo con criterios de política criminal.

A diferencia de los casos en los que coopera en el hecho un menor de dieciséis años –incapaz de culpabilidad y, por ende, instrumento del autor mediato–cuando uno de los integrantes del colectivo es un menor imputable de entre dieciséis y dieciocho años, el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias se verifica, pero de manera parcialmente incompleta. Esto significa que la ley los trata como sujetos de derechos y deberes, pero con un alcance limitado. Dicho de otro modo, se trataría de un reconocimiento parcial –pero no ausente– de la personalidad de estas personas menores de edad.

Este tratamiento, desde luego, no es exclusivo del ámbito del Derecho penal, sino que también se advierte en las regulaciones que impactan en otros ámbitos vitales en los que participan menores de edad. Pensemos acaso en el Derecho administrativo –un menor de dieciséis años puede tramitar una licencia de conducir «general», pero no una «profesional»–, o en el Derecho civil –respecto de la libertad de casarse supeditada a la autorización de los progenitores o del juez–, o también podría pensarse en el alcance del derecho al voto de estos adolescentes, –quienes tienen libertad de votar, pero no el deber–. Estos son solo algunos ejemplos.

En nuestro dominio, resta determinar de qué manera un menor de edad que interviene en un delito de acción pública con una pena privativa de libertad mayor a dos años agrava el injusto del hecho para el resto de los co-intervinientes de acuerdo con las previsiones del art. 41 *quater* del CP y cómo impacta su grado de culpabilidad –inexistente o parcial– en la individualización de la pena. Este es el universo de casos que se explora a continuación.

c.- El art. 41 *quater* del CP

En materia de intervención delictiva, ya he dicho que la división de tareas como fundamento de la competencia conjunta requiere de la **intervención de personas plenamente auto-responsables**. La conformación del colectivo presupone entonces que sus integrantes han de ser **personas con capacidad de culpabilidad**. Dicho de otro modo, debe verificarse un ámbito de **competencia conjunta** que fundamente la responsabilidad individual por la obra delictiva.

Aquellos casos en los que el colectivo de personas que realiza el delito se encuentra integrado por adultos/as no plantea mayores problemas, pues en estos casos el sinalagma libertad/responsabilidad por las consecuencias se encuentra completo –naturalmente, podría suceder que interviniera una persona que padece una enfermedad mental, que actúa coaccionada o acaso se encuentra bajo una situación de necesidad, lo que requeriría precisiones ulteriores–. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido por el art. 41 *quater*, corresponde explorar el grupo de casos en los que intervienen en el delito menores de 18 años.

Menores de 16 a 18 años. Capacidad de culpabilidad, punible o no punible. Menores de 16 incapaces de culpabilidad.

Previo a ello, es necesario dejar en claro dos cuestiones. Por un lado, que no impacta en el análisis que propongo el hecho de que se trate de **menores imputables** de entre dieciséis y dieciocho años de edad o de menores de esta misma edad **no punibles** por tomar parte en delitos de acción privada o con pena de

prisión menor a dos años, multa o inhabilitación. En el primer caso se trata de menores de edad con capacidad de culpabilidad y punibles; mientras que, en el segundo caso, se trata de menores con capacidad de culpabilidad no punibles por razones de política criminal.

Por otro lado, también me interesa subrayar que son hipótesis más sencillas aquellas en las que coopera en el **delito un menor de dieciséis años de edad**. Ello en tanto, en estos casos la ley presupone *iores et de iuri que son incapaces de culpabilidad* y, por ende, su impulso al delito ha de considerarse un **exclusivo asunto del autor**. Dicho de otro modo, habrá de aplicarse la figura de la **autoría mediata** y la mera verificación de estos dos extremos, **minoría de edad e instrumentalización**, harán procedente la aplicación de la agravante del **art. 41 quater**. En estos casos el **mayor injusto** del hecho consiste en la cosificación del niño o niña por parte del interviniente adulto –el sinalagma libertad/responsabilidad por las consecuencias se encuentra ausente por completo–, lo cual, a su vez, requerirá un **reproche más drástico en el nivel de la individualización de la pena** –sobre esto volveré más adelante–.

En consecuencia, la complejidad inherente a la **intervención de menores en el delito** radica en hipótesis en las que **sinalagma libertad/responsabilidad por las consecuencias** se encuentra incompleto y, a diferencia de lo que sucede en los casos de **autoría mediata**, requiere del juez una valoración material de la relación entre la persona menor de edad y el resto de los adultos que integran el colectivo. Así, aquí – además probarse la edad del niño o niña entre dieciséis y dieciocho años– habrá de explorarse **correspondencia sinalagmática entre menor de edad y adulto(s) de acuerdo con su específico poder de configuración del hecho** y, dado el caso, sobre las aportaciones de los/as menores de edad imputables.

Derecho de administrar libremente su ámbito de organización, pero, a la vez, es responsable de las consecuencias lesivas que de esa organización se deriven para terceros

Una de las implicaciones de que todo/a ciudadano/a tiene el derecho de administrar libremente su ámbito de organización, pero, a la vez, es responsable de las consecuencias lesivas que de esa organización se deriven para terceros es que, quien ejecuta un delito, no solo debe tener en cuenta la autonomía de la persona *hacia fuera* –me refiero frente a la víctima o víctimas potenciales–, sino también *hacia dentro* – en relación con los miembros que integran el colectivo–.

Si en el colectivo que lleva adelante el delito se encuentran niños, niñas, adolescentes, personas que actúan coaccionadas, con miedo insuperable, padeciendo una enfermedad mental o una particular situación de necesidad, estas circunstancias serán asunto del autor si ha configurado el hecho de tal manera que las ha hecho suyas. Como dije, en el caso más extremo **una plena apropiación de ellas (autoría mediata)** se justifica la aplicación de la agravante del art. 41 *quater* con base en que el adulto ha cosificado al niño o niña para llevar a cabo el delito. Ahora bien, cuando **solo se ha apropiado de un tramo de ellas, porque el co-interviniente mantiene un grado de libertad** –aunque sea mínimo– respecto de su *tomar parte* en el hecho delictivo, entonces habrá analizarse si el co-interviniente ha utilizado ese tramo no-responsable derivado de la incompletitud del sinalagma de libertad/responsabilidad para la comisión del delito. Se trata en estos casos de los menores de entre dieciséis años y dieciocho años.

Con esto me refiero a que, en hipótesis en las que **intervengan menores de edad imputables**, en el proceso penal debe explorarse **la específica correspondencia sinalagmática individual** –respecto del específico tramo del hecho que constituye la propia aportación– **y colectiva** –en lo que hace y deja de hacer el resto de los co-intervinientes–. Lógicamente, en la sentencia debe darse cuenta de esta cuestión,

tanto en el **plano de la tipicidad**, como en el **plano de la culpabilidad** (*infra*).

Correspondencia sinalagmática. Individual. Colectiva.

Cuando la **correspondencia sinalagmática sea perfecta**, ello implicará que la libertad individual de cada uno de los miembros se ha expresado de manera perfecta en el hecho colectivo que fundamenta el reproche de culpabilidad. Se tratará entonces de **una comunicación entre iguales aun cuando intervenga un menor imputable**, pues no se habrá verificado –ni siquiera parcialmente– la apropiación del tramo no-responsable por parte de un adulto que justifica la aplicación del art. 41 *quater* del CP. Por el contrario, si la concreta configuración del hecho da cuenta de que el/la adulto/a se sirvió del menor de edad no imputable para la ejecución del delito, entonces deberá agravarse el reproche de culpabilidad de acuerdo con lo prescrito por este artículo.

Art. 41 CP

Así, los requisitos para la aplicación del art. 41 *quater* del CP son: En casos de menores de dieciséis años: 1) corroborar que el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias se encuentra ausente por resultar inexistente la auto-organización de niños, niñas y adolescentes (menores inimputables de acuerdo con el art. 1 de la ley 22.278); y 2) que el menor ha sido utilizado como un instrumento para la realización del delito (requisitos de la autoría mediata).

Ahora bien, en casos de menores de edad entre dieciséis y dieciocho años: 1) corroborar que el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias no es perfecto por resultar incompleta la auto-organización de niños, niñas y adolescentes (menores imputables de acuerdo con el art. 1 de la ley 22.278); y, 2) que el tramo no responsable de la expresión del menor de edad ha sido utilizada como plataforma o aprovechada por el co-interviniente adulto para la ejecución del delito (existencia de una relación vertical entre adulto/a y menor de edad).

En este segundo grupo de casos, que como dije considero de **mayor complejidad**, ambos elementos son necesarios para satisfacer el fin preventivo del agravante contenido con el art. 41 *quater* CP: **evitar que los adultos se aprovechen de personas menores** de edad imputables para la realización de hechos delictivos. Esto implica, por ejemplo, que, en el caso de un robo ejecutado en división de tareas entre un menor de diecisiete años y un adulto de diecinueve años, ambos amigos y compañeros de escuela secundaria, en donde no se constata una relación vertical del último para el primero, no existan razones para aumentar la penalidad. En este ejemplo, el menor de edad y el adulto se expresan como iguales.

A la inversa, sí se justificará la aplicación de la agravante cuando uno de los adultos en tanto **inductor –o, dado el caso, coautor– motive al adolescente** imputable a ejecutar el delito con la promesa de que el régimen penal de jóvenes en conflicto con la ley penal es más benevolente y, así, en caso de fracasar el plan, podrá gozar de beneficios que a él le están vedados en el régimen de adultos.

Por último, si **el fundamento de la agravante es que el/la adulto/a se apropia del actuar no responsable del menor de edad** (ya sea por completo o solo en parte), entonces el agravamiento de la pena oscilará y se acercará al máximo de la escala penal derivada de la aplicación del art. 41 *quater* del CP cuando la despersonalización del menor de edad sea mayor. Mientras más se acentúe el poder de configuración del hecho del adulto por sobre la persona menor de edad y así se verifique su degradación en tanto **agente no libre**, entonces mayor deberá ser la refutación del hecho a costa de los adultos autorresponsables. El

caso de mayor despersonalización es el de la autoría mediata, mientras que, cuando no se cosifique al menor por completo –casos de menores de entre dieciséis y dieciocho años– habrá de ponderarse **qué tanto el tramo no responsable de la expresión del menor de edad fue utilizado como plataforma o aprovechada por el co-interviniente adulto para la ejecución del delito.**

d.- Aplicación de las consideraciones precedentes al caso de autos

A Kairuz se lo condenó en la instancia anterior por los delitos de homicidio y robo, ambos agravados – entre otras circunstancias, por la participación de una persona menor de edad–. Bien, más allá de que se constató con base en la partida de nacimiento de fs. 141 de la causa P-55.371 que al momento de estos hechos Agustín Pollarolo tenía diecisiete años de edad –faltándole solo dos semanas para cumplir los 18 años–, como dije, cuando se trate de menores imputables de **entre dieciséis y dieciocho años no basta la constatación formal de la edad del co-interviniente para la aplicación del art. 41 quater del CP** (primer requisito), pues se impone corroborar que el tramo no responsable de la expresión de la persona menor de edad –si es que la hubiera– ha sido utilizada como plataforma o aprovechada por el acusado para la ejecución del delito (segundo requisito).

Esto no se ha siquiera tratado tangencialmente en la sentencia cuestionada, más aún cuando la diferencia de edad entre Mariano Kairuz y Agustín Pollarolo es de tres años. Este dato debería haber alertado al tribunal de la instancia anterior sobre la necesidad de **explorar minuciosamente los extremos del hecho, el rol de cada uno de los co-intervinientes** y, finalmente, cómo se han expresado cada uno de ellos en la forma final del delito.

La agravante del art. 41 quater del CP se aplica, en principio, cuando en el hecho intervenga un menor de dieciocho años. Pero es necesario realizar distinciones, de acuerdo con **el grado de culpabilidad del menor**. Cuando se trate de **menores de dieciséis años**, supuestos a resolverse mediante el recurso a la **autoría mediata**, la agravante requerirá únicamente la constatación de **la instrumentalización** del niño o niña.

Por su parte, cuando se trate de menores de entre dieciséis y dieciocho años para la aplicación de la agravante del art. 41 quater del CP será necesario constatar la existencia de una relación vertical entre el/la adulto/a y la persona menor de edad, que debe ser trazada a la luz de la concreta configuración del hecho.

Por otro lado, esta mayor o menor **correspondencia sinalagmática entre adulto/a y menor de edad imputable** habrá de considerarse también en el nivel de la culpabilidad a los efectos de individualizar la **pena de la persona adulta**. Como regla general, será necesario refutar con mayor drasticidad aquellos casos en los que se instrumentalice a un menor de edad frente a aquellos en los que se trabaje codo a codo con un menor de edad mayor de dieciséis años.

El análisis anterior se encuentra ausente en la argumentación del tribunal de la instancia anterior, por lo que se impone la anulación de la sentencia que condena a Mariano Agustín Kairuz Vallejos y la realización de un nuevo juicio.

De acuerdo con lo expuesto, considero que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Mariano Agustín Kairuz Vallejos.
- 2.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

7- VAZQUEZ CORREA. 28-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	-	AI	PPP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 489

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230428_FcVCA.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1 y 11 del CP. Ley 26485. CEDAW. Belem Do Pará. Art. 509 del CCyCN.

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. **Relación de pareja.** Unión convivencial. Principio de taxatividad. Violencia de género. VG. Constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Proporcionalidad. Progresividad. Prueba indiciaria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a aquél a la **pena de prisión perpetua** por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por mediar violencia de género

La **defensa** interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad. (Art. 474 y 489 CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1597 (27-11-21), pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Di Cesare Meli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf

b-CSJN

- Fallos 300:928

c-SCJ de Buenos Aires.

- Dure. 31-03-23. <https://www.scba.gov.ar/>

Precedentes relacionados.

Penas de prisión perpetua.

- Ibáñez B. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf

SCJM. Dr. Palermo. Dra. Day. (Ampliatorio). Dr. Gómez.

Fallo:

CUIJ: 13-06813555-3/1((028601-17801)). FC/ VAZQUEZ CORREA ABEL ARNALDO P/ HOMICIDIO AGRAV EN RAZON DE LA VIOLENCIA DE GENERO Y CARRASCO ESTAY LUCIA BELEN P/ AV. HOMICIDIO (17801) (75479) (83054) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106066346*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06813555-3** caratulada **“F. c/ VÁZQUEZ CORREA ABEL ARNALDO S/ CASACIÓN”**.

La defensa de Abel Arnaldo Vázquez Correa interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1597 de fecha 29 de noviembre de 2.021, obrante a fs. 4221 y vta., y sus fundamentos de fs. 4237/4265, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de prisión perpetua por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por mediar violencia de género, en autos N° P2-75.479/13.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segunda **DRA. MARÍA TERESA DAY** y tercero **DR. JULIO R. GÓMEZ**.

En función de los recursos formulados, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis estableció, en lo pertinente para la solución del planteo recursivo, que *«[...] en la ciudad de Malargüe, provincia de Mendoza, el día 7 de Mayo de [2013], entre las 16:00 y las 17:00 horas aproximadamente, a un costado de la Ruta Nacional 40, pasando el puente del Río Malargüe, sobre el lateral Noroeste de la ruta, en el cerro San Ceferino, a unos 10 km. [al] sur de la ciudad de Malargüe, cerca del alambrado dispuesto entre la ruta y el cerro, a pocos metros del pasaje que permite el acceso a la montaña, Abel Arnaldo Vázquez Correa quitó la vida a [N.E.V.M.] con quien mantenía una relación de pareja oculta, por vivir él en concubinato con otra mujer. Previo atacarla y golpearla, le causó dos heridas con un cuchillo, una en zona abdominal que produjo lesión subcutánea, y otra en hemitórax izquierdo, ingresando el arma homicida al tórax, lesionando grandes vasos sanguíneos y aurícula derecha del corazón. Antes de darle muerte, ejerció violencia física sobre [N.E.V.M.], mediante empujones que hicieron que impactara en un hierro tipo molinete para conteo de ganado provocándole una lesión inguinal, le aplicó también un golpe de puño en el ojo izquierdo (zona peri orbital). El cuerpo presentó también hematomas en zona cercana al cuello, lesiones defensivas en antebrazo y escoriaciones en zona lateral de cadera y talón izquierdo producida por arrastre del cuerpo en agonía o recién fallecido. No descartamos que una tercera persona –desconocida hasta el momento–, haya podido participar en el hecho o en su encubrimiento».*

Para así resolver, el tribunal de sentencia tomó en consideración las declaraciones testimoniales prestadas

en audiencia de debate, tales como: Alicia Villar, Gladys Villar, Anatilde Villar, Horacio Poblete, Carlos Herrera, Mario Altamirano, Natalia Cuello, Luis Benegas, Carlos Montenegro Zagal, Norma Ibáñez, Omar Guajardo, Melisa Olmos, Ariel Barroso, Mónica Arenas, Román Morán, Carla Gisela de Francesco, Lucas de Francesco, Elías Cabral, Eduardo Arias Moyano, Francisco Ávila, Mauro Caratti, Santiago Caratti, Juan José Sanduay, Natalia Rodríguez, Emanuel De la Cruz Dinamarca, Sandra Torres, Patricia Montaña, Elías Santiago Riquelme, Rodolfo Carrión Pedro Jaque, Ramón César Ibáñez, Pedro Navarro, Carlos Montenegro Becerra, Darío Cabeza Vázquez, Ariel Reynals, Ismael Jesús Carrasco, Sergio Narváez, Miriam Carrasco Estay, Néstor González, Angel Omar González, Ariel Tillería, Carlos Zuccolo, Miguel Celso Agüero, Damaris Villar, Manuel Vázquez, Verónica Ivana Moya, Ernesto Bailo, Claudio Orozco, Carlos Martínez, Armando Ríos, Eduardo Algaba, Mariano Cuaranta, Roberto Cesario, Roxana López Dardanelli, Roberto Yañi Reveco, Mauricio Carmona, Noelia Guajardo, Nelson Pérez, Joaquín Gallardo, Magalí Guajardo, Maximiliano Alexis Ibaceta, María del Carmen Oses, Laura Altamirano, Jairo Veas Mora, Bárbara Gómez, Francisco Carvajal, Marcelo Alberto Rosales; las inspecciones oculares llevadas a cabo en el curso del debate (ver fs. 3512; 3516; 3517) testimoniales incorporadas por lectura de Santos Jesús Vignoni, Cecilio Modón, Laureano Villar, Guillermo Mora, así como el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- Los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa

a.- Recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP.

En este orden, afirma que ha existido en la resolución cuestionada error en la determinación de la autoría del hecho investigado. Considera que en este aspecto la motivación resulta aparente, por cuanto la apreciación de los medios de prueba es ilógica, falsa y utiliza en forma arbitraria la fuente de convencimiento.

Expresa que el tribunal de sentencia interpretó en forma inadecuada el plexo probatorio y forzó interpretaciones con base en la sola voluntad del juzgador. Entiende que ha creado un doble estándar probatorio a partir de la aplicación de la perspectiva de género, con la generación de preconceptos y prejuicios con relación a su asistido y con el objeto de tener por acreditada la autoría en el hecho pese a la orfandad de prueba de cargo a su respecto. Sostiene que aplicando indebidamente la perspectiva de género se ha suplido la falta de pruebas e indicios respecto a la autoría.

Afirma que hay ausencia de prueba directa, indirecta o indicios unívocos de la presencia de Vázquez en el lugar del hecho y, considera que el tribunal ha omitido valorar aquellas probanzas directas e indirectas que descartan la participación de Vázquez. Así señala: la omisión de mención de huella de calzado deportivo de mujer –distinto al de la víctima– en la escena del crimen; la individualización de huella de automóvil no utilizado por su asistido; que se descartó la presencia del vehículo de Vázquez en el lugar del hecho como también de cualquier otro vehículo de su familia; la ausencia de rastros de presencia de su asistido en el cuerpo o prendas de la víctima (salvo los rastros espermáticos); que el acusado no fue visto por testigos que pasaron por el lugar –al que señalan como densamente transitado por deportistas y conductores–; que no se encontraron en el cuerpo de Vázquez rastros de marcas del accionar defensivo de la víctima; que no se hallaron rastros genéticos de Vázquez en el hisopado subungueal realizado en Villar y sólo se halló perfil femenino; que la mecánica del hecho permite colegir de modo lógico que Vázquez no fue el autor de las puñaladas en el cuerpo de Villar (fs. 4284); que discrepa con la consideración efectuada en la causa respecto a que el autor actuó de modo artero; que la lucha y huida de Villar implica que no fue un

ataque artero; que el uso de un cuchillo y la afirmación de la calidad de experto de Vázquez no es exclusivo del acusado y que en la zona es un elemento de uso muy común (fs. 4284 vta./4285). A partir de ello, concluye en forma opuesta a lo señalado por el tribunal respecto de las características del autor del homicidio de N.V.

Critica los indicios tomados en consideración y los consideran anfibológicos. Así, las manifestaciones de Vázquez tres días después del hecho a la comisión policial y el silencio de Vázquez sobre el encuentro con la víctima. La defensa sostiene que a partir de ellos se coligió la autoría de su asistido en el hecho (fs. 4285 vta./4286) y afirma que el encuentro sexual mantenido por Vázquez con Villar no lo sindicó como el autor ni señala la presencia de Vázquez en el lugar del hecho. Reitera que la autoría se corresponde con una mujer, de igual porte que la víctima y desconocida por ésta –en razón de la resistencia acreditada–.

Agrega que el tribunal modificó la hipótesis acusatoria y colocó a Vázquez en los momentos previos en un lugar no determinado manteniendo relaciones sexuales. Luego hizo un salto y lo colocó -sin indicios ni pruebas- en el lugar del hecho, sin que se explicaran las razones o circunstancias del traslado de un lugar a otro. Reitera que el lugar –cerro San Ceferino– se encuentra densamente transitado y es imposible de no ser visualizado en horario diurno, por lo que resulta un lugar poco propicio para que Vázquez prefiriera darle muerte a la víctima luego de haber mantenido relaciones íntimas con ella.

Cuestiona la afirmación del tribunal relativa a que el agresor debió ser una persona conocida de la víctima puesto que no huyó ni se defendió de aquel y que de ello concluyera que el agresor fue Vázquez. Señala que Villar sí se defendió y si quiso huir del lugar (fs. 4286 vta.), en tanto que la falta de pedido de ayuda de Villar es de improbable acreditación y se funda en la imaginación y voluntad del tribunal de juicio.

Agrega que el tribunal en forma sorpresiva introdujo una tercera persona –una mujer– que habría actuado concomitantemente en el hecho y con el objeto de acreditar la presencia de huella de zapatillas de mujer. Considera que al señalar en la plataforma fáctica el tribunal la posible presencia de otra persona en el hecho acarrea una nulidad absoluta por cuanto resulta arbitraria. Destaca que la acusación respecto a Vázquez se sustentaba en la autoría única por parte del acusado sin participación de tercera persona en ninguna parte del *iter criminis* y que el tribunal violó de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa al introducir en la plataforma fáctica a otra persona alterando la acusación primigenia.

Critica el razonamiento del tribunal en cuanto a la ilogicidad de cometer el hecho en el cerro Ceferino, lugar expuesto a la vista de terceras personas y que si, como señala sentencia, Vázquez salió con la idea de darle muerte a Villar, cuál sería el motivo de previamente mantener una relación sexual consentida con ella.

Sostienen que se ha violado el derecho de defensa del acusado como también el principio de congruencia.

Expresan que el tribunal al resolver desestimó la teoría del caso de las partes, principalmente en los momentos previos al hecho homicida. Señala que los momentos previos al homicidio no fueron parte de la acusación que abrió esta etapa procesal no dejan de ser una pieza clave para tener por acreditado el nexo causal del resultado. Sostiene que tal determinación es de una importancia indiscutible y debe tener un soporte material y normativo fundado en el plexo probatorio.

Explica que el tribunal desechó aspectos principales de los momentos previos sostenidos por las partes acusatorias y la defensa. Destaca parte de los fundamentos y considera que el tribunal modificó la plataforma fáctica de los momentos previos al hecho acusado y de esta manera se afecta el nexo causal,

impactando en el hecho que finalmente se tuvo por acreditado sin permitir que se ejerza el derecho de defensa material y técnica.

En cuanto a los agravios sustanciales, sostiene que ha existido errónea aplicación de la ley sustantiva, y cuestiona la aplicación de la agravante de los incs. 1 y 11 del art. 80 del CP.

Al respecto, señala que el tribunal no funda en prueba la existencia de un vínculo en los presentes autos que permitan subsumir los hechos dentro de las previsiones del art. 1 del art. 80 del CP. Critica la aplicación en el hecho investigado de la agravante contenida en el art. 11 del art. 80 del CP.

En este sentido, afirma que el solo hecho de que la víctima sea una mujer no autoriza a calificar aquél como femicidio. Formula apreciaciones sobre tal agravante y señala que debe ser descartada su aplicación al caso tratado en autos.

Por lo señalado, solicitan se case la sentencia recurrida y se absuelva a Abel Vázquez.

b.- Recurso de inconstitucionalidad

En otro orden, la defensa interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de la pena de prisión perpetua dispuesta en autos. Señala que su asistido tiene sólo treinta y dos años de edad y la pena impuesta resulta írrita a los principios de proporcionalidad y de progresividad de la pena.

Sostiene que la pena perpetua resulta inconciliable con la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella. Cita doctrina que abona su postura y, reclama la declaración de inconstitucionalidad al respecto.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador se expide a fs. 4317/4324. Luego de analizar los agravios de la defensa, considera que el recurso procede en su aspecto formal, aunque debe ser desestimado en el fondo.

Expresa que la sentencia se encuentra fundada y resulta clara, razonable y contundente. Añade que en ella se realiza un minucioso detalle de los indicios y pruebas existentes y su concatenación.

Considera que la defensa analiza ciertos indicios y medios de prueba en forma aislada para, de tal manera poner en duda la participación del imputado en el homicidio.

Explica cuál habría sido la conducta lógica y esperable de Vázquez Correa de no haber tenido nada que ver con el hecho investigado. Destaca que de acuerdo con el informe del Cuerpo Médico Forense el ataque fue llevado a cabo por una persona diestra y con mucha fuerza, circunstancias que coinciden con el acusado, sin descartar la participación de otra persona. A ello, se suma la experiencia en el uso de cuchillos, lo que sumado a las distintas circunstancias lo ubican en el lugar del hecho y como autor del mismo.

Agrega que el tribunal evaluó los dichos del acusado que a lo largo de la causa se fueron acomodaron a las circunstancias que aparecían. Sin embargo, su versión fue desvirtuada a través de prueba testimonial, instrumental e informativa. Se examinó también la prueba testimonial de descargo.

Expresa que en la sentencia se analizaron las comunicaciones cursadas entre N.V. y el acusado el día del hecho y con anterioridad. A partir de allí, refiere que la coartada utilizada por Vázquez Correa no era veraz.

Rechaza también la supuesta sorpresa en cuanto a la modificación de la plataforma fáctica, ya que la participación de una tercera persona nunca imputada se expresaba en instancias procesales previas, de manera tal que no resulta apropiado referir la vulneración al derecho de defensa o violación del principio de congruencia.

En tanto que la sentencia recayó sobre el mismo hecho objeto de la acusación, circunstancia que la defensa pudo tener presente en todo momento, el agravio no puede prosperar.

Respecto al error señalado por la parte recurrente en torno al encuadre jurídico del caso, el titular del órgano acusatorio público pone de resalto la jurisprudencia de esta Sala que considera aplicable al caso. En particular, el precedente registrado en autos 13-04879157-8 «Di Cesare Meli».

En lo concerniente al contexto de violencia de género entiende que el tribunal de instancia previa analizó de manera integral y contextualizada a los actores del suceso a fin de determinar tal elemento.

Concluye así que se encuentra probada la existencia de los presupuestos del art. 80 inc. 1 y 11 del CP, en atención al plexo probatorio valorado en su conjunto.

Con relación al recurso de inconstitucionalidad formulado por la defensa señala que la cuestión constitucional no fue planteada en forma oportuna, esto es en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo. Por lo que el remedio así planteado no cumple con las condiciones básicas de procedencia del art. 489 del CPP y debe ser rechazado en su aspecto formal.

Más allá de ello, agrega además que la Suprema Corte de Justicia resolvió en **acuerdo plenario –«Ibáñez Benavidez»– sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua**, por lo que el recurso debe ser rechazado desde el aspecto sustancial.

De tal manera, y en función de las razones expuestas, aconseja el rechazo de los recursos promovidos y la convalidación de la sentencia criticada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos de casación y de inconstitucionalidad considero que, por los motivos que a continuación se exponen, las impugnaciones deben ser rechazadas. Paso a explicarlo.

Por motivos de orden lógico comenzaré por el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la pena de prisión perpetua impuesta, atento a la relevancia institucional del planteo. Dilucidada esta cuestión, analizaré el recurso de casación promovido. En este apartado, abordaré en primer lugar los agravios que vinculados con el mérito de la prueba, para en segundo lugar examinar los vicios relativos a la errónea aplicación de la ley sustantiva.

a.- Acerca del planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua

La defensa plantea recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la instancia anterior por cuanto condena a su asistido a la pena de prisión perpetua. Concretamente, cuestiona la constitucionalidad de esta pena, señala que su imposición a Abel Vázquez, quien solo cuenta con 32 años de edad, resulta írrita a los principios de **proporcionalidad y el principio de progresividad** de la pena. Invoca doctrina y jurisprudencia en sustento del planteo formulado.

El planteo no puede ser acogido en esta instancia, por dos motivos. En primer lugar, del análisis de la sentencia impugnada advierto que el tribunal de sentencia advirtió que la pena aplicable al caso era indivisible, puesto que es la única disponible para la judicatura según la calificación legal asignada al hecho que se tuvo por acreditado. Sin perjuicio de ello, el tribunal explicitó las circunstancias que fueron valoradas como agravantes y atenuantes (fs. 4263 y vta.). En base a ello, consideró que la pena no aparecía como desproporcionada en relación a la magnitud de culpabilidad manifestada por Abel Arnaldo Vázquez Correa.

Ahora bien, en segundo lugar, esta Suprema Corte de Justicia ha realizado el control de constitucionalidad de la pena de prisión perpetua en acuerdo plenario, del que resultó la constitucionalidad de este instituto (véase «Plenario Ibáñez Benavídez»). En este contexto, los agravios y críticas manifestados por la defensa no lucen como novedosos ni aportan motivos para apartarse de aquél precedente, al que remito en honor a la brevedad.

Por tales motivos, corresponde el rechazo del recurso de inconstitucionalidad promovido por la defensa de Vázquez Correa.

b.- Consideraciones sobre el recurso de casación interpuesto

b.1.- Agravios relativos al mérito de los elementos de prueba considerado por el tribunal de la instancia previa

Como anticipé, considero que no pueden ser acogidas en esta instancia las críticas orientadas a cuestionar la labor de valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa por parte del tribunal que dictó la sentencia recurrida.

En efecto, y como se explicará, estimo que la resolución impugnada valoró adecuadamente los elementos de convicción incorporados al juicio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia; con perspectiva de género y –sin perjuicio de lo sostiene la defensa– sin que exista un doble estándar probatorio.

Entre los argumentos más relevantes para arribar a la conclusión condenatoria, el tribunal estableció la autoría de Vázquez Correa en relación con el homicidio de N.V. en función de los siguientes elementos:

i.- El hallazgo del teléfono celular y pertenencias de la víctima, que permitieron descartar que el homicidio obedeciera a la finalidad de cometer un delito contra la propiedad. Asimismo la disposición de las ropas íntimas de N.V. y la ausencia de rastros de agresión sexual, los llevó a descartar un delito contra la libertad sexual como causa o motivo del homicidio.

ii.- Los datos obtenidos del teléfono celular de N.V. –quien utilizaba dos chips–. En este punto, el tribunal de sentencia examinó las tres llamadas efectuadas el día del hecho desde aquel dispositivo hacia el teléfono utilizado por Abel Vázquez. Esas llamadas se realizaron desde que N.V. salió de su casa –a las 15.30 hs.– hasta la hora aproximada de comisión del hecho –17hs.– (concretamente, a las 15:44:51 hs., 15:45:05 hs. y 16:00:30 hs.). La última de esas comunicaciones tuvo una duración de dos minutos con cuarenta y seis segundos.

iii.- Los dichos de Abel Vázquez al comisario Eduardo Algaba el día 10 de mayo de 2.013. En esa fecha se llevó a cabo un allanamiento en el domicilio donde residía Abel Vázquez, quien dijo ser quien utilizaba el teléfono que recibió las llamadas efectuadas por N.V. en momentos previos al homicidio. Asimismo, aquél refirió que, cuando se encontró con N.V. –siempre momentos antes de su homicidio–, hablaron sobre terminar su relación de pareja a partir de ese instante. Los datos reseñados fueron obtenidos a partir de la declaración testimonial de Eduardo Algaba a cuyos dichos, los jueces de sentencia, asignaron pleno crédito –ver fs. 4243–.

En este punto, consideraron que resulta un indicio que se dirige a involucrar al acusado en el hecho, el ocultamiento durante tres días por su parte del encuentro que había mantenido con N.V. el día del homicidio. Más aún, cuando se advierte que eran vecinos, que existían vínculos entre ambas familias y que el acusado concurrió al velorio de N.V..

De tal manera, el tribunal de la instancia anterior conectó el silencio del acusado sobre el encuentro que tuvo con N.V. el día del hecho con la tarea de borrar de su teléfono celular mensajes y llamados intercambiados con N.V. Por ello, descreyeron la versión de Abel Vázquez relativa a que, con su silencio, pretendió evitar que Lucía Carrasco se enterase de su relación con N.V..

Por un lado, el tribunal contrastó la posibilidad de que Abel Vázquez aportara información que sirviese para esclarecer el hecho con el perjuicio que le irrogaría que Lucía Carrasco se enterase del encuentro que aquél había mantenido con N.V. y, descartaron tal explicación (ver fs. 4243 vta.).

Consideró, por el contrario, que los tres días en los que Abel Vázquez ocultó su encuentro con N.V. le sirvieron para ocultar pruebas directas que lo conectaban con el hecho –como ropa y calzado, el arma o el vehículo utilizado–. Concluyó el tribunal que tales motivos explicaban más racionalmente su silencio que el hecho de querer ocultar su vínculo a otra persona.

iv.- La declaración prestada por el acusado durante la audiencia de debate en su defensa. En efecto, al contrastar esa declaración con los demás elementos medios de prueba, el tribunal consideró que el objetivo de Abel Vázquez se centraba en alejar el horario y lugar del encuentro que tuvo con N.V., del lugar y horario de su muerte. En este orden, el tribunal vinculó los dichos del acusado con las manifestaciones de Horacio Poblete, Carlos Herrera, Luis Benegas y Carlos Antonio Montenegro Zagal, testigos que declararon haber visto a N.V. circulando por la ciclovía paralela a la ruta 40 hacia el sur en bicicleta, hasta al menos las 16:15 hs. No obstante, ninguno de los nombrados vio a Abel Vázquez abordar a N.V., ni circular por el lugar.

v.- Las variaciones que tuvo el relato de Abel Vázquez en torno al encuentro que mantuvo con N.V. el día 7 de mayo de 2013. En efecto, sus versiones cambiaron a medida que surgían pruebas que desvirtuaban sus primeras declaraciones (ver al respecto fs. 4243 vta. y 4244), de tal manera que acomodó sus dichos con el objeto de alejar su encuentro con N.V. del horario en que fue asesinada. Así, el tribunal concluyó que Abel Vázquez fue, además de la última persona que mantuvo contacto telefónico con N.V. el 7 de mayo de 2013 (una franja horaria muy cercana a su homicidio), quien mantuvo relaciones sexuales con ella poco antes del hecho.

vi.- Las particularidades del escenario del hecho y el modo en que se produjo la agresión. A partir de ello, concluyó que el acusado reunía las condiciones físicas necesarias para llevar a cabo el homicidio del modo en que tuvo lugar. Tuvo presente el tribunal que el ataque lo realizó una persona diestra y que se usó un arma blanca, como también el lugar del suceso y el hecho de que el cuerpo de N.V. –luego de recibir el ataque– fuera arrastrado hasta el lugar en que fue posteriormente hallado y lo vincularon con el acusado –Abel Vázquez–, quien posee altura, peso y porte compatibles con la energía que desplegó el autor, que además es diestro y tiene experticia en el uso de cuchillos. Por eso, presentaba las características físicas necesarias para ser considerado autor del hecho.

vii.- Las declaraciones de Rodolfo Carrión, Pedro Navarro, Santos Vignoni, Manuel Alberto Vázquez, Ramón César Ibáñez, Elías Santiago Riquelme, Miriam Carrasco, Damaris Villar, Omar Guajardo, Carlos Montenegro Becerra, Armando Rubén Ríos, Néstor Martín González. En particular, el tribunal ponderó las contradicciones que presentaron con lo declarado por Abel Vázquez. De la confrontación de aquellas declaraciones con la versión del acusado, el tribunal sostuvo que el relato de Vázquez era inverosímil. Destacó, en este sentido, el tiempo que –según señaló el acusado al declarar– le llevó hacer el recorrido desde que salió de la barraca a las 15.40 hs., fue hasta Riquelme a buscar la autorización, no lo encontró,

el encuentro casual con N.V., y la relación sexual que mantuvieron y su posterior paso por el taller de Montenegro a dejar una llave y, el reingreso a la barraca a las 16.10 hs., resulta inverosímil ya que en solo treinta minutos habría llevado a cabo un recorrido que estiman no podría haber realizado en razón de la distancia recorrida y acciones realizadas. Además, consideró que su versión no se vio corroborada por ninguno de los testimonios señalados. Tampoco estimó acreditadas las actividades que el acusado dijo haber llevado a cabo luego de regresar a la barraca el 7 de mayo de 2.013 a partir de las 16:10 hs.

viii.- Las planillas correspondientes a la cubierta sanitaria remitidas por la municipalidad de Malargüe, según la cual la camioneta de Abel Vázquez –dominio FJI 024–, no ingresó el día del hecho a la cubierta sanitaria. Evento que considera corroborado con la filmación de las cámaras de seguridad del predio, donde observan una camioneta similar a la del acusado con un carro, pero un día antes del hecho (6/5/13).

ix.- Las comunicaciones telefónicas entre N.V. y Abel Vázquez y, concretamente en torno a la autoría del acusado en el hecho, los llamados cursados entre ambos con posterioridad al egreso de N.V. de su casa.

En este sentido, el tribunal ponderó que N.V. telefoneó en tres oportunidades a Abel Vázquez. Las dos primeras veces, a las 15:44:51 y 15:45:05 hs., oportunidades en las que llamó y cortó la llamada, conforme al código que tenía con el acusado para mantener su comunicación oculta. La tercera llamada fue efectuada casi quince minutos más tarde, a las 16:00 hs., ocasión en que dejó un mensaje de voz de 2.56 minutos (166 segundos). En relación con esta última llamada el tribunal descreyó la explicación de Abel relativa a que se hizo involuntariamente, mientras él y N.V. mantenían relaciones sexuales. Se explica en la sentencia que, conforme el testimonio del experto Miani, el tiempo máximo de duración de un correo de voz de la casilla de mensaje es de 180 segundos (3 minutos). Por ello, de haber sido involuntaria –e inadvertida– esa llamada al correo de voz hubiese durado el máximo (3 minutos) y no menos (dos minutos cuarenta y seis segundos). Agregó el tribunal que Vázquez, a las 16:06:45 hs., llamó al buzón de voz (número 555) y, contrariamente a lo que señaló el acusado, escuchó todo el correo de voz y no unos segundos como dijo (fs. 4197 vta.). También envió un mensaje de texto a N.V. que –conforme señaló– borró apenas los mandó.

Según el tribunal, las comunicaciones descritas se dirigieron a lograr el encuentro entre N.V. y Abel Vázquez, y que la reunión se llevó a cabo recién después del mensaje enviado por el acusado a las 16:08:50 hs., mensaje cuyo contenido no fue posible conocer. Considero también que es más lógica esta secuencia descrita que el relato de Abel Vázquez relativo a que su celular fue dejado en la barraca –donde nadie lo vio– y que recién al regresar escuchó los mensajes y que fue N.V. quien habría revisado su celular y descubierto la llamada realizada involuntariamente.

El tribunal vinculó tal argumento con el mensaje de texto enviado por Lucía Carrasco a Abel Vázquez a las 16:16:06 hs., y consideró que Lucía Carrasco no habría enviado un mensaje a Abel Vázquez si ambos se hubiesen encontrado en la barraca. Por eso, estimó que la explicación era que Abel no estaba allí. El mismo sentido asignó al mensaje enviado por Carrasco a Abel Vázquez a las 17:20:21 hs. De ello deriva que, a esa hora, el acusado aún no había regresado a la barraca, ni estaba cerca de Lucía, ni llevándola a la casa de Miriam, ni tampoco camino a la cubierta sanitaria. Los jueces concluyeron que el análisis de esta prueba también conducía a aportar elementos incriminatorios contra Vázquez.

x.- La versión de los hechos brindada por la defensa al momento de los alegatos (fs. 4252). En particular: 1) la concurrencia de Abel Vázquez al domicilio del padre de Riquelme para firmar una autorización del Senasa; 2) la posibilidad de que Poblete no haya visto la camioneta de Abel Vázquez en el denominado

Callejón Ibáñez; 3) el tiempo que le llevaría el traslado entre el Callejón Ibáñez y la barraca de la familia; 4) el tiempo que insumiría el traslado entre la casa de Abel Vázquez y la casa de Miriam Carrasco; 5) la crítica de la defensa hacia el testigo Ríos Donoso, quien dijo haber inflado una de las ruedas del carro que Vázquez habría llevado, pero a las 18.00 hs.; 6) la ponderación de las testimoniales de Navarro, Carrión y Santos Vignoni; 7) la alegación de la defensa en torno al video de la cubierta sanitaria con la intención de demostrar que el video se refería al día del hecho y no al día anterior como surge de aquel; 8) la pretensión de restar contundencia a los dichos de Poblete, quien al declarar no dijo haber visto al acusado en el callejón Ibáñez; 9) la interpretación efectuada por la defensa del testimonio de Ramón César Ibáñez; al respecto el tribunal consideró que el testimonio de aquél refuta la versión de Abel Vázquez; 10) la valoración de las testimoniales de los integrantes del matrimonio Altamirano cuello y el de Cecilio Modón, análisis en el que el tribunal coincide con la defensa y difiere con la interpretación de la acusación; 11) el análisis de los cabellos a partir de lo previsto en el art. 403 del CPP, en punto al cual señala que las partes erraron sobre el lugar donde se extrajeron tales cabellos y, conforme las constancias de fs. 195, 196 y 200, los tres sobres con restos pilosos se extrajeron de un vehículo Ford Fiesta azul, dominio AFLO 128 que fue objeto de investigación en un principio –línea investigativa que no guardó relación con el hecho–; 12) la afirmación según la cual la camioneta que algunos testigos vieron bajo el puente del río Malargüe no era la de Abel Vázquez, punto en el que el tribunal coincide admitiendo que no es posible establecer con el grado de certeza necesario que haya sido efectivamente el vehículo de Abel Vázquez.

xi.- Las declaraciones de Estanislao Benegas Riquelme, Norma Alicia Ibáñez, Omar Román Morán, Natalia Rodríguez, Carlos Daniel Martínez, Emanuel Dinamarca, Sandra Marina Torres, Ernesto Antonio Bailo, Claudio José Orozco, Noelia Gajardo, Nelson Pérez, Joaquín Gallardo, Magalí Guajardo, Maximiliano Ibaceta, Romina Osés, Laura Altamirano, Alexis Veas Mora, Guillermo Mora, Pablo Orellana, Barbara Gómez, Cecilio Modón. Estas testimoniales, a criterio de tribunal de la instancia anterior, aportaron información de baja calidad o poco creíble, razón por la cual consideró que no menguaban el sentido emergente de la valoración conjunta de los indicios de cargo antes referidos.

Así, en base al mérito de todos estos elementos, el tribunal consideró acreditado el hecho por el que resultó condenado Vázquez Correa. Debe señalarse al respecto que el tribunal aclaró que, si bien no era posible determinar el lugar donde Abel Vázquez abordó a N.V., ni el sitio donde mantuvieron relaciones sexuales –y en este sentido sostuvo que las declaraciones de Carla De Francesco, Las De Francesco y Eduardo Arias carecían de la contundencia que pretendía la acusación–, los elementos antes individualizados daban cuenta de manera unívoca de la intervención del acusado en calidad de autor en el hecho investigado.

La defensa cuestiona en esta instancia la labor de ponderación de los elementos de convicción obrantes en la causa que realizó el tribunal de la instancia previa. No comparto estos cuestionamientos. Esto, por cuanto considero que los indicios ponderados son unívocos y se dirigen a sindicar como autor del hecho a Abel Vázquez, motivo por el cual entiendo acertada la conclusión condenatoria a la que llegó aquel tribunal. De tal manera, **encuentro acertada la valoración de aquellos elementos de prueba, sin advertirse arbitrariedad alguna** y realizada de acuerdo con las pautas interpretativas delineadas por este Tribunal en causas como en la presente, en la que se advierte que subyace una situación de violencia de género del acusado hacia la víctima N.V.

La alegada ausencia de prueba directa que vincule al acusado con el hecho atribuido no pasó inadvertida para el tribunal de sentencia que, incluso, se refirió en forma concreta a tal situación y atribuyó la ausencia

al tiempo con que contó Abel Vázquez para hacer desaparecer los rastros. Ahora bien, no asiste razón a la defensa cuando afirma que la ausencia de prueba directa y los indicios obrantes en la causa que no sindicaron unívocamente a al acusado como autor del hecho.

En los párrafos anteriores se expusieron las circunstancias en que se conectó a Abel Vázquez con el hecho –en función del hallazgo en el teléfono de N.V. de llamadas efectuadas en forma previa al hecho al acusado–; con posterioridad di cuenta de los elementos que refirieron una relación sexual mantenida entre ambos el mismo día del hecho con antelación al homicidio de N.V.; las variaciones en el relato de Vázquez –quien lo adaptó conforme surgían medios de convicción que lo acercaban al hecho delictivo–; y el análisis de su propósito de apartarse del horario probable del deceso y del lugar donde se le dio muerte a la víctima. No hay medios probatorios que sustenten tal alejamiento y que corroboren tales extremos, de modo que es posible establecer no sólo que el acusado había mantenido un encuentro sexual con la víctima, sino que éste ocurrió con posterioridad al horario admitido por el acusado –ello, en tanto sus características físicas y su destreza en el uso de armas blancas coinciden con las circunstancias de la muerte a N.V. y con el arma utilizada en el evento–.

De tal manera y, contrariamente a lo que afirma la defensa, los indicios ponderados no resultan dispersos y ambiguos, sino que se dirigen unívocamente a sindicarse a Abel Vázquez como autor del hecho. Por otra parte, entiendo que los motivos señalados en la sentencia, como la causa que determinó al acusado a llevar a cabo el hecho, resultan probables y han sido suficientemente explicados en la sentencia cuestionada.

La defensa critica la omisión de ponderación de: 1) una huella de calzado deportivo de mujer que no pertenecía a la víctima, en la escena del crimen; 2) una huella de automóvil no usado por su asistido; de la ausencia de rastros en la ropa o el cuerpo de N.V.; 3) que Vázquez no fue visto por testigos en el lugar del hecho; como también contradicciones en cuanto al tránsito por el lugar donde fue hallado el cuerpo de la víctima de numerosas personas que podrían haber visto a Vázquez y, sin embargo, no lo hicieron.

Entiendo que tales cuestionamientos no logran desmerecer la valoración de los elementos de convicción realizados en la instancia anterior. En la sentencia cuestionada por la defensa, el tribunal se hace cargo de la presencia de la huella de una zapatilla que, por su talla, podría ser de mujer pero que no era del calzado de la víctima y, por ello, admite la posible participación de una tercera persona que no ha sido en esta instancia identificada ni individualizada.

Entiendo que tal circunstancia no resulta un obstáculo al momento de tener por acreditada la autoría en el hecho por parte de Vázquez. Efectivamente, piénsese en aquellos hechos en que resultan autores más de un sujeto, la imposibilidad de identificar a uno de ellos no invalida la investigación y –posible– condena de quien sí fue habido y sometido a juicio.

Al señalar la ausencia de rastros del acusado en el cuerpo de N.V., la defensa minimiza la presencia de rastros espermáticos, como si tal evento no fuese suficiente a los fines de probar la cercanía que existió en el encuentro entre ambos. Le asiste razón en cuanto a que no hay testigos que hayan visto a Abel Vázquez en el lugar, aunque tampoco hay testigos que vieran en ese preciso lugar a N.V., ni presenciaron el ataque que sufrió y, sin dudas, éste ocurrió en ese lugar. De manera tal que el agravio así formulado no puede tener recepción favorable.

Tampoco encuentro contradictoria la referencia a que el Cerro San Ceferino era un lugar densamente transitado y a la circunstancia de que Abel Vázquez no fue visto en el lugar. Esto por cuanto, porque la

locución «densamente poblado» resulta indeterminada y relativa a otros sitios más o menos transitados tomados como referencia, que no resulta un parámetro estable al momento de determinar la cantidad de personas que por allí circularon ese preciso día y hora. Sin embargo, sí está acreditado que el hecho ocurrió en ese lugar y en el horario antes referido, y como se dijo, no hay testigos directos que hayan visto a N.V. allí, ni al agresor.

En cuanto a las afirmaciones de la defensa sobre el ataque señalado como «artero» en la sentencia y a la posibilidad de defensa por parte de N.V. –en razón de la resistencia que ésta habría opuesto al ataque–, debe decirse que ello no conmueve la validez de la sentencia pues nada obsta a que, en un primer momento, el ataque con el cuchillo llevado a cabo por Abel Vázquez haya sorprendido a N.V. y que, superada esa sorpresa, haya tratado de defenderse oponiendo resistencia –tal como surge de los exámenes físicos llevados a cabo–, aunque sin éxito. Es decir, emerge como factible la imposibilidad de una defensa eficaz por parte de N.V. ante el ataque de una persona con las características físicas de Abel Vázquez.

Por otra parte, la defensa critica la modificación de la hipótesis fáctica, en cuanto a los momentos previos al homicidio, al colocar al acusado manteniendo relaciones sexuales con la víctima en un lugar no determinado. De ello deriva una vulneración al derecho de defensa y al principio de congruencia. Sin embargo, el agravio propuesto no puede tener acogida favorable.

Tal como la defensa señala, las circunstancias de lugar del encuentro de índole sexual entre ambos no formaron parte de la acusación, sino más bien de la estrategia defensiva que alejó tal sitio del Cerro San Ceferino y que, tal como se refirió en párrafos anteriores, no pudo ser probado puesto que las personas que sí vieron a N.V. –Horacio Poblete; Carlos Herrera; Luis Benegas y Carlos Montenegro Zagal– circular por ese lugar no vieron a Abel Vázquez. No lo vieron a él, ni a las maniobras de bajar y subir a la camioneta la bicicleta de N.V. –tal como el propio acusado afirmó haber hecho–. Y, quien sí lo habría visto –Ramón César Ibáñez–, ubicó a la persona que habría mantenido relaciones sexuales en una posición diversa a la que señaló el acusado, en otro vehículo –Ford Ranger–, en un horario posterior al señalado por el acusado y durante más tiempo.

En función de ello, no se verifica la pretendida vulneración al derecho de defensa y, por el contrario, se advierte que el acusado y su defensa técnica estuvieron en condiciones de proponer todos los medios de prueba que estimaron apropiados para abonar la hipótesis defensiva. En el caso, y como se señaló, el tribunal de sentencia no brindó crédito a la versión de Abel Vázquez. En este sentido, y puesto que el sitio donde mantuvieron relaciones sexuales no formó parte de la acusación, sino de la estrategia defensiva, no advierto una vulneración al principio de congruencia.

La posible presencia de otra persona –distinta de Abel Vázquez– en la escena del hecho tampoco resulta una inclusión arbitraria que acarree la nulidad absoluta de la sentencia, por cuanto ha sido formulada de manera hipotética y sin que queden dudas para el tribunal respecto a la intervención de Abel Vázquez en el hecho. Al respecto reitero lo señalado precedentemente.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar los agravios que cuestionan la ponderación de los medios de prueba llevada a cabo por el tribunal de la instancia previa.

b.2.- Agravios sustantivos vinculados con la aplicación del art. 80 incs. 1 y 11 del CP.

Corresponde ahora abordar los vicios sustantivos propuestos por la defensa técnica, que impugna la aplicación de las agravantes contenidas en los incs. 1 y 11 del art. 80 del CP.

En primer lugar, y en punto a la aplicación del art. 80 inc. 1 del CP, la defensa señala que el tribunal no ha fundado en pruebas la **existencia del vínculo** que permitiría subsumir los hechos dentro de las previsiones de la norma señalada. Cuestiona el criterio del tribunal sobre el elemento típico **«relación de pareja»** y reclama la aplicación del **principio de máxima taxatividad de la ley**. Refiere que la relación mantenida entre Abel Vázquez y N.V. era una relación de pareja oculta, tal como el propio juez lo admite, de manera tal que no estaría presente el **requisito de publicidad de la relación**.

Señala por su parte, con base en doctrina y jurisprudencia (ver fs. 4291), que la relación de pareja requiere: **a) relación afectiva o sentimental**, a la cual es inmanente la existencia de afecto, amor de uno hacia el otro –entienden que en esta causa no existía afecto o amor mutuo, bilateral, recíproco sino más bien un ámbito de intimidad sexual consentido que no cumple con el requisito de afecto o amor de pareja que protege la norma–; **b) relación sostenida**, con momentos de vida compartidos, lo que implica compartir vivencias variadas y de distinta índole, en contraposición a aquellas meramente ocasionales, transitorias o efímeras en las que no se llega a ser pareja (fs. 4291 vta.); y , c) relación de confianza que permite «acceder a lo íntimo de la vida del otro», desde el lugar donde vive, los que frecuenta, sus relaciones y afectos y no se trata de un conocimiento superficial o conversaciones triviales, sino aspectos que hacen al ámbito privado de cada persona, que no podría ocurrir durante encuentros sexuales ocasionales o esporádicos. Concluye que el tribunal no fundó en pruebas la existencia del vínculo que permita subsumir los hechos en las previsiones del inc. 1 del art. 80 del CP.

Como anticipé no concuerdo con la postura de la defensa. Veamos.

Sobre la **relación de pareja** como elemento típico del art. 80 inc. 1 del CP, tuve ocasión de referirme en el **precedente «Di Cesare Meli s/ casación»** (sentencia del 8/1/21). Advierto que la posición asumida por la defensa resulta similar a la postura del tribunal de la instancia previa en esa causa, que remitía a un cierto **compromiso emocional con carácter singular, notorio, estable y permanente de personas que comparten un proyecto común**. Reitero la crítica allí formulada a tal definición en tanto deja de lado las diversas formas y vivencias en las que pueden mantener una relación las personas y obedece a una **concepción «moralizante de las relaciones interpersonales de las que deriva un conjunto de condiciones que no explica bien porqué deben tener relevancia normativa en el plano jurídico penal»**.

Sostuve en aquella oportunidad la imposibilidad de remitirse directamente a categorías del derecho civil –tales como la unión convivencial– pese a ser posible encontrar en el Derecho privado claves para determinar el sentido de los elementos típicos de figuras de la parte especial del Código Penal, y afirmé la necesidad de contextualizar en un determinado momento histórico la configuración normativa de la sociedad.

En este sentido, entiendo que la clave objetiva de la relación de pareja reside en la idea de un **vínculo de confianza especial entre autor y víctima**, sin dejar de lado la garantía de máxima taxatividad.

De tal manera, si se toman en consideración los parámetros señalados en «Di Cesare Meli s/ casación», puede afirmarse que el tribunal de la instancia anterior enumeró y dio cuenta acabada de los elementos que en este caso permiten afirmar la existencia de una «relación de pareja».

En efecto, en la sentencia cuestionada el tribunal (ver fs. 4241) justificó que, pese a que la relación era oculta, en el círculo íntimo de N.V. no se le conocía otro novio y, sus tres hermanas –Alicia, Gladys y

Anatilde Villar— en forma coincidente señalaron que Abel Vázquez preguntaba por ella en forma permanente, la seguía y aparecía de manera sorpresiva y repentina en los sitios donde ella se encontraba. Agregó el tribunal que la víctima incluso les había pedido a sus hermanas que no dieran datos que denotaran sus movimientos, y destacó que señalaron que N.V. les contó que Abel se separaría de Lucía Carrasco. También el tribunal destacó los dichos de las amigas íntimas de N.V. Esto por cuanto, Ivana Moya refirió que Abel Vázquez fue el primer y único hombre de N.V. y que la relación entre ambos databa desde los catorce o quince años de ella y que se trasladó al ámbito sexual cuando cumplió los dieciocho años. En igual sentido, expresó que se expidió Mónica Marisa Arenas.

La información brindada desde el entorno de N.V. Vázquez se ve corroborada también por Patria Lorena Montaña —madre de la primera hija del acusado— quien señaló haber encontrado un mensaje de N.V. en el celular de Abel Vázquez en la época en la que la víctima tenía entre catorce y quince años de edad. De tal manera, la antigüedad de la relación sexoafectiva entre N.V. y Abel Vázquez surge acreditada —y así se señala en la sentencia—, puesto que comenzó cuando aquella tenía entre catorce y quince años y se extendió hasta el momento de su muerte, esto es unos seis o siete años.

Al momento de analizar las comunicaciones entre Abel Vázquez y N.V. (fs. 4249 vta./4250 vta.) el tribunal ponderó su intensidad, con especial referencia a los últimos meses previos a la muerte de aquella (ver fs. 4250), con frecuencia más de diez comunicaciones diarias e, incluso, en ocasiones, entre quince y veinte llamados. Asimismo, el tribunal valoró que las llamadas eran efectuadas en horario nocturno y que existía un «código» entre ambos para concretar sus encuentros.

En torno a la expectativa que N.V. y Abel Vázquez tenían de la relación, entiendo acertada la conclusión del tribunal de la instancia previa en cuanto a que la víctima pretendía que se hiciera pública —«blanquearla»—, lo que explica el comentario hecho a sus hermanas en torno a que Abel cortaría el vínculo que lo unía con Lucía Carrasco y que —tal como afirmó el propio Abel Vázquez al declarar—, éste «le hacía el chamuyo». Esta circunstancia denota su intención de mantener a N.V. convencida de que rompería el vínculo con su pareja.

De lo expuesto, considero que existía una relación de pareja a los términos del inc. 1 del art. 80 del CP, por cuanto encuentro configurado un vínculo de confianza especial en base al cual N.V. podía esperar —en razón de las circunstancias apuntadas— en que Abel Vázquez no llevaría a cabo actos lesivos en su contra.

De manera tal que luce acertada la afirmación del tribunal de la instancia previa en cuanto a que en el presente caso se configuran las notas necesarias para configurar el delito previsto en el art. 80 inc. 1 del CP. Por ello el agravio no puede prosperar.

Art. 80 inc. 11 del CP

En segundo lugar, considero que tampoco pueden prosperar los agravios referidos a la agravante del inc. 11 del art. 80 del C.P.

La defensa critica la aplicación de la **agravante del inc. 11 del art. 80 del CP**. Sostiene que la sentencia ha propuesto una interpretación amplia, irracional, indeterminada y contraria al principio de máxima taxatividad. Sintéticamente, la defensa afirma que: **1)** no resulta acertada la valoración de los elementos de prueba realizada por el tribunal en torno a la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial. En este sentido, refiere que el tribunal asumió un escenario fáctico que no cuenta con pruebas objetivas (así la posibilidad de una crisis familiar por el develamiento de la relación oculta, o un posible embarazo); **2)** es indispensable que los hechos de la causa den cuenta con certeza que el sujeto activo

desplegó en alguna oportunidad –distinta de la de la muerte– algún tipo de violencia contra la mujer víctima, que es necesaria la existencia de algún tipo de violencia (física, psicológica, económica, etc.) previa al homicidio, eventos que acreditarían la relación asimétrica entre el varón y a mujer y, constituye el contenido real de la fórmula «mediare violencia de género». De tal manera, para la configuración de la agravante, sería necesario que se verificaran antecedentes de violencia previa al evento que confirmen el ciclo de violencia; **3)** resulta cuestionable que el tribunal haya utilizado la expresión «relación desigual de poder», sin haber desarrollado su contenido.

No concuerdo con la crítica. Del análisis de la sentencia, encuentro que el tribunal de la instancia previa advirtió la existencia de elementos expresivos de violencia de género que debían introducirse en la valoración jurídico penal del caso. Así se refirió a la conducta exteriorizada por el acusado al aludir a la relación que mantenía con N.V. señalando que sólo era «para sacarse la calentura». Expresión que, a criterio del tribunal, demuestra el «uso» que Vázquez hacía de la persona de N.V., y expone una situación de maltrato, de cosificación de la mujer, de negación de su dignidad, como persona y como ser humano, que culminó con su muerte.

El tribunal reiteró en este punto la referencia a las frecuentes comunicaciones entre el acusado y la víctima y tomó posición en cuanto a que la agravante no resulta aplicable sólo a los supuestos en los que el varón somete a la mujer a golpizas y otras formas de violencias cada vez más intensas hasta acabar con su vida.

Tomó como pauta interpretativa la señalada en el precedente de «Di Cesare Meli s/ casación» (de fecha 8/1/21) y refirió que la clave para resolver estos casos radicaba en determinar hipotéticamente, si ese mismo hecho, se hubiese perpetrado, de igual modo, sobre un varón en idéntica situación. En caso de que la respuesta fuese afirmativa se estaría frente a un indicio de que no se trata de un caso de violencia de género. En caso que la respuesta fuese negativa, sería indicio de que el ser mujer se relaciona con el específico despliegue de violencia.

Al trasladar tal parámetro al caso concreto, se expidió afirmativamente en relación con el cuestionamiento planteado y señaló que el acusado mató a N.V. puesto que pretendía mantener en la clandestinidad la relación de pareja que tenían, con el propósito de seguir teniéndola como objeto «para satisfacer sus apetitos sexuales o su costumbre de frecuentar a varias mujeres en forma simultánea», en tanto que la víctima ya no estaba dispuesta a ello. Sostuvo que Abel Vázquez cosificaba a N.V. y tenía preeminencia sobre ella en todos los planos –física, económica y emocional– y se valía de tal asimetría usando a N.V. para finalidades que no la dignificaban.

Aludió también a la brutalidad de la específica forma de ejecución del homicidio en razón de la extrema violencia con la que se ejecutó aquel, y que una característica diferencial de los femicidios es la mayor crueldad o ensañamiento registrado sobre los cuerpos.

Señaló, además, que la necesidad de terminar con la vida de N.V. vino impuesta por la situación de exigencias no satisfechas del vínculo entre Vázquez y aquélla, como también el tránsito de la convivencia con Lucía Carrasco. En cuanto al modo de darle muerte, refirió que fue artero y sumamente violento, pues se empleó un arma de la que el acusado tenía conocimiento y asestó la puñalada final con conocimiento del lugar y la profundidad necesaria. Entendió que el acusado –en su concepción patriarcal– percibió a la víctima como una amenaza y como la responsable de la encrucijada a en la que se encontraba con su pareja, y por ello optó por darle muerte.

En función de lo expuesto, considero que los parámetros valorados por el tribunal de sentencia se ajustan

al criterio que propuse en el precedente señalado con anterioridad –conf. «Di Cesare Meli s/ casación»–. Asimismo, y en función de uno de los cuestionamientos de la defensa, debo señalar que en el precedente referido expliqué, en relación con la necesidad de **una relación violenta anterior**, que esa perspectiva resultaba «injustificadamente restrictiva respecto del alcance de la agravante», de manera tal que pese a que usualmente el tipo calificado resulte la conclusión de un **proceso violento** en otros casos, estos **hechos violentos pueden producirse de manera aislada**.

De esa forma es que considero que pretender abarcar los homicidios calificados del inc. **11 del art. 80 del CP**, en aquellos que presentan como víctimas a mujeres «maltratadas sistemáticamente en el ámbito doméstico» no abarca todos los posibles casos puesto que, como señalé, las notas típicas halladas configuran la agravante aplicada. De tal manera, no encuentro acertado el cuestionamiento de la defensa según el cual resulta necesaria una relación de violencia entre el autor y la víctima anterior al hecho objeto de investigación.

En función de lo expuesto, encuentro también acertada la aplicación de la agravante del inc. 11 del art. 80 del CP, por lo que el agravio formulado debe ser rechazado.

c.- Conclusión

En definitiva, y por las razones antes desarrolladas, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. Por ello, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado en autos por la defensa de Abel Vázquez Correa.

ASÍ VOTO.

Voto Dra. Day. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesta a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Vázquez Correa, y de acuerdo con los argumentos que a continuación detallaré, debo adelantar que la impugnación no puede prosperar.

Conforme se desprende de la enumeración de los agravios formulados en el recurso de casación bajo análisis, la defensa del acusado plantea la existencia de vicios formales y sustanciales que, a su criterio, desacreditan la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido.

Por un lado, cuestiona la valoración que de los elementos probatorios obrantes en la causa realizó el tribunal de la instancia previa para tener por acreditada la participación del acusado como autor de los hechos que conformaron el objeto del presente proceso.

Por otro lado, sostiene que también ha existido una errónea aplicación de la ley penal sustantiva porque, a su criterio, no se encuentran acreditados los elementos típicos para subsumir la conducta del acusado en las previsiones contenidas en el **art. 80, incs. 1 y 11 del CP**; esto es, la existencia de una «relación de pareja» entre la víctima y el acusado, y las circunstancias que caracterizan el caso como un femicidio.

Comparto en este sentido la solución que, a su respecto, se propone en el voto preopinante. Sin perjuicio de ello, estimo oportuno efectuar una serie de consideraciones vinculadas con los tópicos de análisis. Ello, de conformidad con la postura que comparto en relación, principalmente, con las figuras legales en las que se encuadró la hipótesis fáctica tenida por acreditada. Veamos.

a.- Cuestionamientos de la defensa sobre la valoración de la prueba realizada por el tribunal de la instancia anterior

En lo que tiene que ver con los cuestionamientos a la validez de los fundamentos de la sentencia, por la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba respecto de la acreditación de la autoría del acusado en el hecho, debo señalar que concuerdo con el análisis y la solución a la que se llega en el voto preopinante. Ello, por cuanto entiendo que en el acto sentencial puesto en crisis se han detallado los elementos de prueba debidamente incorporados a la causa, y se ha señalado la valoración que de ellos se deriva, sin que se advierta que tal ponderación se llevara a cabo en forma arbitraria y sin respeto a los principios de la sana crítica racional.

A lo señalado, debe sumarse que aquel proceso valorativo de la prueba no prescindió del contexto de los hechos, habida cuenta que se trata indudablemente de un caso de violencia por razones de género, ni de las directivas que –en su consecuencia– se derivan de los diversos instrumentos internacionales suscriptos y ratificados por nuestro país –así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (**«CEDAW»**), la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (**Convención «Belem Do Pará»**) y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (y los órganos creados al efecto para su cumplimiento)–, y de la legislación nacional –ley 26.485–, que expresamente regulan la materia.

Prueba indiciaria

Ahora bien, no puede soslayarse que el material probatorio valorado en la sentencia se encuentra conformado por indicios –elementos de convicción indirecta–.

En ese sentido, conviene señalar que aquéllos conforman un tipo de prueba que se basa en el razonamiento deductivo y que presenta, como punto de partida, aquellos hechos o circunstancias que se estiman probados, a partir de los que a través de un proceso lógico se infiere el hecho inquirido. Aquí, el valor convictivo se obtiene cuando se comprueba que los indicios colectados son plurales, graves, concurrentes, concordantes y, además, que las inferencias que los mismos otorguen, convergen hacia el mismo resultado, de manera que –en conjunto– merezcan plena credibilidad y lleven al absoluto convencimiento sobre el hecho investigado. De este modo, si del estudio comparativo quedan en pie los indicios, porque resultan descartados los contra indicios, con la ayuda de la lógica y de acuerdo con las normas de la sana crítica, se podrá adoptar la conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios conduce unívocamente a producir la certeza sobre la existencia del hecho investigado.

En ese sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referir que *«[l]a eficacia de la prueba de indicios depende la valoración conjunta que se haga de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva frecuentemente de su pluralidad» (Fallos 300:928)*. De tal manera, *«la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un argumento sólo aparente que no convierte en arbitraria a la sentencia» (Fallos 313:525)*.

Estos parámetros han sido respetados por el tribunal de juicio en la valoración de la prueba, quien –según se observa de los fundamentos del fallo–, a través de un profundo análisis, identificó los diversos indicios colectados –anteriores, concomitantes y posteriores al delito– y realizó las inferencias probatorias que

surgían de ellos, de acuerdo con la pluralidad y concordancia de ellos. Asimismo, descartó la presencia de indicios irrazonables, absurdos, arbitrarios, contradictorios o fundados en prueba ilegal.

De tal manera, y a partir de los indicios de presencia del acusado en el lugar de los hechos, de intervención en el hecho, de compatibilidad entre la persona del acusado con el acto cometido, de móvil delictivo, de actitud sospechosa y de mala justificación, el órgano sentenciante de la instancia anterior arribó a una conclusión unívoca, razonada y debidamente motivada que le permitió tener por acreditada la autoría del acusado respecto de la muerte de la N.V.

Ello impide acoger el agravio defensivo propuesto por la defensa sobre este punto, dado que la resolución judicial impugnada satisface de este modo las exigencias normativas previstas en los arts. 411 y 416, inc. 4 del CPP.

b.- Sobre los alegados vicios sustantivos relacionados con la aplicación de las agravantes

b.1.- El alcance de la «relación de pareja» previsto por el inc. 1 del art. 80 del Código Penal

Como se sabe, el 14 de noviembre de 2012 se sancionó la ley 26.791, mediante la cual se introdujeron una serie de modificaciones al Código Penal. Entre ellas, se encuentra la nueva redacción del inc. 1 del art. 80, por la que se dispone que: *«Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia».*

A partir de entonces, quedó incorporado el concepto de «relación de pareja» como un elemento normativo del tipo penal agravado. De tal modo, se amplió el espectro de protección de la normativa ya que la agravante analizada no sólo abarca los vínculos de parentesco referidos y las relaciones conyugales –actuales o pasadas–, sino otras modalidades de relación respecto de personas con quien mantiene o ha mantenido una «relación de pareja», mediar o no convivencia.

Debe mencionarse que esa reforma tuvo lugar estando vigentes en nuestro ordenamiento jurídico tanto la CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer), de jerarquía constitucional, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*), normativas que buscan un marco de protección jurídica hacia las mujeres frente a la problemática de la violencia de género.

La agravante en análisis presenta una seria complejidad interpretativa, que se particulariza al momento de identificar el contenido que debe reconocérsele a la locución «relación de pareja» y, con él, el límite impuesto por la norma. Para lo cual, debe recurrirse a la difícil tarea de interpretar y definir normativamente el sentido de ese giro lingüístico, sin violentar los sub principios de «ley cierta» y «ley estricta» derivados del principio de legalidad (art. 18 de la CN), de modo tal que quede claro cuál es el límite impuesto por la norma, y así dar luz al alcance del tipo agravado en cuestión. En otras palabras, la necesidad de definición de dicho término, que a diferencia de las restantes circunstancias de agravación que contiene ese inc. 1 del art. 80 del CP –ascendiente y descendiente (art. 529 ss. y cc. del CCyCN) o cónyuge (art. 401 ss. y cc. del CCyCN)–, carece de una norma jurídica concreta que pueda servir de referencia para su entendimiento, tiene por fin hacer posible una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, que lo sustraiga de la irracionalidad y la arbitrariedad.

Al respecto, debo decir que comparto con el voto preopinante en que no resulta adecuado equiparar la «relación de pareja» referida en la agravante del art. 80 inc. 1 del CP con las «uniones convivenciales» consagradas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Afirmación que se impone luego de comparar

analíticamente las fórmulas legales correspondientes.

Unión convivencial. Art. 509, 510 inc. e y concordantes del CCyCN

En efecto, en el ámbito del derecho civil el Código Civil y Comercial define a la unión convivencial como aquella «[...] *unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparte un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo*» (art. 509 del CCyC). Entre los requisitos que taxativamente se deben cumplir para que esa unión produzca los efectos jurídicos que se le reconocen, se exige la convivencia de sus integrantes por un tiempo mínimo determinado –dos años– (art. 510, inc. e del mismo cuerpo normativo). De la norma referida surge que la convivencia no sólo está inserta en la denominación del instituto civil, sino que –aún cuando obvio–, es un elemento constitutivo ineludible y excluyente para su existencia jurídica.

No sucede lo mismo con la «relación de pareja» mencionada en la figura penal bajo análisis, donde expresamente se prevé que el mayor disvalor de la conducta delictiva, cuando recae sobre una persona con la que el autor mantiene o ha mantenido una «relación de pareja», no depende de que, entre ellos, medie o haya mediado convivencia. Es decir, esta agravante del homicidio incluye aquellas parejas entre las que no existiese ni hubiese existido (nunca) convivencia.

Esa diferencia sustantiva impide, por sí, la asimilación entre ambos institutos y, por ende, recurrir a categorías propias del derecho civil como auxilio para encontrar en ellas los elementos que configuran jurídico-penalmente una «relación de pareja» en los términos del inc. 1 del art. 80 del CP. Así, para la ley civil la convivencia es un recaudo característico del régimen –y al menos por un lapso de duración de dos años–, que no exige el tipo penal, junto con otros presupuestos: la mayoría de edad de los integrantes –sean del mismo o de diferente sexo o género–, la ausencia de impedimento por razones de parentesco o de ligamen, y con características de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia.

Entiendo, también, que ese aspecto condicionante y diferenciador de ambos institutos –unión convivencial civil y relación de pareja en los términos del art. 80, inc. 1 del CP– explica una diferencia cualitativa entre ellos, a partir de la cual puede afirmarse que la «relación de pareja» en el marco de la agravante penal, es un concepto que comprende tanto a las uniones de hecho o concubinarias, como a los noviazgos vigentes o finalizados, y también, a aquellas relaciones afectivo-sentimentales entre dos personas –sean del mismo o diferente sexo– que, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo –no casual ni ocasional, aunque no fuere continuo– comparten o compartieron espacios de tiempo en común y ámbitos de intimidad (no solamente un intercambio sexual; también de conocimiento de preferencias, de fortalezas y de debilidades individuales).

A ello, cabe agregar que concurra o haya concurrido un proyecto de vida en común, que no debe ser entendido de una manera estrictamente tradicional, ligado a la convivencia y a la formación de familia, sino como relativo a seguir manteniendo el tipo de relación (encuentros, etc.). A diferencia de la estabilidad, que se refiere al tiempo transcurrido, el proyecto de vida en común se refiere a las expectativas de continuar en el futuro con la relación, sea del tipo que sea, y de avanzar –o, cuanto menos, continuar– en la misma.

Quedaría excluida, por ende, las relaciones de simple amistad, en las que el componente afectivo sentimental todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse como en las relaciones de pareja y llegar a condicionar los móviles del agresor. Así, el componente afectivo y sentimental reconocido por los integrantes es configurativo de la «relación de pareja».

Entiendo que la conceptualización que aquí se propone, va en línea con la voluntad del legislador, en el sentido que posibilita abarcar las «relaciones de pareja» que se dan en diversos contextos.

La importancia de los elementos o circunstancias antes referidos se impone, toda vez que se trata de aspectos que, en su conjunto, permitirán comprobar –o descartar, en su caso– cuándo puede afirmarse que existe una **«relación de pareja» en términos de tipificación penal**, porque se comprueba –o se excluye– **una relación interpersonal basada en una especial relación de confianza**, que se proyecta en diversos aspectos de la cotidianeidad de cada uno de los integrantes, como –también– de aquellos compartidos entre sí, y que actúa como fuente de deberes de confianza mutua entre los integrantes de la relación, y de la correspondiente expectativa mutua de cumplimiento. Situación que, evidentemente, deja a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad frente a su agresor.

Precisamente es el quebrantamiento de esa «confianza especial» el aspecto valorativo que conceptualiza esencialmente el elemento normativo del tipo agravado del homicidio y, paralelamente, justifica el mayor contenido disvalioso que justifica la máxima sanción penal. Pues es consustancial a esa especial manera de vinculación de las relaciones humanas el nacimiento de deberes de diversa índole entre las partes, alguno de los cuales son especialmente transgredidos cuando se presenta una conducta delictiva subsumible en la agravante penal, lo que funda la máxima punición penal –abuso de confianza y aprovechamiento de ello por el sujeto activo del delito–.

Ahora bien, en ese entendimiento, deben formularse algunas consideraciones que estimo pertinentes para precisar aún más el concepto de «relación de pareja» y, así, definir el ámbito de protección consagrado en la norma penal bajo análisis.

En primer lugar, decirse que la expresión literal «pareja» utilizada en la fórmula legal del tipo agravado del homicidio, que proviene del latín **«paricūlus»**, **y este diminutivo del latín par, paris que significa «igual»**, **«conjunto de dos personas o cosas»** –según Diccionario de la Real Academia Española–. Ello, impone una limitación cuantitativa sobre los integrantes de esa relación. Así, con apego al lenguaje, sólo es posible utilizar la denominación «pareja» en las relaciones interpersonales para referirnos al conjunto o unión de *dos* personas. Por lo tanto, esta nota no debe ser vinculada con la asociación a un particular modelo de organización familiar, sino que surge de la significación convencional del sentido de los términos empleados en la construcción del tipo agravado.

En segundo lugar, se advierte que para caracterizar típicamente la relación interpersonal entre esas dos personas como una «relación de pareja» en términos penales, resulta irrelevante que la misma sea conocida por personas distintas a sus integrantes. Esto es, que la relación sea reconocida socialmente. Ello por cuanto, la publicidad de la relación depende pura y exclusivamente de la voluntad de ellos quienes, por tanto, pueden decidir libremente no dar a conocer, ocultar o disimular esa relación, o, por el contrario, ponerla en conocimiento de terceras personas y, en su caso, elegir a quién o quiénes, en qué contexto, qué aspectos de la relación, entre otras cuestiones.

En tercer lugar, no puede soslayarse que los modos en que las personas pueden relacionarse van cambiando permanentemente. Y que ese cambio responde a la configuración del contexto social, cultural y tecnológico que se trate. Pensemos en este aspecto que sería absurdo considerar y evaluar la existencia o no de una «relación de pareja» sobre la base de los parámetros que la definían en tiempo donde no existían los medios tecnológicos de interacción y comunicación virtual que son propios de los tiempos presentes.

Es evidente que la tecnología forma parte de nuestro día a día, y que influye en todos los aspectos de nuestra vida, incluyendo las relaciones interpersonales y sentimentales. El modo en que nos relacionamos unos con otros en esta sociedad actual ha cambiado notablemente por internet y las nuevas tecnologías. Nuestra forma de percibir la vida es totalmente diferente a antaño y el auge de la comunicación es la característica principal que representa a esta nueva era. El desarrollo y evolución de las nuevas tecnologías han traído consigo la «revolución de las comunicaciones», particularmente a través de los distintos dispositivos electrónicos que han sido creados para ello.

El uso de esos dispositivos electrónicos en la comunicación –computadoras portátiles, tabletas, teléfonos móviles, relojes inteligentes, entre otros– no sólo permite entre sus usuarios una interacción libre, múltiple, dinámica y en tiempo real, en la que no es necesaria la identificación personal y auténtica de los partícipes. Los usuarios pueden comunicarse virtualmente en el absoluto anonimato –como sucede, por ejemplo, cuando se utilizan *nicknames* o diversos perfiles en redes sociales–. Además, debe señalarse que, como parte de esa interacción digital, una gran cantidad de datos personales que se generan en línea o fuera de línea –como puede ser el idioma, la ubicación, composición familiar, situación sentimental y patrimonial, lugares de trabajo, relaciones sociales y demás datos de interés–, quedan almacenados en la red. Ello, puede estar precedido por la voluntad de la persona involucrada, como cuando construye su perfil social, y completa los datos de identificación que los distintos sitios requieren; o no, como cuando esa información se genera a partir del uso de motores de búsqueda.

El acceso a nuevas amistades y potenciales parejas, estables u ocasionales, se ha incrementado con las redes sociales. Hoy en día, muchas personas se conocen a través de diversas redes sociales o aplicaciones destinadas, o no, para ello. También existe la posibilidad de buscar y explorar el perfil público de una persona que se conoció de manera casual, contactarse con personas a partir de la atracción que genera la foto del perfil, o buscar a un amigo o conocido del pasado para intentar reiniciar una relación, entre muchas otras posibilidades. Ello, amplía el abanico de posibilidades de comenzar y mantener una relación sentimental, en el marco de una especial relación de confianza –ahora– rediseñada en términos de contenido, intensidad y modalidad.

El impacto que tiene ello en la temática que estamos tratando es evidente. Esa redefinición del modo de vinculación interpersonal incide en la conceptualización misma de la noción de «relación de pareja».

Las tecnologías comunicativas, particularmente los usos de redes sociales y de aplicaciones de comunicación instantánea, inciden en las actuales relaciones de pareja y todos sus correlatos, esto es, desde la elección de la pareja, pasando por la comunicación íntima, los acercamientos casuales, la comunicación afectiva y la búsqueda de reconocimiento público, hasta la transformación y ampliación de interacción entre los integrantes de una pareja con otras. Las aplicaciones virtuales, a la vez que facilitan la comunicación interpersonal tanto con personas cercanas afectivamente y con grupos de pertenencia, como con desconocidos, o conocidos de nuestros conocidos, también permiten monitorear las actividades de otros: buscar el historial de fotos, comentarios, los amigos que tiene agregados, identificar si un mensaje fue visto y a qué hora o si alguien estuvo conectado y hace cuánto tiempo, entre otras posibilidades.

Es por ello que pueden asociarse dos grandes consecuencias a los usos de las aplicaciones de tipo relacionales –para distinguirlas de otras que permiten el intercambio de información cultural, científica, jurídica, entre otras–. Una que tiende a posibilitar la búsqueda de la pareja, ampliando el espectro de

parejas potenciales, diversificando y facilitando los encuentros y el emparejamiento. Otra, que tiende a la restricción y el control, bajo el incremento de sospechas, supervisión y vigilancia romántica o sexual, entre muchas otras cosas. Así, la confianza en la pareja no solamente se encuentra presente en la vida que podemos denominar *off line*, sino que se ha trasladado también a la vida *online*.

Con todo ello, sin pretensiones de agotar el análisis de las cuestiones involucradas en este aspecto, lo que quiere significarse con las consideraciones efectuadas en el presente voto ampliatorio, es que el examen y la conceptualización que se haga al momento de definir lo que es hoy una «relación de pareja» en el marco de un proceso penal donde se investiga la posible comisión del homicidio agravado previsto en el inc. 1 del art. 80 del CP, exige que las circunstancias de estabilidad y permanencia en el tiempo de la pareja, así como también, la vinculación afectivo sentimental entre cada uno de sus integrantes, y los tiempos y espacios comunes compartidos por ellos en ámbitos de intimidad, deban valorarse con una visión actualizada y contextualizada.

En este orden, comparto aquella posición jurisprudencial según la cual no cualquier relación quedará abarcada por la figura agravada, sino que *«la protección del vínculo afectivo-sentimental, aún en las configuraciones menos formales que el matrimonio y las uniones convivenciales, no responde solo a los deberes de respeto recíproco y no agresión que pueden emerger de estas relaciones sino también a que el delito se produce a partir de un abuso de confianza. Confianza que no está basada en cualquier tipo de vínculo sino, justamente, en el derivado de la relación de pareja»*, por lo cual *«no cualquier relación quedará abarcada por la figura agravada: en atención a los parámetros delineados, corresponderá indagar sobre la existencia de un **vínculo afectivo o sentimental, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo -no casual ni ocasional-, aunque no fuere continuo, en el que sus integrantes compartan o hayan compartido cierto ámbito de intimidad y confianza que, precisamente, haya dejado a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad»** (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, del voto del Dr. Torres en la causa n° P-135.792, «Dure», del 31/03/23).*

Análisis que, agrego, no puede prescindir de incorporar los parámetros y criterios que definen y redefinen en constante evolución, las heterogéneas formas y vivencias en que se relacionan las personas en general, y las parejas en particular.

En ese entendimiento, es posible determinar para la configuración típica de la figura agravada del homicidio por mediar o haber mediado una «relación de pareja», si entre víctima y el victimario se comprueba –o no– un vínculo afectivo-sentimental que los ligue como pareja en términos jurídico-penales, que crea expectativas recíprocas y de confianza entre quienes mantienen o han mantenido una relación de esas características. Expectativas y confianza que autoriza o autorizó a sus integrantes esperar racionalmente ciertas conductas de su pareja –o ex pareja– que, en su caso, no esperaría de otros, que hacen que las prevenciones que se tomarían con una persona desconocida desaparezcan **(Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, del voto de la doctora Tarditti en la causa «S., M. A.», del 10/09/2019).**

Tales conclusiones y consideraciones, como lo adelantara, me llevan a compartir la solución a la que se llega en el voto preopinante sobre este tópico. La prueba examinada y valorada acredita que la existencia de una «relación de pareja» entre el acusado y N.V., lo que convalida la calificación legal en la que encuadró los hechos juzgados el tribunal de la instancia previa, quien adecuadamente justificó la subsunción de ellos en el inc. 1 del art. 80 del CP.

De tal manera, y como lo adelantara al comienzo, el agravio de la defensa propuesto en este sentido no

puede prosperar.

b.2.- Acerca de la agravante del homicidio por mediar **«violencia de género»** prevista por el inc. 11 del art. 80 del Código Penal

En lo que tiene que ver con el alcance y la interpretación del tipo agravado mediante el cual se sanciona el homicidio de una mujer perpetrado por un hombre mediando violencia de género –art. 80 inc. 11 del CP–, que doctrinariamente es denominado como «femicidio», considero oportuno mencionar que el temperamento que aquí propongo para considerar que el tribunal de la instancia previa acierta cuando, en el presente caso, considera que se encuentran reunidos y acreditados los extremos fácticos que demuestran que la **muerte violenta** de N.V. realizada por el acusado se produjo en un contexto de violencia de género, se encuentra ampliamente desarrollado en la interpretación que efectué sobre esa agravante en la causa *«Di Césare Meli s/ casación horizontal»* (CUIJ N° 13-05722642-5/1).

En particular, y por resultar pertinente para la solución del presente caso, me interesa destacar dos consideraciones realizadas en aquel precedente, que creo apropiadas reproducir aquí.

En primer lugar, que **no toda muerte de una mujer por un hombre es femicidio**, sino que, lo esencial, es que **medie violencia de género**, la que se explicita en la existencia de un profundo desprecio por la condición humana de la mujer de parte del agresor varón, que se deriva de la falta de sometimiento de aquella a las decisiones de éste. Situación que lo determina a obrar a partir de ese desprecio, al sentirse «dueño» de la mujer o, dicho de otro modo, bajo la creencia de una superioridad de lo masculino sobre lo femenino –y su consecuente autoridad sobre la mujer–.

En segundo lugar, que el alcance del tipo penal agravado de homicidio en tratamiento no se circunscribe solamente en actos de violencia repetidos, progresivos, que culminan en la muerte de una mujer por ser mujer, sino en todas las muertes de mujeres sobre las que se ejerza violencia de género, entendida de acuerdo al alcance del art. 4 de la ley 26.485; lo que puede ocurrir en el mismo acto de la muerte y de manera, incluso, muy sutiles.

En virtud de lo expuesto, no advierto que sea errónea la interpretación de la figura de femicidio que efectuara el tribunal de la instancia previa en la sentencia cuestionada, por lo que, en función de ello, comparto con el voto preopinante que el agravio formulado sobre este punto también debe ser rechazado.

c.- Conclusión

En razón de los argumentos expuestos, entiendo que la primera cuestión planteada al acuerdo debe responderse de manera negativa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ DIJO:

Puesto a resolver los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos, adhiero a las consideraciones vertidas en los votos emitidos por los distinguidos colegas que preceden en la votación. Ello, por cuanto entiendo que ambos votos, en lo esencial, coinciden en sus argumentos vinculados al rechazo de los recursos formulados por no verificarse los vicios procedimentales y sustanciales referidos por la defensa del acusado Vázquez Correa.

De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada al

acuerdo.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARÍA TERESA DAY Y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARÍA TERESA DAY Y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Abel Arnaldo Vázquez Correa.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese.

8- PAULOS. 02-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcPSJ.pdf

Lex: Art. 79, 89, 54 del CP. Art. 84 bis, 2° párrafo, 1° parte, 94, 1° párrafo del CP. Arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP. Art. 38 inc. b de la ley 9.106

Vox: Homicidio simple. **Dolo eventual.** Lesiones leves. Concurso ideal. Homicidio **culposo.** Lesiones leves culposas. Concepción objetivista del dolo. Componente intelectual. Componente volitivo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años**, como autor del delito homicidio simple con dolo eventual y lesiones leves con dolo eventual (dos hechos), todo en concurso ideal (arts. 79, 89, 54, todos del CP).

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación deducido, casar el resolutive I, de la sentencia 2053, originaria del TPC N° 2-1° CJ, el que quedará redactado de la siguiente forma: «*Condenar a José Alberto Paulos Salomón, ya filiado en autos N° T-4217/19, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por conducir con un nivel de alcoholemia superior a un gramo por litro de sangre y lesiones leves culposas –dos hechos– (arts. 84 bis, 2° párrafo, 1° parte, 94, 1° párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)*», remitiendo las actuaciones a fin realizar determinación de la pena. (Art. art. 38 inc. b de la ley 9.106)

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2053, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dolo. Culpa.

- Sanhueza.09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Colaiacovo. 19-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210419_FcColaiacovo.pdf
- Barrionuevo Tarragona. 3-5-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Caccia. 26-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221226_FcCBJ.pdf
- Caccia. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMG.pdf

Determinación de la pena

- Chacón Arroyo.
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Gutiérrez F. 24-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf
- Medina-06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Arzuza. 20-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=38>

- Arzuza. 16-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf
- Arzuza. 14-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201014_FcAVC.pdf
- Arzuza. 24-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210624_FcArzuza.pdf

Doctrina citada.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p.

48

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

Fallo:

CUIJ: 13-06865199-3/1((018602-4217)). F C/ PAULOS SALOMON JOSE ALBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL Y LESIONES LEVES CON DOLO (4217) (4217/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106114625*

En Mendoza, a los dos días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06865199-3/1, caratulada "F. c/ PAULOS SALOMÓN S/ CASACIÓN".

La defensa de José Alberto Paulos Salomón interpone recurso de casación (véase expediente digital n° T-4217/19) contra la Sentencia N° 2.053 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de ocho años de prisión con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años. Ello, por encontrarlo autor culpable y responsable del delito homicidio simple con dolo eventual y lesiones leves con dolo eventual (dos hechos), todo en concurso ideal (arts. 79, 89, 54, todos del CP).

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

En función del recurso interpuesto y, de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] *el día sábado 18 de mayo de 2019 siendo las 06.00 horas, el ahora encartado José Alberto Paulos Salomón conducía su vehículo marca Volkswagen modelo Gol Trend dominio KYY-436 por la banda de circulación este del acceso sur, en sentido norte por el carril central de la mencionada banda de circulación*».

«*El ahora encartado conducía su rodado a una velocidad no precautoria en exceso, considerando que estaba llovisnando que la calzada se encontraba mojada y que conducía con una graduación de alcohol en sangre estimada en 2,79 gramos por litros, mientras circulaban también otros vehículos por la misma vía y sentido de marcha*».

«*En tales circunstancias, el ahora encartado giró intempestivamente hacia la derecha, con la intención de tomar la salida lateral este del Acceso Sur, a la altura de calle Alsina, hacia el carril Rodríguez Peña, de Godoy Cruz, Mendoza, la que se encontraba clausurada por reparaciones y señalizada con sendos tambores de color naranja, de un metro de altura cada uno*».

«*Por tal razón, al advertir que esa salida se encontraba clausurada, el encartado súbitamente, retomó su marcha hacia el carril derecho, de la banda de circulación este, en sentido norte, del Acceso Sur, colisionando en ese instante el sector frontal derecho de su automóvil, con el sector posterior izquierdo de un automóvil, tipo taxi, marca Chevrolet, modelo Corsa, dominio LKG-959, aditamento 390, conducido por*

Ricardo Gabriel Ruiz, quien circulaba en su mismo sentido de marcha, por la banda de circulación este, sobre el carril derecho, del Acceso Sur, llevando como pasajeras a Luciana María Montaruli y a María Fernanda Egaña Fenoy».

«Tal maniobra del encartado, desestabilizó la marcha del taxi y provocó su vuelco, produciéndose la muerte en el acto de Luciana María Montaruli; lesiones de María Fernanda Egaña Fenoy, quien padeció hematoma en cara lateral externa de muslo derecho sobre la que asientan 12 heridas cortantes suturadas, equimosis violácea en cara anterior e interna de rodilla derecha y en cara anterior e interna de rodilla izquierda, lo que le causó una inutilidad laboral menor a un mes; y lesiones de Ricardo Gabriel Ruiz quien padeció escoriación con costra hemática de 2 x 0,5 cm en región frontal derecho, herida suturada de 4 cm de longitud aproximadamente en región izquierda, arco superciliar, equimosis rojiza en párpado superior izquierdo, ángulo interno y excoriación con costra hemática de 1 cm de diámetro aproximadamente en región posterior de codo izquierdo, ocasionándole una inutilidad laboral menor a un mes» (véase expte. digital).

El tribunal de la instancia anterior coincidió en que esta plataforma fáctica se encontraba acreditada conforme el grado de convicción exigido para dictar una sentencia condenatoria. Sin embargo, los doctores Miguel y Juan se distanciaron del doctor Salinas respecto a la extensión del cierre o clausura de la salida del Acceso Sur, así como el carácter refractario de la pintura utilizada para señalar los tachos. Mientras que para aquellos no se trató de una cuestión controvertida entre la partes, para el magistrado preopinante si lo fue. No obstante ello, consideró que la prueba era insuficiente para confirmar la corrección de la señalización de la obra, permaneciendo este extremo del hecho abierto.

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento; la inspección ocular; el croquis ilustrativo; el informe de Policía Científica y las diversas declaraciones testimoniales producidas, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de Paulos Salomón interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento.

a.- En relación con la valoración de la prueba por parte del tribunal de la instancia previa, hace suyas las consideraciones del voto preopinante (voto del doctor Salinas). Por el contrario, en cuanto a los votos de los demás miembros del tribunal, plantea los siguientes cuestionamientos.

a.1.- Respecto del voto del doctor Miguel –al que adhirió el doctor Juan–, critica la valoración de las declaraciones de Alejandro Cano y de Valeria Rodríguez, todo lo cual habría conducido al juez a alcanzar conclusiones erradas respecto de la señalización existente en el lugar del siniestro.

a.2.- Sobre la cuestión vinculada con la prueba del comportamiento doloso del acusado, sostiene que las conclusiones del voto mayoritario se encuentran carentes de todo sustento. En particular, explica que no se ha acreditado el alto grado de probabilidad de la producción del resultado muerte para terceros que es exigido por el tipo objetivo de la figura del homicidio.

b.- Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que las siguientes consideraciones.

b.1.- La conducta de su defendido ha sido incorrectamente considerada dolosa.

Lo adecuado, según el recurrente, sería calificar el aspecto subjetivo del hecho con base en las figuras

culposas contenidas en los arts. 84 bis y 94 bis CP. Para sostener esta idea, cuestiona la interpretación de la ley 27.347 efectuada por los jueces sentenciantes. En este sentido, después de proponer una «interpretación auténtica» con base en sus fundamentos legislativos, considera que las modificaciones de los tipos penales contemplada por esta ley –aumentos de las escalas penales en los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando hubiesen sido causados por el conductor de un vehículo en particulares circunstancias– deberían ser aplicados al caso.

b.2.- Por su parte, refiere que un marco teórico que construye el dolo con base en el elemento cognitivo y deja de lado el elemento volitivo es insuficiente.

Por lo expuesto, solicita que se anule la sentencia y se ordene el pertinente reenvío al tribunal competente para la realización de un nuevo juicio.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Argumenta que la defensa discrepa con las conclusiones del voto mayoritario del tribunal de la instancia previa, sin fundamentar su tesis en la prueba existente en autos. A la inversa, valida el razonamiento del tribunal de juicio, en tanto explicó y acreditó los factores de riesgo –consumo de alcohol, exceso de velocidad y desconocimiento irracional del cerramiento del carril Rodríguez Peña– que se concretaron en la muerte y lesiones imputadas al acusado.

Por último, en relación con la calificación legal, explica que ella se encuentra debida y extensamente fundada, apoyada por cita de doctrina y jurisprudencia. En especial, puntualiza que el desenlace fatal y lesivo era perfectamente evitable, pues Paulos Salomón conocía que no debía beber alcohol si iba a conducir y, menos aún, hacerlo a exceso de velocidad una noche de lluvia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Caccia considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar a la impugnación. Paso a explicarlo.

a.- Consideraciones acerca de la acreditación del hecho

a.1.- Cuestiones controvertidas

Para el tribunal de juicio quedó acreditado que el día y hora señalados en la acusación, Paulos Salomón conducía el vehículo Volkswagen Gol de norte a sur, por el Acceso Sur de esta Provincia; que era de noche; que lloviznaba y, por ello, la calzada estaba mojada; que se encontraba con un grado de alcoholización de aproximadamente 2,30 gramos por litro de sangre; que conducía a una velocidad que, por las circunstancias particulares señaladas, era superior a la necesaria para un adecuado control del vehículo; que la calle de salida desde el Acceso Sur al carril Rodríguez Peña –hacia el este– se encontraba cerrada por reparaciones; que, por ese motivo, existían por lo menos nueve tachos colocados en la zona de ingreso a la calle de salida pintados de naranja y blanco cubiertos por una malla de color naranja, que señalizaban la imposibilidad de tránsito; que previo a la colisión Paulos transitaba por el carril central del acceso; que desde ese carril central aquél cruzó hacia la derecha (este), de manera intempestiva, pretendiendo utilizar la salida hacia el carril Rodríguez Peña; que cuando se encontraba próximo a esa salida, efectuó una

maniobra –un «volantazo»– debido a que esa calle se encontraba cerrada por reparaciones; que por acción de esa maniobra ingresó nuevamente al carril derecho del acceso sur, de manera oblicua; que al ingresar de nuevo al acceso sur, chocó con su parte delantera derecha, la parte trasera izquierda del taxi que transitaba delante suyo; que como resultado de la colisión, el taxi volcó provocándose la muerte de Luciana Mortarulli y las lesiones leves de María Fernanda Egaña y de Ricardo Gabriel Ruiz (Fundamentos p. 4 y ss.).

Debe destacarse que en el tribunal de la instancia previa, los doctores Miguel y Juan adhirieron a las consideraciones del voto preopinante del doctor Salinas en relación con esta arquitectura del hecho, salvo respecto de la existencia de una debida señalización de las obras. Para aquellos jueces esta cuestión era crucial, pues repercutía en la calificación jurídica del hecho en relación con el tipo subjetivo: si la señalización no cumplía con los estándares establecidos por la ley de tránsito (se encontraba sin iluminación y sin la debida anticipación de esas señales), entonces era lógico pensar que el acusado imaginase que la salida a Rodríguez Peña estaba habilitada. Dicho en otras palabras, si esto aquello era así, entonces en el plano del tipo subjetivo el desconocimiento de esta circunstancia difícilmente podría considerarse irracional.

Es por ello que para la defensa resultó central el valor de las declaraciones testimoniales de Alejandro Cano y Valeria Rodríguez, las cuales se refieren la controversia relativa a la señalización existente en el lugar del siniestro.

La declaración de Valeria Rodríguez fue incorporada por lectura con acuerdo de partes. En sede de instrucción indicó que circulaba junto con unos amigos por el Acceso Sur detrás de un vehículo y que cuando pasaron por el lugar ya se había producido el siniestro. Esta testigo fue contundente al especificar que la bajada estaba cerrada con unos tachos que no se veían y que –en su opinión– las obras estaban mal señalizadas (fs. 252/253).

Este testimonio fue descartado como una contribución de peso a la deficiente señalización de las obras. Ello, en tanto el doctor Miguel argumentó –en línea con la Fiscalía– que la testigo no estaba atenta al curso del camino, en tanto y en cuanto viajaba en el asiento trasero del automóvil *«y esto es relevante, toda vez que el conductor en horario nocturno presenta las mejores condiciones para percibir el trayecto que tiene por delante guiado por las luces bajas o altas»* (fundamentos, p. 9). Coincidió con este análisis.

Por su parte, Alejandro Cano –conductor que circulaba casi al mismo tiempo que el acusado por el Acceso Sur– al ser preguntado en sede de debate sobre la existencia de los tachos, su colocación y visibilidad expresó que los tachos se veían y eran *«un montón»*, ubicados desde calle Sarmiento.

Explicó el doctor Miguel –voto al que adhirió el doctor Juan– que *«esta opinión subjetiva se ve reforzada por la respuesta que brinda el perito oficial Castillo a una pregunta realizada por la Fiscalía sobre el grado de visibilidad que podrían tener esos tachos para un conductor que circulara por la zona, en tanto respondió que deberían ser visualizados con iluminación artificial a unos cincuenta o sesenta metros de distancia. Las fotografías tomadas por Policía Científica que fueron expuestas a las partes y al Tribunal durante el debate grafican a simple vista la corrección de su aseveración y en el juicio varios testigos reconocieron que existía buena iluminación artificial de alumbrado público en el sector donde se produjo el siniestro»* (Fundamentos p. 9). Por su parte, la declaración del perito de parte Roitman, fue considerada irrelevante en relación con este contrapunto.

No obstante lo anterior, después de la compulsión de las presentes actuaciones y el relevamiento de los

registros audiovisuales, considero que le asiste razón al magistrado preopinante cuando sostiene que «*no existen elementos que permitan confirmar el carácter reflectivo de la pintura utilizada en los tachos y en el cartel indicador de clausura de la calle y que, por lo tanto, no puede tenerse como un hecho acreditado*» (Fundamentos p. 8).

El doctor Salinas puntualizó, con base en la prueba obrante en la causa, que la clausura de la salida hacia el carril Rodríguez Peña no cumplía con las normas de la ley 9.024 que regulan la correcta señalización de este tipo de obras. Es decir, para el juez «*el cierre no preveía un paso supletorio que garantice el tránsito y que debido a que al momento del choque no había luz natural, ese corte no estaba señalado con balizas de luz propia con el color exigido*» (fundamentos, p. 7).

Para alcanzar esta conclusión se basó en el informe pericial realizado por el personal de Policía Científica (punto 19, fs. 497) y en la declaración del perito oficial Alberto Castillo que expresó que el cierre no tenía luz propia ni balizas. En el mismo sentido, se pronunció el perito de control de la defensa Héctor Roitman.

Sobre la extensión de la clausura de la calle de salida, el juez explicó que el Ministerio Público Fiscal se esforzó en demostrar que aquella era lo suficientemente larga como para poder ser advertida; que los tachos eran trece y no nueve como estaba graficado en el croquis de Policía Científica; que tenían pintura refractaria y que el cartel no estaba sobre la banquina o a seis metros del carril este del acceso sur como afirmó el perito de control Roitman.

Sin embargo, el juez preopinante no coincidió con las afirmaciones del Ministerio Público Fiscal, que proyectó las fotos que acompañan al informe de Policía Científica al efecto de acreditar sus afirmaciones. Ello en tanto, consideró que, del análisis de las fotografías proyectadas, no se podían descartar las conclusiones del informe de Policía Científica respecto de la existencia y ubicación de los tachos; a saber, nueve tachos ubicados inmediatamente antes de la salida y no en el carril de desaceleración.

El juez referido hizo referencia, a su vez, al croquis ilustrativo de fs. 244 que ubicaba dos tachos fuera de su presumible posición original debido al impacto recibido. Allí se identificó el primer indicio del choque en el carril de salida y el primer tacho aparece poco espacio después. El doctor Salinas también ponderó en orden a descartar la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal lo declarado por Alberto Castillo –quien puntualizó que el primer tambor estaba a unos tres o cuatro metros antes del accidente– y el perito de control Roitman –quien dijo que los barriles estaban casi en la propia salida y que el carril de desaceleración empezaba doscientos cuarenta metros antes–.

Con base en estos elementos el juez concluyó –en línea con lo informado por Policía Científica– que el cierre estaba ubicado prácticamente al comienzo del comienzo de la calle de salida hacia el carril Rodríguez Peña, y que desde ese punto al comienzo del carril de desaceleración existían aproximadamente doscientos cuarenta metros. En relación con la ubicación del cartel que indicaba la clausura de la calle, las fotografías lo ubicaron sobre el carril de desaceleración e inmediatamente antes del primer tacho.

Respecto de estas cuestiones coincido con el temperamento del juez preopinante cuando concluye que no se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la señalización haya sido correcta. A la inversa, entiendo que la toma de postura de los doctores Miguel y Juan no se encuentra lo suficientemente fundada. Dicho de otro modo, le asiste razón a la defensa en su crítica defensiva vinculada con la deficiente señalización de las obras.

Es que en este aspecto el voto mayoritario del tribunal de la instancia anterior no ha conseguido refutar

los argumentos que ponen en duda la correcta señalización de la obra; único punto del que se apartaron los jueces referidos al momento de pronunciarse sobre la primera cuestión.

Para ello, le restaron interés a la cuestión y consideraron de poca relevancia el testimonio del perito de control Roitman. En este sentido, los magistrados sostuvieron que: «[...] *como puede verse, la defensa no discutió puntualmente la extensión del cierre o clausura de salida del Acceso Sur, la ubicación de los tachos o tambores de señalización y del cartel indicador, así como el carácter refractario de la pintura utilizada para esos objetos. A su vez, si bien nada impide legalmente ponderar la declaración del perito de parte Roitman, tengo mis reparos siguiendo las reglas del sistema adversarial, pues fue objeto de un vehemente y extenso cuestionamiento por el Ministerio Público Fiscal, lo cual condujo a la defensa a prescindir de incorporar sus manifestaciones para justificar su posición -no voy a tomar nada de lo que dijo Roitman, fueron más o menos las palabras del letrado-, motivo por el cual no considero válido su aporte*» (fundamentos, p. 8). Este razonamiento no consigue lo que se propone, pues, como referí, el voto preopinante le quita toda relevancia a la declaración del perito del control Roitman a los efectos de acreditar este extremo del hecho.

El tercer argumento del voto mayoritario con el cual pretende apartarse del voto preopinante en el tema de la señalización es que se le habría otorgado un valor desmesurado a la declaración prestada en sede de instrucción por Valeria Rodríguez; una declaración que habría permanecido al margen de la inmediación propia del debate. Sin embargo, de la lectura del voto preopinante surge que esto, en verdad, no fue así, pues, al momento de fundamentar su postura respecto del único tema controvertido respecto de la dinámica del accidente no hizo referencia a esta prueba.

En suma, entiendo que la correcta señalización de la obra ha sido una cuestión controvertida durante el debate, a tal punto que la defensa lo reitera en su escrito de casación. Coincido en este punto con las razones brindadas por el juez preopinante en relación con que «*que el cierre no preveía un paso supletorio que garantice el tránsito y que debido a que al momento del choque no había luz natural, ese corte no estaba señalado con balizas de luz propia con el color exigido*» (fundamentos, p. 7).

Por su parte, respecto del carácter reflectivo de la pintura utilizada en los tachos y en el cartel indicador de clausura de la calle, coincido con el temperamento del magistrado preopinante en orden a que no existen elementos de prueba que permitan tener estos extremos del hecho como acreditados.

Ahora bien, todavía resta analizar el resto de los factores que explican el siniestro de la madrugada del día sábado 18 de mayo de 2019, a saber, la mecánica del accidente, la nocturnidad, la lluvia y el exceso de velocidad.

A diferencia de la controversia que giró alrededor de la correcta señalización de la obra para los conductores que transitaban por Acceso Sur, no se discutieron las condiciones de la conducción en relación con la visibilidad y el clima: el día de los hechos Paulos Salomón transitaba de noche y con lluvia.

Por su parte, respecto de la mecánica del accidente, se acreditó que Paulos Salomón se dirigía de sur a norte por el acceso sur; que circulaba por el carril del medio (de tres) que en esa zona componen el acceso; que llegando a la salida lateral este hacia carril Rodríguez Peña de Godoy Cruz, giró de manera intempestiva hacia la derecha con la intención de tomar esa vía de salida y que esa vía se encontraba clausurada mediante la colocación de tachos de un metro de altura aproximadamente, pintados de color naranja y blanco y abrazados con una malla que impedían el paso. Al toparse con el cierre, el acusado efectuó un «volantazo» de manera súbita, retornando su marcha hacia el carril derecho de la banda de

circulación este, en sentido norte del acceso sur, colisionando inmediatamente después con el sector frontal derecho de su automotor, con el sector posterior izquierdo del taxi que circulaba –adelante– en su mismo sentido de marcha y carril. Este automóvil era conducido por Ricardo Ruiz y llevaba como pasajeras a Luciana Montaruli y a María Fernanda Egaña. El impacto desestabilizó la marcha del taxi y provocó su vuelco con los resultados fatales y lesivos ya conocidos.

Respecto al estado de alcoholización, en la sentencia se refiere que Paulos Salomón reconoció que había tomado bebidas alcohólicas previo a la conducción y que no cuestionó el examen toxicológico efectuado por el Cuerpo Médico Forense y con la participación de peritos de parte; tampoco su cálculo retrospectivo a la hora del accidente, que arrojó un resultado aproximado final de 2.30 g/l de alcohol en sangre (Fundamentos, p. 5).

En relación a la velocidad en que circulaba Paulos Salomón al momento de colisionar al taxi, no se pudo determinar de manera precisa; sin embargo, el propio acusado reconoció que no era la adecuada para un correcto control del vehículo. De igual modo, los jueces sentenciantes entendieron que esa velocidad no era la precautoria, en razón de las condiciones de nocturnidad, llovizna y consumo de alcohol.

A pesar de lo anterior, existen dos puntos de referencia para estimar la velocidad a la que se desplazaba Paulos Salomón. Por un lado, el informe del servicio de monitoreo *Satelitax* indicó que el taxi venía a una velocidad de entre 88 y 98 km/hora, en los últimos casi tres minutos previos al impacto (fs. 542/549). Por otro lado, Ricardo Ruiz, chofer del taxi siniestrado, expresó en el debate que antes del impacto iba aproximadamente entre 69, 70 u 80 km por hora; y Alejandro Cano, que conducía un vehículo que fue pasado previamente por Paulos Salomón, refirió que él circulaba a una velocidad aproximada de entre 80 y 90 km/hora.

Con base en los dos indicios anteriores, sumados a la declaración del acusado y el hecho de que el impacto se produjera por alcance (circunstancia que implica que el auto de atrás iba a mayor velocidad que el que lo alcanza) el tribunal de juicio concluyó que Paulos Salomón conducía –al menos– por encima de esas velocidades (60/70/80 o 90 km/hora).

Se destaca, por último, que previo al ingreso de la calle de salida hacia el carril Rodríguez Peña, en el Acceso Sur se limita la velocidad a 80 k/hora.

Respecto de este extremo del hecho coincidieron los tres jueces y afirmaron que existían buenas razones para aseverar que, previo al impacto, Paulos Salomón circulaba a una velocidad que excedía la necesaria para tener siempre el total dominio del vehículo.

a.2.- La prueba del comportamiento doloso

La defensa también entiende que no se ha probado, con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria, que el comportamiento del acusado fuera doloso. Para ganar en claridad expositiva trataré este agravio en el acápite siguiente, después de analizar el marco teórico que precede a la prueba del aspecto subjetivo del hecho.

b.- La interpretación jurídica de los hechos probados

b.1.- Sobre el alcance de la reforma introducida por la ley 27.347

Antes de entrar en los problemas que plantea este caso en el nivel del tipo subjetivo y evaluar las pretensiones del recurrente respecto de la calificación jurídica del hecho atribuido al acusado, me interesa despejar la crítica defensiva a la interpretación de la ley 27.347 realizada por el tribunal de juicio, la cual

sintetiza el temperamento de esta Sala (ver, en lo pertinente, «Sanhueza»).

La defensa postula que la ley mencionada –que aumentó las escalas penales en los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando hubiesen sido causadas por el conductor de un vehículo en determinadas circunstancias– contempla a partir de su reciente modificación casos como el presente. Sin embargo, esta toma de postura no ha sido suficientemente argumentada, pues *«no basta con postular que una interpretación auténtica de la norma implicaría que las figuras penales del homicidio y las lesiones culposas mediando la conducción de un automotor abarcaría casos de ejecución con dolo eventual, por el hecho de que se ha elevado la escala penal»* («Sanhueza»).

Ello, en tanto la defensa se limita a transcribir *in extenso* la exposición de motivos que precede a la sanción de la norma en el discurso de los entonces senadores Guastavino y Urtubey, la senadora Michetti y la diputada Bullrich, los cuales se insertan en una compleja discusión parlamentaria que, en el marco de numerosas iniciativas legislativas, precedió a la forma final de la ley 27.347.

Ya en una primera lectura de los fundamentos legislativos de la ley 27.347 se advierte que el legislador no tuvo la intención de sustraer de la figura dolosa supuestos como el presente. En efecto, en ningún lugar de la letra de la ley –pero tampoco en los discursos de diputados y senadores– se determina que estas normas absorban todas las conductas ejecutadas con dolo eventual con ocasión del tráfico vial.

Por ello, con el mismo temperamento con el que se refutó la propuesta hermenéutica del entonces recurrente en el marco del precedente citado en los párrafos anteriores, considero que una interpretación auténtica de la ley no conduce necesariamente a ensanchar el ámbito de la imputación culposa a supuestos que serían de dolo eventual, *«pues lo que se propone el legislador con la reforma del año 2017 es reprochar con mayor intensidad conductas que entiende especialmente grave para la vida y la integridad física de los ciudadanos en el ámbito de la culpa»* («Sanhueza»).

A su vez, *«en el nivel de la interpretación sistemática, no debe aislarse el sentido de la norma, sino que vinculársela con los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad, así como los lineamientos básicos de la teoría del delito [...] Un actuar doloso requiere una respuesta estatal más drástica que un actuar culposo, pues este último implica una menor afrenta al derecho como orden regulador de conductas»*.

En suma, coincido con el tratamiento de esta cuestión realizado por el tribunal de la instancia previa en la sentencia, la cual sigue la posición de esta Sala en «Sanhueza» y, en consecuencia, el agravio del recurrente respecto de esta cuestión debe ser desestimado.

b.2.- La calificación jurídica de los hechos probados

Corresponde ahora tratar el aspecto subjetivo del hecho atribuido al acusado. En primer término, en lo que respecta a la determinación de los criterios teóricos adoptados para resolver el título de la imputación en el plano subjetivo. Una cuestión analíticamente previa al tratamiento de su prueba en el caso concreto.

Ya dije que el primer argumento brindado por el recurrente, una reiteración de su toma de postura al momento de alegar, no alcanza para fundamentar la imputación a título de imprudencia. Debe descartarse que una aplicación automática de las modificaciones introducidas por ley 27.347 conduzca a suprimir la categoría del dolo eventual en casos de siniestros viales.

La cuestión radica entonces en determinar, a la luz de un marco teórico preciso, si la muerte y las lesiones causadas por Paulos Salomón lo fueron a título de dolo o a título de imprudencia.

El voto minoritario de la instancia anterior calificó los hechos que se consideraron probados como imprudentes y para ello se basó en mi voto en el precedente **«Quiroga Morales»** donde desarrollé una teoría del tipo subjetivo en el que el dolo se construye en función de **lo que conoce el agente al momento de actuar**. Dicho de otro modo, la voluntad de realización del tipo no encuentra aquí –en la determinación del tipo subjetivo– lugar alguno. Estas consideraciones fueron ampliadas en **«Barrionuevo Tarragona»** **«Colaiacono»** y, más recientemente en **«Caccia»**, donde sostuve una **concepción objetivista del dolo** (véanse estos precedentes en lo pertinente).

Por su parte, el voto mayoritario –en la posición del doctor Miguel– de la sentencia cuestionada, si bien sigue el mismo aparato teórico que el voto minoritario, postula una solución diversa y califica los hechos como típicos de dolo. El doctor Juan, por su lado, alcanzó idéntica conclusión –hechos dolosos–, pero con base en la aproximación teórica de mis colegas de Sala expresada inicialmente en **«Sanhueza»**, un entendimiento volitivo-cognitivo del elemento subjetivo del hecho.

Bien, respecto de esta cuestión, considero que tanto una tesis como la postulada por mis colegas de Sala, es decir, una teoría débil de la voluntad, como una concepción objetivista del dolo conducen a la misma conclusión: nos encontramos frente a un comportamiento típico de homicidio y lesiones imprudentes.

En efecto, existen elementos de convicción probatoria que permiten concluir, con el grado de certeza propio de esta etapa procesal, que Paulos Salomón llevó a cabo una grave infracción del deber objetivo de cuidado en el tránsito vehicular, y que esta es la razón que explica las muertes y lesiones de las víctimas.

Como dije en el punto a.1., se encuentra acreditado que el acusado: conducía un vehículo automotor con un nivel de alcoholización muy superior al autorizado legalmente por el Acceso Sur de nuestra Provincia; circulaba en horario nocturno bajo condiciones climáticas adversas, esto es, la calzada estaba mojada y lloviznaba levemente o había dejado de hacerlo muy recientemente; avanzaba por la autovía a una velocidad no precaucional y realizó una primera maniobra peligrosa al desplazarse desde el carril central hacia la derecha con intención de ingresar a la lateral este del Acceso Sur en dirección al carril Rodríguez Peña. En este momento fue cuando se encontró con la salida clausurada y para no impactar con unos tambores allí ubicados, súbitamente, retomó su marcha hacia el carril derecho, en una nueva maniobra peligrosa que significó la colisión con el sector posterior del taxi Chevrolet Corsa dominio LKG-959.

Esta es una grave infracción de los deberes de aseguramiento en el tráfico, sin embargo, no implica automáticamente que nos encontremos frente a un caso de dolo, sino que, por el contrario, las aristas del hecho lo presentan como un clásico ejemplo de peligro propio de la imprudencia. Como señalé, tanto una teoría objetivista del dolo, como una teoría débil de la voluntad conducen a idéntica conclusión.

En el caso de la teoría de la voluntad, precisamente porque falta la voluntad. En el voto del doctor Juan no se alcanza a dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión donde, de algún modo, se pretende encontrar una voluntad inexistente, de acuerdo con la prueba obrante en la causa. En efecto, juez sostuvo que el acusado debió desistir voluntariamente de conducir un vehículo a alta velocidad después de consumir alcohol y que allí reside el elemento voluntativo. Sin embargo, no puede identificarse sin más la voluntariedad exigida por un desistimiento eficaz con la voluntariedad en tanto elemento subjetivo del tipo. Deben brindarse razones adicionales y estas se encuentran ausentes en el razonamiento de aquel magistrado.

Por su parte, para la teoría de la probabilidad objetiva, se requiere para atribuir el hecho a título de dolo que el autor haya creado un «peligro de dolo», es decir, que exista una alta probabilidad de acaecimiento

del resultado. Este marco teórico ya explicitado en los precedentes citados más arriba, bien aplicado, también conduce a una imputación a título de imprudencia.

Si bien el acusado llevó a cabo un comportamiento arriesgado con las características ya conocidas, no puede afirmarse que haya creado un peligro de dolo.

Como expliqué en «**Caccia**» en el ámbito de los accidentes ocurridos en el tráfico vehicular, usualmente nos encontraremos frente a peligros a los que el tipo objetivo aplicable es el imprudente. Desde luego, si el autor *«juega a la ruleta rusa»*, tal como se corroboró en el caso «**Quiroga Morales**», la solución será otra. Pero no debe olvidarse que allí las aristas del caso eran diversas.

Más allá de que el hecho de que el proyecto peligroso del acusado cargue consigo el riesgo de una pena natural, esto es, de sufrir un daño para sí mismo o sus propios bienes, lo que como he dicho en otro lugar es un indicador de imprudencia, me parece importante no perder de vista otro indicio que demuestra con fuerza que nos encontramos frente a un delito imprudente. Me refiero al hecho de que el acusado fuera condenado por lesiones leves a Ricardo Ruiz y María Fernanda Egaña y no por homicidio con dolo eventual en grado de tentativa.

Como dije recientemente en «**Caccia**» en esta imputación –incompatible sistemáticamente– sobrevuela una intuición de falta de dolo homicida de Paulos Salomón respecto del conductor del taxi y la amiga de la víctima fatal: *«En efecto, resulta inexplicable que el mismo hecho sea calificado como homicidio doloso respecto a las víctimas que murieron y lesiones dolosas respecto a la víctima que resultó solo lesionada, pues si hay dolo homicida y el resultado muerte no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, para ser coherente con ese razonamiento, el hecho debió ser calificado como tentativa de homicidio»*.

En este caso, esta intuición también se encuentra confirmada por el hecho de que el Ministerio Público Fiscal acusaron por homicidio simple con dolo eventual respecto de la víctima fatal y lesiones leves con dolo eventual respecto de las víctimas supervivientes, cuando una derivación razonada de la aplicación de las reglas dogmáticas aplicadas para resolver el título de la imputación respecto de la muerte de Luciana Montaruli, debería conducir a una tentativa de homicidio respecto de María Fernanda Egaña y Ricardo Ruiz.

Finalmente, me interesa hacer hincapié en un lineamiento no poco importante que debe guiar el razonamiento de los jueces en casos como el ahora analizado. Me refiero a cómo debe valorarse el grado de ingesta de alcohol del autor al momento de ocasionar el siniestro. Si bien es cierto que existe una relación inversamente proporcional entre intoxicación alcohólica y dominio del propio cuerpo y, dado el caso, también del automóvil que se conduce –a más alcohol, menos control–, esto no implica que esta progresión deba trasladarse sin más al plano del tipo subjetivo.

Dicho de otro modo, que el autor haya consumido una gran cantidad de alcohol no implica necesariamente que su comportamiento deba ser calificado a título de dolo –eventual acaso–, mientras que si ha bebido y su grado de intoxicación se encuentra más cercano al mínimo se trate necesariamente de una imprudencia leve. Imaginemos dos ejemplos que sustentan esta idea. Bien puede suceder que el autor beba tanto que pierda el conocimiento y así ocasione un siniestro que acabe con la vida de una persona, pero esto no bastará para afirmar la existencia de un homicidio doloso si no se resuelve el caso con base las estructuras que brinda la teoría del delito para afirmar que el autor cometió un delito. En este ejemplo, si se verificase falta de acción, debería recurrirse a la teoría de la *actio libera in causa* –con todo lo que ello implica–.

A la inversa, puede suceder que el autor de la muerte apenas haya sobrepasado el límite legal de consumo de alcohol al volante, pero, dadas otras aristas del caso, con su comportamiento haya creado una alta probabilidad de lesión para los bienes jurídicos. Pensemos acaso en el conductor que conduce ligeramente ebrio y decide no usar sus gafas recetadas, aunque padece un cuadro de miopía aguda. Al mismo tiempo, el conductor ha consumido estupefacientes, no ha tomado su medicación anticonvulsiva y se desplaza a un alto grado de velocidad en un vehículo en un mal estado de conservación.

Con estos ejemplos quiero subrayar que el grado de intoxicación alcohólica es un elemento central a tener en cuenta al momento de ponderar la entidad del riesgo creado por el autor para los bienes jurídicos de la ciudadanía; del mismo modo que lo es, en el caso de los siniestros viales, la velocidad a la que se desplaza con el rodado con base en la velocidad precautoria.

Ahora bien, estos elementos deben ponderarse globalmente a la luz de las aristas específicas del hecho, las cuales arrojan una sumatoria que permite afirmar que existió un mayor o menor peligro objetivo de lesión que repercute –si es conocido, desconocido o irracionalmente desconocido– en la imputación al tipo subjetivo.

En función de las razones expuestas entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, casar el punto I de la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio.

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

Estoy de acuerdo con la solución que propone mi colega de Sala respecto a la primera cuestión propuesta al acuerdo. Sin embargo, me parece necesario realizar una serie de consideraciones en relación con el marco teórico a partir del cual se califica el aspecto subjetivo de un hecho lesivo que se produce con motivo u ocasión de un siniestro legal.

Estas cuestiones continúan una línea de pensamiento que he explicitado en otros precedentes tales como «Sanhuesa», «Quiroga Morales», «Colaiacovo», «Barrionuevo Tarragona» y «Caccia», entre otros. Por ello, únicamente puntualizaré lo que estimo son mis puntos de partida en relación con las cuestiones sometidas a decisión. Sugiero la lectura atenta de los precedentes citados, en los que desarrollo en detalle mis tomas de postura.

Como es sabido, la teoría más difundida postula que el dolo se compone de **conocimiento y voluntad**. Por ende, la diferencia entre el dolo y la culpa ha de buscarse en los factores intelectuales (lo representado) y los factores volitivos (lo querido). Coincido con esta forma de entender el dolo: el dolo, entonces consiste en *conocer y querer la realización del tipo penal*.

De este modo, es indispensable para la conformación del dolo el **componente volitivo**. En efecto, la doctrina y jurisprudencia han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde principios del S. XIX– resultando indiferente que este último fuera contemplado como un elemento del tipo o de la culpabilidad. En otras palabras, la voluntad debe encontrar un lugar en la sistemática del delito.

En los votos de los doctores Salinas y Miguel se adscribió a un concepto de dolo que se construye a partir del **componente intelectual**. En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el **dolo es que el autor haya tenido por posible el resultado**. Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa **únicamente en el marco de los elementos intelectuales** –al menos

en el marco de la propuesta de los doctores mencionados— se basan en la **posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico**. Estas comienzan por el mero «*tener por posible*» la realización del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad sería, concreta o cercana, hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto. Se trata de una gradualidad en la que se transita desde la culpa leve, pasando por la culpa grave hasta el dolo eventual y el dolo directo.

Como expliqué acabadamente en «**Sanhueza**» y «**Quiroga Morales**» comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «*determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción*» (Núñez, Ricardo C., **Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48**); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que «*Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*» (el destacado me pertenece).

Dicho esto, entiendo que la premisa teórica de la que parten los jueces Salinas y Miguel, a pesar de la viva controversia que atraviesa el tema, no se encuentra debidamente fundada en el texto de la ley, ni en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia o, en última instancia en los principios generales del derecho (arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza).

Los problemas anteriores se enraízan entonces en un razonamiento jurídico *contra legem*, al apartarse de la determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales-volitivos y dejar de lado un criterio volitivo que respete el concepto de acción causal voluntaria como sustrato del delito. Por el contrario, no cae en este error el doctor Juan, quien en su voto asume el marco teórico referido.

Sin embargo, los aciertos teóricos del doctor Juan acaban al momento de valorar si se encuentra acreditado el elemento volitivo, pues, dada la plataforma fáctica dada por probada, estimo que no está probado.

En lo concreto, quien conduce un automóvil en condiciones de nocturnidad y durante la lluvia, sin respetar la velocidad precautoria, desde luego, conoce el peligro que crea; pero ello no implica que haya aceptado el resultado en que eventualmente puede concretarse ese riesgo. Por esta razón, el tribunal de juicio, en los votos que consideraron el comportamiento como doloso, se equivoca, pues omite considerar el segundo elemento del aspecto subjetivo del hecho: la voluntad de menoscabo de la vida e integridad física de las personas, la cual no se ha acreditado en la acción de Paulos Salomón.

Con todo, aunque no se ha verificado en la sentencia un caso de dolo —el caso claro es el de «**Sanhueza**» o «**Quiroga Morales**» en tanto concurrencia de factores de riesgo, donde, a diferencia del caso analizado, nos encontrábamos frente al accionar de choferes profesionales, cuya posición de garantía presentaba otros contornos— no nos encontramos tampoco frente a un caso encuadrable en la figura básica del art. 84 CP, sino posiblemente frente a un caso de imprudencia grave (agravada, según el segundo párrafo del art. 84 bis del CP, en razón de la conducción con un nivel de alcoholemia superior a un gramo por litro de sangre).

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar afirmativamente a la primera

cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar la Sentencia N° 2053, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente manera: «*Condenar a José Alberto Paulos Salomón, ya afiliado en autos N° T-4217/19, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por conducir con un nivel de alcoholemia superior a un gramo por litro de sangre y lesiones leves culposas –dos hechos– (arts. 84 bis segundo párrafo primera parte, 94 primer párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)*».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la **determinación de la pena** (ver, al respecto, «**Chacón Arroyo**», «**Reale Comba**», «**Gutiérrez Fernández**», «**Medina**», «**Arzuza**», entre otros).

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa técnica de José Alberto Paulos Salomón. En consecuencia, corresponde casar el resolutive I, de la sentencia 2053, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: «*Condenar a José Alberto Paulos Salomón, ya afiliado en autos N° T-4217/19, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por conducir con un nivel de alcoholemia superior a un gramo por litro de sangre y lesiones leves culposas –dos hechos– (arts. 84 bis segundo párrafo primera parte, 94 primer párrafo del CP; y, arts. 408, 409, 411, 415 y cc del CPP)*».

2.- Remitir, en función del resolutivo anterior las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese. Notifíquese.

9- SANCHEZ ESCOBAR. 05-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcSEM.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 81, inc. 1, acápite b del CP. Art. 95 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Nulidad. Determinación del hecho. Valoración de la prueba. Coautoría funcional. Homicidio preterintencional. Homicidio en riña. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó a Mariano Sánchez Escobar a la pena de **trece años de prisión** y a Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez a la pena de **doce años de prisión** por ser considerados coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

La **defensa** de Sánchez Escobar y la defensa técnica de Lucero Domínguez, interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial los recursos incoados.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de Sánchez Escobar, Marcos Lucero Domínguez y Alexis Lucero Domínguez.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1948, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Antiñir. 04-07-06: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-antinir-omar-manuel-antinir-nestor-isidro-parra-sanchez-miguel-alex-homicidio-rina-lesiones-leves-rina-enconc-real-fa06000259-2006-07-04/123456789-952-0006-0ots-eupmocsollaf#>

b-SCJM

- Luna García
- Páez Miranda, Martínez Núñez, Sosa Manrique. 30-11-15:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

La Primera condición negativa para que sea aplicable la disposición del **artículo 95 del CP**, es que no conste quiénes causaron la muerte por lesiones, por lo que es preciso agotar la consideración de la posible autoría de uno o varios partícipes y para ello debe descartarse de esta calificación a todo caso en el cual la muerte o las lesiones sean realmente obra común de varios.

- Rojas Garrido
- González, Daniel

Unidad de la prueba.

- Toro Mendoza. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06831204-8/1((018601-766737)). F C/ SANCHEZ ESCOBAR MARIANO AGUSTIN, ULLOA GUSTAVO EDUARDO, LUCERO DOMINGUEZ MARCOS ARIEL Y LUCERO DOMINGUEZ ALEXIS IVAN P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (766737/19) (766737) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106082940*

En Mendoza, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06831204-8/1** caratulada **“F. c/ SÁNCHEZ ESCOBAR MARIANO AGUSTÍN, ULLOA GUSTAVO EDUARDO, LUCERO DOMÍNGUEZ MARCOS ARIEL Y LUCERO DOMÍNGUEZ ALEXIS IVÁN P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”**.

Las defensas de Mariano Sánchez Escobar, Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez interponen recursos de casación contra la Sentencia N° 1948, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a Mariano Sánchez Escobar a la pena de trece años de prisión y a Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez a la pena de doce años de prisión por ser considerados coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP) en los autos P-766.737/19.

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

En función de los recursos interpuestos, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada tuvo por acreditado que «[e]l día 2 de noviembre de 2019, siendo las 06:00 horas aproximadamente, Esteban Exequiel Alvarado Tapia y Aldana Gómez caminaban por el interior del Barrio Junín del Departamento de Las Heras, cuando al llegar a la altura de la manzana B casa 13, Alvarado Tapia les consultó a unos sujetos que se encontraban en la puerta del mencionado domicilio dónde podía comprar bebidas alcohólicas. Oportunidad en la que Mariano Sánchez Escobar, quien se encontraba con esos sujetos, se le acercó a Alvarado Tapia portando armas de fuego y le manifestó: “[¿T]e acordás cuando me quisiste matar[?]” y, encontrándose a corta distancia, le efectuó tres disparos. Al caer al piso la víctima, Sánchez Escobar, Gustavo Ulloa, Alexis Lucero Domínguez, Marcos Lucero Arrieta y Marcos Lucero Domínguez comenzaron a patearlo, lo que ocasionó una fractura expuesta de fémur que perforó la arteria femoral que produjo su muerte por shock hipovolémico».

Para así decidir, el juez valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones de Alan Gabriel Rojas Simón, Lorena Jaquelina Tapia, Demaris Avallar, Agostina Reitano, Aldana Celina Gómez, Andrea

Verónica Brahim Ismael, Hugo San Martino, Daniel Hugo Toledo López, Isaias Hinojosa, Deolinda Neza Ramos, Celeste Grisel Domínguez Neza y Shirley Aixa Depiano Morales, junto a la prueba instrumental debidamente incorporada al debate, junto a la prueba instrumental debidamente incorporada al debate.

2.- Los recursos de casación interpuesto por las defensas

a.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez

La defensa de los acusados Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474 del CPP y afirma que se ha vulnerado el art. 416 inc. 4 del CPP por contener la sentencia de condena fundamentación contradictoria o no haberse respetado las reglas de la sana crítica al valorar los elementos probatorios incorporados en la causa.

Especifica que la condena se ha realizado sin contar con elementos probatorios que sustenten la resolución. Ello, en flagrante quebrantamiento del principio lógico de razón suficiente.

En primer lugar, la defensa cuestiona que en la plataforma fáctica acreditada por el tribunal se afirma la participación en el hecho de Marcos Lucero Arrieta. Esto, por cuanto si bien al inicio de la investigación se le atribuyó intervención en el hecho, luego se **lo sobreseyó** al momento de elevar la causa a juicio; lo que no fue tenido en consideración por el tribunal de juicio.

En segundo lugar, y con respecto a la valoración del plexo probatorio incorporado durante el debate, del testimonio de Aldana Gómez no surge que los acusados Lucero Domínguez patearan a la víctima en la zona de la herida que produjo la muerte. Destaca que el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense y las declaraciones testimoniales de los profesionales de ese organismo en el debate establecieron con claridad que los disparos de arma de fuego no ocasionaron las fracturas, ni poseyeron potencialidad mortal. En este sentido, reafirma que el traumatismo en el muslo izquierdo, que produjo la lesión vascular, fue lo que produjo la muerte de la víctima.

En relación con la testimonial brindada por Damaris Aballay, critica que la testigo no especificó la zona en que patearon a la víctima y que ubicó en el hecho a Lucero Arrieta, quien fue sobreseyó por haberse descartado su participación en el hecho. Afirma que estos extremos restan credibilidad al testimonio.

En este sentido, la defensa descalifica la sentencia de instancia anterior por afirmar la concurrencia de cinco personas en el hecho –dentro de las que se encuentra una persona ya sobreseyó para el momento de dictado de la condena– y que la atribución de responsabilidad realizada no se contrasta con la prueba incorporada. Destaca en que ninguno de los acusados Lucero Domínguez dispararon el arma de fuego que fue utilizada en el hecho.

Además, y en relación con las conductas que se les atribuyera a los acusados Lucero Domínguez –patadas en la zona de las piernas de la víctima–, realiza dos críticas específicas. En primer lugar, que el medio empleado presenta falta de idoneidad para producir la muerte de una persona. En segundo lugar, que estas conductas **no dan cuenta de la intencionalidad de causar muerte**.

Explica que en el hipotético caso de entender acreditada la autoría de la patada, el hecho debería ser calificado bajo la figura penal prevista en el art. 81, inc. 1, acápite b del CP., denominado **homicidio preterintencional**. Ello, en tanto entiende que se requiere de un autor que haya obrado con **dolo de lesión**, y utilizando un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte, se produzca ese resultado.

Finalmente, realiza reserva de caso federal.

b.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Mariano Sánchez Escobar

La defensa de Mariano Sánchez Escobar interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 475 y 480 del CPP.

Destaca en que la acusación ha incluido la participación de Marcos Lucero Arrieta, sin tomar en consideración que fue sobreseído por no encontrarse presente en el lugar del hecho cuando sucedió. Cuestiona la afirmación respecto a que no se presentaron controversias sobre la materialidad del hecho, y puntualiza que el único acuerdo se circunscribe a la existencia del resultado muerte de la víctima Esteban Exequiel Alvarado Tapia. Critica que los hechos no se desarrollaron como expone la sentencia, que no se encuentran acreditadas las autorías de las personas condenadas –en particular no se conoce quién propinó la patada que ocasionó la muerte–, como tampoco el dolo de la figura atribuida.

Respecto de las heridas provocadas por el arma de fuego, reconocidas por Sánchez Escobar, reitera que no fueron la causa de fractura de fémur que es lo que produjo la muerte. Cita lo expresado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense en relación a que las heridas de arma de fuego no tienen vínculo alguno con la causa de muerte, sino que produjeron lesiones leves. Afirma que no puede inferirse de estos disparos el dolo homicida que requiere la figura por la que ha sido condenado. Concluye que el accionar de Sánchez Escobar debe ser calificado como abuso de armas.

En relación con las escoriaciones producidas en la mano derecha de la víctima y la herida contuso-cortante en la región temporo-parietal izquierda, explica que resultan absolutamente incompatibles con las patadas que produjeron la muerte.

En particular, respecto a la fractura en la pierna izquierda que produjo el shock hipovolémico y concluyó en la muerte de Alvarado Tapia, critica que se carece de pruebas sobre el elemento que produjo el golpe y que sólo se presume que resultó de patadas que le propinaron. Este accionar no es adjudicado a ninguna de las personas condenadas y/o sobreseídas en la investigación, ni se ha analizado la idoneidad del supuesto medio empleado para producir la muerte. Así, expone que una patada en una pierna que concluye en la muerte de quien la recibió, en todo caso, podría dar lugar a que el hecho sea calificado como homicidio preterintencional.

Explica que la figura penal correcta para el hecho investigado es la prevista en el **art. 95 del CP, homicidio o lesiones en riña o agresión**. Critica que el juez de instancia anterior lo haya descartado en una simple oración en razón de considerar que el art. 95 del CP supone que no exista coautoría para su aplicación. La defensa afirma que la especialidad de la figura penal, que entiende correcta al caso, reside en que no se conoce quién es el autor de las heridas mortales y, en consecuencia, se castiga a todos los que ejercieron violencia contra la víctima por el resultado acaecido. Cita el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Antiñir» sobre los requisitos de procedencia de esta figura.

En consecuencia, solicita se case la sentencia de instancia inferior, se califique correctamente los hechos y se condene a Mariano Sánchez Escobar a la pena de dos años y medio de prisión.

Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar expresa que los recursos de casación proceden formalmente, pero no sustancialmente.

Afirma que, por la similitud de los agravios expuestos en los recursos por las diversas defensas, los

cuestionamientos pueden ser abordados de forma conjunta. Señala que el tribunal de la instancia anterior contó con las declaraciones testimoniales de Damaris Aballay y Aldana Gómez que aportaron información calificada como concluyente. Además, que sus declaraciones se corresponden con pruebas objetivas, como la necropsia y los informes de Policía Científica.

Especifica que el elemento subjetivo de conocimiento relacionado con que la conducta desplegada podía ocasionar la muerte se encuentra acreditado: agresión con un arma de fuego, con un elemento romo y dando puntapiés cuando la víctima se encontraba indefensa en el suelo.

De tal manera, considera que los acusados actuaron **como coautores y tuvieron codominio del hecho**, en tanto existió una **decisión conjunta manifestada por aportes objetivos** por parte de los intervinientes.

En función de lo expuesto, propicia la confirmación de la sentencia de instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver los recursos interpuestos y luego de analizar los agravios presentados por las defensas, la resolución cuestionada y el plexo probatorio incorporado en autos, entiendo que corresponde confirmar la sentencia de instancia anterior. Ello, de acuerdo con los argumentos que a continuación se detallan.

A los fines de poder abordar de manera ordenada todas las críticas expuestas en los recursos de casación interpuestos, identificaré cuáles son los núcleos argumentales de los cuestionamientos.

En primer lugar, se critica el hecho considerado acreditado por el tribunal, en tanto menciona la **intervención de una persona que ya había sido sobreseída** al momento de la elevación de la causa a juicio por no haber estado en el lugar de los hechos.

En segundo lugar, sobre la **valoración probatoria** efectuada se cuestiona que: a) no se ha determinado quién propinó las patadas que causaron la fractura, produciendo un shock hipovolémico que concluyó en la muerte de la víctima; b) las conductas endilgadas a los acusados objetivamente no debían desencadenar el resultado muerte, en razón de la falta de idoneidad del medio empleado; c) no se encuentra acreditado el elemento subjetivo de la figura penal por la que se condenó a los acusados –homicidio agravado por el uso de arma de fuego–; d) la coautoría funcional atribuida en la sentencia no puede sustituir la falta de determinación del accionar individual respecto de cada interviniente. A ello, debe sumarse que la defensa de los acusados Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez plantea, de forma subsidiaria, que la figura penal por la que se los debe condenar es la de homicidio preterintencional. Por su parte, la defensa de Sánchez Escobar afirma que de acuerdo con las acciones atribuidas la calificación correcta sería la de homicidio en riña o agresión y de abuso de armas específicamente respecto de Sánchez Escobar.

a.- Cuestionamientos vinculados con la **nulidad de la sentencia por la determinación del hecho probado**

En relación con el planteo de nulidad de la sentencia por la determinación del hecho probado, entiendo que corresponde su rechazo. Si bien es cierto que en la sentencia de la instancia previa se incluyó en la plataforma fáctica a Marcos Lucero Arrieta como interviniente del hecho, cuando previamente sido desvinculado de la investigación al momento del requerimiento de elevación a juicio por parte del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que ello no ha producido perjuicio alguno y configura una nulidad meramente formal.

En este punto cabe recordar el criterio sostenido por esta Sala, conforme el cual no es admisible la nulidad

de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994). Esto, por cuanto **la nulidad no es un fin en sí misma** sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes (ver, al respecto y en lo pertinente, «Miranda Sosa», «Luna García», entre muchos otros). De tal manera, en materia de nulidades se impone un criterio de interpretación restrictivo.

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, se comprueba que las defensas se limitan a señalar inobservancias de la ley ritual, pero no especifican cómo se ha lesionado el interés de los acusados. Dicho en otras palabras, las defensas no han explicado en qué modo el evidente error material ha derivado en un perjuicio para sus defendidos.

Ahora bien, independientemente de la ausencia de explicación concreta del sentido de la nulidad pretendida, el planteo no puede prosperar en tanto estimo que la falencia resaltada no produce afectación alguna en la declaración de responsabilidad de los acusados ni deriva en perjuicio de sus derechos. Así, de todo el análisis desarrollado en la sentencia se puede apreciar que se ha responsabilizado por la muerte de Esteban Exequiel Alvarado Tapia a Gustavo Ulloa –condenado mediante la aplicación del instituto de juicio abreviado final– y a los aquí recurrentes, Mariano Sánchez Escobar, Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez. En este sentido, el error no ha implicado consecuencia alguna en la declaración de responsabilidad de estos. Arriba a esta conclusión mediante la supresión mental de Lucero Arrieta de la plataforma fáctica consignada en la sentencia, lo que no modifica de ninguna forma la declaración de responsabilidad resuelta en instancia anterior.

En este sentido, declarar la nulidad de la sentencia en virtud de un error que no ha tenido virtualidad alguna, implicaría declarar la nulidad por la nulidad misma, lo que no puede ser una consecuencia razonable. De tal manera, el agravio propuesto en este sentido no puede prosperar.

b.- Críticas a la valoración de la prueba incorporada durante el debate

Luego de analizar todo el material probatorio incorporado en las presentes actuaciones y los recursos de casación interpuestos, entiendo que corresponde confirmar la sentencia de condena a Mariano Sánchez Escobar, Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez como coautores responsables por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego.

Como ha quedado acreditado por lo declarado por la testigo Aldana Gómez y reconocido por el propio acusado Sánchez Escobar, la víctima junto a aquella testigo se acercaron el día 2 de noviembre de 2019 alrededor de las 6:00 hs. a la manzana B, casa 13 del Barrio Junín del Departamento Las Heras, momento en que cual Sánchez Escobar ingresó a su domicilio, buscó un arma de fuego, salió al encuentro de Alvarado Tapia y luego de referirle «[¿T]e acordás de cuando me quisiste matar[?]», le disparó tres veces con un arma de fuego calibre .22 LR a corta distancia. Los disparos impactaron en el cuerpo de Alvarado Tapia: uno en la región cóndilo radial izquierda con salida del proyectil; otro en la región superior de la cadera izquierda sin salida del proyectil; y, el tercero, en la región externa de tercio superior del muslo izquierdo, sin salida del proyectil. Según el informe físico confeccionado por el doctor San Martino –Supervisor Técnico del Cuerpo Médico Forense– los impactos de los proyectiles disparados por el arma de fuego que ingresaron a la región corporal no ocasionaron lesiones óseas.

Además, según lo relatado por Aldana Gómez, al caer la víctima al piso, varias personas «[...] empezaron a rodearlo y pegarle patadas en la espalda, estaban alrededor de él y le daban patadas en la espalda».

Coincidió con este relato lo declarado por Damaris Avallar en tanto refirió que los acusados «[...] se pusieron alrededor y lo patearon varias veces».

De tal manera, corresponde destacar las únicas dos testigos directas del suceso investigado identificaron que entre las personas que rodeaban a la víctima se encontraban Sánchez Escobar, Gustavo Ulloa, Alexis Lucero Domínguez y Marcos Lucero Domínguez. En este contexto se produjo lo que el informe de necropsia y lesiones confeccionado por la médica Brahim del Cuerpo Médico Forense denominó lesión del paquete femoral por fractura de fémur izquierdo que provocó un shock hipovolémico, lo que fue identificado como causa de muerte. En razón de ello, Esteban Exequiel Alvarado Tapia falleció horas más tarde en el Hospital Central de la provincia de Mendoza.

La sentencia de instancia anterior consideró debidamente que las conductas –disparar en tres ocasiones contra la víctima y propinarle puntapiés una vez que estuvo caída en el suelo– configuran un hecho en sentido jurídico que encuadra bajo la figura de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego y se la atribuye a los tres acusados en calidad de coautores. Las defensas cuestionan que no se encuentra acreditado la autoría de quiénes le propinaron puntapiés a la víctima fallecida. Sin embargo, como se dijo, y el tribunal de la instancia anterior refirió, ello se encuentra acreditado con las declaraciones de los testigos Gómez y Avallar.

Por su parte, en relación con la crítica referente a que el medio empleado no debía resultar idóneo para desencadenar la muerte de Esteban Exequiel Alvarado Tapia y que no permite atribuir el homicidio de forma dolosa, del informe del médico especialista del Cuerpo Médico Forense, Hugo San Martino, surge lo contrario al planteo defensivo. En efecto, de aquel informe surge que «[...] se deduce que la lesión ocasionada bajo la forma de hematoma habría sido a través de un traumatismo en cara interna de muslo izquierdo imprimiendo una fuerza desde cara interna del muslo hacia la cara externa del muslo que lesiona el paquete femoral, ocasionando una hemorragia. La severidad y magnitud del traumatismo produjo una fractura a nivel del fémur, que fue lo que causó la salida de masa muscular y tejido óseo y que por el sentido y ubicación de las lesiones habría sido por el traumatismo y no por un proyectil de arma de fuego que ocasionó la hemorragia y finalmente la muerte». A lo que agregó, en relación con la magnitud del golpe que produjo la lesión, que ésta habría sido ocasionada «[...] con algún elemento de bordes romos de gran peso y/o aplicados con una fuerza, de tal magnitud, que fractura el fémur siendo éste un hueso largo de mucha resistencia y que a su vez ocasiona una ruptura de estructuras, como masa muscular generando una herida de 3 cm de piel».

Asimismo, durante su declaración testimonial en el debate oral el médico Hugo San Martino expuso que el hueso fracturado –el fémur izquierdo– es el más resistente de toda la superficie corporal por poseer la capa cortical más gruesa de todos los huesos del cuerpo y que «[...] al golpear en la cara interna el vaso que es mucho más frágil que el tejido blando hace que entre el golpe del traumatismo externo sobre una parte dura que es el hueso se lesione mucho más fácil que si el vaso no tuviera la pared de ese hueso. Entonces, se golpea fuerte, el vaso se lesiona por el hecho de que primero golpea contra el otro hueso y aparte el hueso se fractura y la fractura origina biseles, fracturas en las puntas de los cabos y eso actúa casi como un elemento cortante o que secciona los vasos [...]».

En este sentido, considero que los puntapiés propinados por los acusados a una víctima que se encontraba tirada en el suelo, luego de haber recibido tres disparos en su cuerpo, configuró un medio que podía desencadenar la muerte de la víctima y debe ser atribuido a los autores a título de dolo. En particular, por

la magnitud de los golpes que propinaron que produjo que se quebrara el fémur, se lesionara el paquete vascular femoral, lo que causó el shock hipovolémico que desencadenó la muerte de la víctima. En otras palabras, y a diferencia de lo sostenido por las defensas, el medio utilizado por los acusados resultó idóneo para producir la muerte de la víctima.

Además, en cuanto a la crítica en relación con la acreditación del dolo de los autores, resulta esclarecedor lo aportado por el médico San Martino respecto a la magnitud y severidad de los golpes efectuados por los autores lo que produjo la salida de masa muscular y tejido óseo en nivel del fémur, hueso de mayor resistencia por poseer la capa cortical más gruesa de todos los huesos del cuerpo. Ello, contextualizado con que dichos puntapiés se efectuaron inmediatamente después de que uno de los acusados le hubiera disparado asertivamente en tres ocasiones a la víctima a corta distancia con un arma de fuego calibre 22 LR. En consecuencia, entiendo que corresponde considerar acreditada, sobre la base de la idoneidad del medio empleado ya referida, que la intención de los autores era dar muerte a la víctima.

Por su parte, considero tampoco puede prosperar la pretensión defensiva de que cada interviniente debe responder únicamente por su aporte y que no corresponde que se atribuya como una coautoría funcional el hecho. En este sentido, comparto con el tribunal de juicio que el hecho acreditado conforma un único suceso en el que todos tuvieron intervención con aportes objetivos durante su ejecución con división de tareas y sin subordinación entre ellos. Es decir, Sánchez Escobar, Marcos y Alexis Lucero Domínguez y Gustavo Ulloa intervinieron en el hecho de dar muerte a la víctima. En efecto, a la circunstancia que comenzó con los disparos realizados a corta distancia por Sánchez Escobar hacia la víctima debe sumarse que Marcos y Alexis Lucero Domínguez, Gustavo Ulloa y el propio Sánchez Escobar le propinaron puntapiés a la víctima.

La argumentación desarrollada por las defensas pretende dividir el hecho y aislar los comportamientos de los intervinientes con el objetivo de quitar responsabilidad a los acusados. Sin embargo, estimo que ello no resulta razonable.

En efecto, estimo que la defensa intenta parcializar la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su **conjunta valoración**. Debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues **el resultado global es el que cuenta** –véase «**Rojas Garrido**», «**González, Daniel**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

En el mismo sentido, este Tribunal ha sostenido que *«el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba** e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados»* – véase «**Toro Mendoza**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

En consecuencia, comparto con el tribunal de instancia anterior que la calificación adecuada a los hechos debidamente probados en el juicio oral es la de homicidio agravado por el uso de arma de fuego atribuida

a los acusados. Por lo que corresponde rechazar los diversos encuadres legales propuestos por las defensas.

En función de todo lo expuesto, corresponde rechazar los recursos interpuestos y, en consecuencia, debe confirmarse la condena de Mariano Sánchez Escobar, Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez por resultar coautores de la comisión del hecho que fuera calificado como homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en tanto ha sido acreditada la intervención de todos los acusados en el suceso con la intención de dar muerte a la víctima.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. MARIO D. ADARO adhiere voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Mariano Sánchez Escobar, Marcos Ariel Lucero Domínguez y Alexis Iván Lucero Domínguez.
- 2.- Imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

10- RIVAS SOSA. 10-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcRSM.pdf

Lex: Art. 79 del CP

Vox: Homicidio simple. Unificación de penas. Cómputo de pena: observación. Juicio abreviado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena única de veinticuatro años de prisión mediante sentencia N° 1348. Firme la resolución que homologó el juicio abreviado final pactado, realizó cómputo de pena, conforme Art. 511 y cc del CPP. El mismo es observado y resuelto por auto en audiencia.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la resolución (06-11-20), en tanto rechaza un planteo nulificadorio y la observación del cómputo de pena efectuado y, en consecuencia, confirma el cómputo llevado a cabo por el Tribunal Penal Colegiado, en relación a la sentencia condenatoria N° 1348.

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

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

Resolución cuestionada: Auto (06-11-20) pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

Plenario «Hidalgo» .

Precedentes relacionados

Unificación de pena.

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- “Diaz Davalo. 25-10-18 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Sebastianelli: 17-08-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcSEA.pdf
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Frias Robledo: 08-06-20 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcFrias.pdf
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>

- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Parágrafos destacados.

“De ese modo, si en la unificación de penas se hubiese optado por **aunar la integralidad de las penas impuestas –supuesto a–**, el cómputo de pena deberá realizarse sumando, a partir de la primera detención, el total de la pena unificada, y a ese monto restarle los días de prisión efectivamente cumplidos. El resultado determinará el saldo de pena por cumplir y, por ende, la fecha de cumplimiento. Si se hubiese optado por **unificar la nueva pena con lo que restaba cumplir de la pena anterior –supuesto b–**, el cómputo de pena deberá efectuarse sumando ese monto total unificado a partir de la última detención, puesto que el tiempo cumplido de la pena anterior ya fue descontado en el momento de la unificación –a modo de adelanto de cómputo–. El resultado determinará, al igual que en la opción anterior, la fecha de cumplimiento.”

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

Fallo:

CUIJ: 13-05463294-5/1((018601-47266)). F C/ RIVAS SOSA MARIO ALBERTO P/ HOMICIDIO SIMPLE (47266/18) (47266) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105641085*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-05463294-5/1, caratulada “F. C/RIVAS SOSA MARIO ALBERTO S/CASACIÓN”.

La defensa técnica de Mario Alberto Rivas Sosa interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 6 de noviembre del 2020, en tanto rechaza un planteo nulificador y la observación del cómputo de pena efectuado y, en consecuencia, confirma el cómputo llevado a cabo por el Tribunal Penal Colegiado, en relación a la sentencia condenatoria N° 1348.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-47266/18 y P-55437/18.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, cuyos fundamentos fueron vertidos en forma oral en la audiencia llevada a cabo el día 6 de noviembre de 2.020, en lo pertinente para la solución del recurso, señala: « [...] *en primer lugar el acuerdo que se realiza del juicio abreviado es, para que todos lo tengamos presente, porque es a partir de allí del que se estructuran todos los agravios o interpretaciones posibles, es 20 años de la imposición de pena por los nuevos delitos que es un homicidio con armas y un robo con arma apta para el disparo, a los que se unificaba con 4 años de la pena anterior.*

«La **unificación de penas** se puede realizar de dos maneras: **una**) es tomar en cuenta la primer condena - los 19 años y más los 20 años que tenemos del nuevo delito por el que hacen un acuerdo abreviado -39 años- y sobre los 39 años se descuenta el tiempo que estuvo en detención en ambas causas [...]. **Otra forma** de efectuar el cómputo de pena, sostiene lo siguiente: no se puede unificar el tiempo que ya fue cumplido, porque es una pena que se ha extinguido, se unifica únicamente lo que resta de pena -de la primera condena- más el nuevo delito. Eventualmente se puede hacer una composición, eventualmente se puede hacer una suma aritmética. Es decir que, de ninguna manera yo violo la buena fe del acuerdo al que ustedes arribaron, el acuerdo lo proponen las partes, yo no hago nada más que convalidar el acuerdo que las partes presentan».

«Tengo facultades de rechazar el acuerdo, no porque no me guste, cuando el acuerdo sea ilegal, es decir cuando no responda a parámetros establecidos normativamente y normas vigentes y, que respondan a

postulados constitucionales más allá de que las normas estén vigentes [...] rechazo los acuerdos ilegales, no los acuerdos buenos, los acuerdos torpes [...]».

«Obviamente no nos ponemos de acuerdo con la observación del cómputo, tomando la postura que sostiene la defensa, llegaríamos a la siguiente conclusión: si de los 24 años le tengo que restar los diez años que llevó detenido, que no fueron tenidos en cuenta al unificar porque se tomaron cuatro años nada más de la condena anterior, quedaría por cumplirle en la actualidad una pena de 10 años aproximada, 9 años y 8 meses como dice el Ministerio Público Fiscal, 10 años y un poquito más según la defensa, es decir una pena que sería una pena inferior por la cual resulta condenado. El homicidio con armas tiene 10 años y 8 meses, a eso hay que agregarle el robo con armas, que tiene 6 años y 8 meses más, es decir se pretendería cumplir una pena por debajo del mínimo legal de la figura por la cual resulta condenado [...]. Si la persona porque todavía está cumpliendo una condena, tiene 19 años de una pena y 20 de la otra que quede todo reducido en 10 años, me parece que es una cosa que no responde a la realidad».

«Para unificar penas simplemente hay dos sistemas: o tomo los montos integrales de las penas, los 19 años con sus meses, días, más los 20 años de los nuevos delitos y resto el tiempo que cumplió, esa es una forma. Y, la otra es unificar el resto de la pena que le faltó cumplir con el nuevo delito, eso es lo que se plasmó en el acuerdo, 20 años por los nuevos delitos, 4 años por la pena de la primer condena. Bien, entiendo por esos motivos que el cómputo es correcto [...] rechazo la nulidad tanto como la observación del cómputo» (ver registro audiovisual a partir del minuto 22.16)

II.- El recurso de casación del defensor

La defensa técnica de Mario Alberto **Rivas Sosa** promueve recurso de casación contra el auto que rechaza la observación del cómputo de pena, a tenor de las previsiones del art. 474, inc. 2 del CPP

Cuestiona la falta de observancia de las reglas del procedimiento abreviado (art. 418 y cc del CPP). Señala que en los fundamentos brindados en forma oral el 6 de noviembre de 2020, se inobservaron las disposiciones de los arts. 418 y cc del CPP, requisito esencial del procedimiento abreviado.

Refiere que las conformidades prestadas tanto por Rivas Sosa, como por la representante del Ministerio Público Fiscal, al realizar el procedimiento abreviado tenía como base la **unificación de la sentencia** que habría de recaer en autos con la sentencia anterior, cuya pena ya venía purgando el imputado.

Señala que en el acuerdo se daba cuenta de que la unificación tenía necesariamente en consideración que, al unificar los años de prisión a imponer se unificaran también los años de pena ya cumplidos, de modo tal que el beneficio del imputado radicaría en hallarse próximo a los **regímenes de salida anticipadas**. Pone de resalto que la postura de la defensa y del Ministerio Público Fiscal en ocasión de llevarse a cabo la audiencia por la **observación computo resultaron coincidentes y tan sólo difirieron en un mes de prisión, pero no en casi doce años de prisión** como el cómputo llevado a cabo por el juez de la instancia previa.

De ello deriva que ha existido apartamiento del juez respecto del acuerdo celebrado al momento de efectuar el cómputo de pena, de manera que se defrauda la buena fe del acusado y del Ministerio Público Fiscal al momento de la aplicación del procedimiento abreviado, de manera tal que Rivas Sosa no habría consentido y hubiese optado por la vía ordinaria hacia un plenario.

Afirma que el consentimiento tenía como base la unificación de la sentencia que ya venía purgando, esto es la N° 1348 con la Sentencia N° 6168 en la **pena única de veinticuatro años de prisión**. Agrega que al

unificar dichas sentencias –pena– no sólo implica unificar el tiempo de pena que resta cumplir sino también computar el tiempo que de dichas sentencias ya cumplió el imputado privado de libertad.

Manifiesta que no es cierto, como se expresa en la resolución cuestionada, que el tiempo de detención que Rivas Sosa lleva cumplido a la fecha en autos P-20031/17 no debe ser tenido en cuenta porque ya fue contemplado al unificar las penas, que ello no fue de ningún modo contemplado por las partes.

Agrega que carecería de sentido y lógica acordar un procedimiento que impusiera casi el doble del mínimo de la pena prevista para el delito que se trataba –veinte años de prisión sobre un mínimo de diez años y ocho meses–, añade que la unificación en **24 años de prisión es meramente ficticia** en tanto que efectivamente con el cómputo realizado por el juzgador cumpliría una pena cercana a los 37 años de prisión, es decir doce años por encima de la unificación llevada a cabo sin que exista sustento legal que funde el exceso. Como otro argumento, refiere que en la unificación anterior de las sentencias 5366 y 5754 accedió al régimen de salidas transitorias mediante un cómputo que tuvo en cuenta el tiempo de detención cumplido por ambas causas anterior a la unificación.

Explica un detalle cronológico de circunstancias relevantes a fin de llevar a cabo un cómputo correcto, de los que deriva que su asistido cumple la pena única de veinticuatro años de prisión impuesta por Sentencia N° 1348 en fecha 20 de agosto del 2030, caducando la anotación registral el 20 de agosto de 2.040. Agrega que ese cómputo resulta adecuado a derecho e incluso con el cálculo matemático que resulta del sistema electrónico del Poder Judicial y, además, es el mismo –en esencia– que formula la fiscal.

Se agravia de la indebida observancia de las reglas del concurso de delitos por cuanto -a su criterio- el resolutorio contiene una aplicación formalista de las reglas del art. 58 del CP, sin respetar la esencia de la composición de la pena acordada conforme los art. 40 y 41 del CP.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 6 y vta. se encuentra agregado el dictamen del Procurador General, quien luego de analizar los motivos de agravio se expide **aconsejando el rechazo sustancial** del recurso.

Señala que la impugnación no puede prosperar puesto que la resolución se encuentra debidamente fundada. Refiere que la impugnación no se dirige contra la Sentencia N° 1348, sino **contra el auto que rechaza un planteo de nulidad y observación del cómputo de pena.**

Por tal motivo es que descarta las alegaciones de la defensa en relación con la falta de observancia de las reglas del procedimiento abreviado o, de un apartamiento del acuerdo del ministerio público y la defensa por parte del Tribunal. Agrega que el a quo explicó con claridad las razones por las que rechazó las observaciones defensivas, puesto que si de los 24 años debe restar los 10 años que estuvo detenido y que no fueron tenidos en cuenta al unificar quedaría por cumplir –en la actualidad– una pena aproximada de 10 años- inferior a aquella por la que resultó condenado en las presentes causas. De manera tal que se pretendería cumplir una pena por debajo del mínimo legal de la figura por la que resultó condenada.

Expresa que, en definitiva, la resolución atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo casatorio no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados **no pueden ser acogidos** y la resolución debe ser confirmada. Paso a explicar.

Del examen de la causa se desprende que, tal como señala el Procurador General, la resolución aquí cuestionada no resulta la Sentencia N° 1348 de fecha 3 de septiembre de 2020, en la que las partes acordaron llevar a cabo juicio abreviado y convinieron, por los hechos allí juzgados una pena de veinte años y en relación con la unificación con la condena n° 6168 del 16 de marzo de 2009, imponer una **pena única de veinticuatro años de prisión**.

De tal manera, al encontrarse firme aquella sentencia, el agravio dirigido a cuestionar el procedimiento reglado por el art. 418 del CPP, no puede tener acogida, por cuanto las reglas del procedimiento abreviado se aplicaron al momento del debate y arrojaron como resultado el acuerdo que se plasmó en la sentencia condenatoria que abarcó tanto la pena por los delitos investigados en autos P-47266/18 y P- 55437/18, como la unificación dispuesta.

En este sentido corresponde destacar la reproducción del audio y video de la audiencia del día 3/9/20 (a partir del minuto 7.00) que da cuenta del acuerdo de las partes en relación a la pena de veinte años de prisión y la unificación de esta última pena con la impuesta mediante la Sentencia N° 6168.

Ahora bien, a fin de poder analizar con claridad lo resuelto mediante el cómputo de pena, cuya observación rechazada fue objeto de recurso de casación, resulta necesario efectuar un detalle de la situación procesal de Mario Alberto Rivas Sosa y de las causas por las que fue condenado en esta última oportunidad.

Los hechos investigados en autos P-47.266/18 y P-55.437/18, tuvieron lugar en fecha 9 de junio de 2.018 (homicidio investigado en autos P 47266/18) y el 7 de julio de 2.018 (robo agravado en grado de tentativa tratado en autos P-55437/18). Ambos ocurrieron con posterioridad de que Rivas Sosa se fugase de su lugar de detención en fecha 9/6/18, donde se encontraba cumpliendo la pena impuesta mediante Sentencia 6168 de fecha 16/3/09. En aquella sentencia n° 6168 se unificaron, a su vez, las sentencias 5754 y 5366 en la **pena única de 19 años y 2 meses**.

Establecido ello y toda vez que los hechos por los que fue condenado en la Sentencia N° 1348 ocurrieron con posterioridad a aquellos por los que ya había sido condenado y mientras cumplía la condena impuesta anteriormente por hechos ocurridos con anterioridad, más allá de la queja relativa con la falta de observancia de las reglas del concurso, no se advierte el fundamento de la crítica, puesto que en el presente caso no se trata de un supuesto de unificación de condenas, sino de **unificación de penas**.

Sentado ello, advierto que la solución del caso radica en dilucidar cuál ha sido el método utilizado para unificar las penas impuestas al condenado Rivas Sosa y el modo que se efectuó el pertinente cómputo de pena, como consecuencia del método de unificación acordado por las partes.

En primer lugar, advierto que el recurrente confunde dos procedimientos relacionados pero distintos entre sí, tales como la **unificación de penas y cómputo de pena**.

En ese aspecto, resulta claro que el segundo de esos procedimientos depende del primero y deberá efectuarse de acuerdo al criterio que se adopte al momento de unificar las penas de que se trate. Ello, debido a que no existe una única modalidad de unificar penas, conforme fue minuciosamente analizado en el conocido **plenario «Hidalgo» de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional**.

Unificación de penas.

En efecto, en el procedimiento de unificación de penas podrá optarse por: a) unificar la pena impuesta por nuevo delito con la totalidad de la pena impuesta por el delito anterior; o b) unificar la nueva pena sólo con lo que le resta cumplir de la pena impuesta con anterioridad. Si bien existen numerosas razones para asumir posición de acuerdo con una u otra de esas posibilidades, esos fundamentos no serán abordados aquí por no resultar pertinente para la resolución del caso.

Cómputo de pena.

Ahora bien, el procedimiento ineludible y posterior a la unificación de penas resulta ser, como es sabido, el cómputo de pena que determinará en qué momento se tendrá por efectivamente cumplida la pena impuesta. Sin embargo, el modo en que esa tarea se debe llevar a cabo no es único, sino que dependerá del método elegido para unificar las penas de que se trate.

De ese modo, si en la **unificación de penas** se hubiese optado por **aunar la integralidad de las penas impuestas** –supuesto a–, el cómputo de pena deberá realizarse sumando, a partir de la primera detención, el total de la pena unificada, y a ese monto restarle los días de prisión efectivamente cumplidos. El resultado determinará el saldo de pena por cumplir y, por ende, la fecha de cumplimiento.

Si se hubiese optado por **unificar la nueva pena con lo que restaba cumplir de la pena anterior** –supuesto b–, el cómputo de pena deberá efectuarse sumando ese monto total unificado a partir de la última detención, puesto que el tiempo cumplido de la pena anterior ya fue descontado en el momento de la unificación –a modo de adelanto de cómputo–. El resultado determinará, al igual que en la opción anterior, la fecha de cumplimiento.

Como se advierte, el resultado debería ser el mismo con cualquiera de los dos métodos de unificación, si se sigue la mecánica de cómputo de pena señalada.

En el caso que nos ocupa, resulta claro que el método de unificación acordado por la defensa del hoy condenado y la representante del Ministerio Público Fiscal ha sido unificar la nueva pena impuesta con el saldo o lo que le restaba cumplir a Rivas Sosa de la sentencia anterior (supuesto b), lo que finalmente fue homologado por el juez que dictó la Sentencia N° 1348.

Ello surge de lo manifestado por la fiscal al expresar que *«teniendo en cuenta la pena que resta, hemos acordado la pena de veinticuatro años de prisión»* (registro audiovisual, minuto 7:20 de la audiencia del día 3 de septiembre de 2.020).

Congruentemente con ello fue realizado el cómputo de pena de fecha 7/9/2020, en el que se tuvo en cuenta la última detención de Mario Alberto Rivas Sosa (07/07/2018) y se le sumó el monto de veinticuatro años de prisión, resultando que la fecha de cumplimiento de pena tendría lugar el 7/7/2042.

No puede soslayarse que el juez de instancia anterior consideró que «no corresponde computar el tiempo de detención sufrido en autos P-20031/07 y acumulados dado que fue contemplado al unificar penas», tal como correspondía proceder al aplicar el método de unificación elegido por las partes.

En función de ello no advierto ninguna falencia o arbitrariedad en la resolución que aquí se impugna.

Por los motivos expuestos y opinión concordante del Procurador General, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto y la confirmación de la resolución cuestionada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese. Dr. Palermo. Dr. Adaro. Dr. Valerio (Licencia).

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de mayo de 2023.-

11- NAVIA. 17-05-23. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf

Lex: Art. 80 inc. 11° del CP.

Vox: VG. Homicidio. Femicidio. Juicio por Jurado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua**, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable del delito de femicidio (arts. 80 inc. 11 del CP) que se le atribuyó en los autos n° P-710.971/19; la que unificó con la pena impuesta por ese mismo tribunal en la sentencia n° 1.738 en los autos n° P-740.194/19 y sus acumulados, imponiendo la pena única de prisión perpetua (art. 58 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2149, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Juicio por jurados

- Ibáñez Benavidez. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Violencia de Género.

- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Huanca. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCHS.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Di Cesare. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

b-CSJN

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

c- CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM.

Juicio por jurados. (JJ)

- Petean Pocovi. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Mendoza. 06-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf
- Morales Nievas. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf
- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Pajón Retamales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf
- Gutiérrez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446>
- Ibáñez Benavidez y ot.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Quispe Espinoza. 02-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>
- Vázquez Correa. 20-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210920_FcVCA.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga Navarro. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Farías Toledo. 19-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220419_FcFAP.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220729_FcCOR.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Méndez Castro. 13-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221013_FcMC.pdf
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221202_FcPRM.pdf
- Gil Pereg. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf
- Navia. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf
- Duré. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf
- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Figueroa Arriga 06-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf
- Oviedo. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf

Parágrafos destacados

“...Tal decisión merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción

finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime (v., al respecto, mi voto en «Tizza», luego reafirmado por la mayoría que resolvió en Plano en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»)...”

Doctrina citada

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

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

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

Fallo:

CUIJ: 13-06920377-3/1((018601-710971)) F. Y QUER. C/ NAVIA FRANCO HUMBERTO NICOLÁS (710971) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106166322*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06920377-3/1 caratulada "Fc/N. F., H. N. P/FEMICIDIO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de H. N. N. F. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 2.149 pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al acusado a la pena de prisión perpetua, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable del delito de femicidio (arts. 80 inc. 11 del CP) que se le atribuyó en los autos n° P-710.971/19; la que unificó con la pena impuesta por ese mismo tribunal en la sentencia n° 1.738 en los autos n° P-740.194/19 y sus acumulados, imponiendo la pena única de prisión perpetua (art. 58 del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La decisión impugnada condenó a H. N. N. F. a raíz de que el jurado popular constituido en autos, conforme a las previsiones de la ley 9.106, lo encontró culpable del hecho que se le atribuyó. Este suceso, según el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal, fue el siguiente: «[e]l día 8 de mayo 8 de mayo de 2019, en el horario comprendido entre las 02.00hs y las 04.00hs de la madrugada, H. N. N. F. ingresó junto a M. G. V. al descampado ubicado entre las callesdel Departamento de Guaymallén, lugar donde N. agredió a G. V., quien se resistió al ataque, sin perjuicio que aquél la golpeó con un elemento contundente en la cabeza provocándole fractura de cráneo que ocasionó su muerte, luego de lo cual N. utilizó un elemento punzo cortante para arrancar el rostro y parte del cuero cabelludo de la víctima» (v. registro audiovisual, audiencia del día 13/06/22 de las 15:27 hs., min. 00:24:47/00:25:40). Debe aclararse que las partes estipularon tener por probado: a) la identidad de la víctima (M. G. V.); b) el informe psicológico del acusado (posee capacidad psíquica para comprender la criminalidad del acto); c) la causa de muerte (traumatismo encéfalo craneano); y, finalmente, d) fecha y lugar del hecho.

La sentencia n° 2.149 y sus fundamentos dan cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se le proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime de culpabilidad que éste emitió y de la individualización de la pena e imposición de costas efectuada por el juez técnico.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado plantea su impugnación con base en las previsiones del inc. d del art. 41 de la ley 9.106, por cuanto considera que la sentencia condenatoria se deriva de un veredicto de culpabilidad del jurado popular que se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate.

En forma preliminar, luego de exponer los antecedentes relevantes del caso y reseñar la prueba rendida por las partes, considera que el Ministerio Público Fiscal no probó, más allá de toda duda razonable, la autoría del acusado en el hecho del proceso.

Considera que el presente recurso tiene como fin, entre otros, reafirmar la vigencia del instituto de jurados, al posibilitar la revisión integral del veredicto y, así, lograr un estándar de doble instancia real y no meramente formal, donde se reconozca que el sistema ha fallado en esta oportunidad, permitiendo la restauración de la justicia. Indica que las proposiciones fácticas sobre las que se asentó la acusación fueron las siguientes: 1) que el hecho ocurrió el día 8 de mayo de 2.019, en la madrugada, entre las 2:00 y las 4:00 hs, en el interior de un descampado en calle, Guaymallén, Mendoza; 2) que H. N. ingresó junto a G. V. al descampado; 3) que en el interior del descampado, el N. agredió a V., quien se resistió, la golpeó con un elemento contundente y le provocó la muerte; 4) que posteriormente, el acusado utilizó un elemento cortopunzante, le arrancó el rostro y el cuero cabelludo. Considera que la única prueba de la acusación sobre la autoría de N. F., es el testimonio de J. B. quien, durante el debate, dijo haber visto al acusado la misma noche del hecho en cuatro oportunidades, las que se corresponden con las veces que el dicente manifestó haber salido de su casa a comprar cervezas; y que la última de esas veces, primero observó el ingreso al descampado de N. F. con V., y luego de unos quince minutos, al acusado salir solo y nervioso de ese lugar. Estima que ese testigo no es creíble porque existen indicios que contradicen su testimonio, y ponen en duda su versión de los hechos, entre ellos, los siguientes: a) la enemistad manifiesta entre B. y N. F.; b) las circunstancias que afectaron la capacidad de percepción del testigo – nocturnidad, escasa luminosidad, efectos del consumo de alcohol–; c) la distancia desde el lugar donde B. dijo haber visto entrar y salir a N., y el descampado, comprobable con el video aportado a la causa por la defensa; y, finalmente, d) la modalidad del ataque a la víctima y las heridas provocadas post mortem, y su imposibilidad con una materialización en el espacio de tiempo señalado por el testigo. Seguidamente, señala que los testimonios de los hermanos M. S. M. –testigo de la fiscalía– y de A. S. M. –testigo de la defensa–, son contradictorios, y también desacreditan a J. B.. Refiere que los audios aportados por la Fiscalía sobre las conversaciones que mantuvieron G. N. y A. S. M. –padre y tío del acusado respectivamente–, quienes telefónicamente le dijeron a un tercero que el autor del hecho había sido H. N. F., es una información de pésima calidad que, además, no aporta ningún dato relevante para definir la autoría.

Ello por cuanto, si bien todos dicen que «fue H.», en relación con el homicidio de la víctima, ninguno señala cómo lo hizo, por qué lo hizo, con qué lo hizo, qué hizo después, cómo lo saben, o algún dato extra que no surgiera de la causa para cuando se efectuaron esas comunicaciones.

Ello, a criterio de la recurrente, acreditaría la expresiones vertidas en esas comunicaciones telefónicas sólo repiten información, mientras se agregaba a la causa principal (expediente papel).

Estima que las conclusiones brindadas por personal de Policía Científica y del Cuerpo Médico Forense sobre la agresión padecida por la víctima, confirman que las lesiones frontales por la izquierda fueron realizadas por un apersona diestra, al igual que las lesiones posteriores por la derecha, lo que fue omitido de toda valoración por el jurado popular.

Por ello, el acusado no puede ser el autor de esas lesiones, porque se acreditó en juicio que era zurdo, sin que la Fiscalía brindara explicaciones plausibles de cómo una persona zurda podría cometer las lesiones de ese modo.

Menciona que no se halló evidencia científica que vincule a N. F. con el crimen investigado, en tanto no se recolectaron rastros genéticos del acusado, ni sus huellas en el lugar del hecho y/o en el cuerpo de V..

Por otro lado, expresa que la defensa ofreció una tesis alternativa a la versión acusatoria, que surge de la vinculación entre el homicidio de la víctima y el asesinato de su marido –D. Q.– a manos de E. S.. Así, dado que V. era la única testigo presencial del asesinato de Q., y que su muerte antes del debate le permitió a S. obtener un cambio de calificación legal, realizar un juicio abreviado, y ser condenado por un delito menor, tales circunstancias explican los tintes mafiosos del crimen aquí investigado. Considera que esa tesis no es especulativa, sino que tiene asidero en la propia investigación fiscal, porque fue aportada primigeniamente por personal de la unidad investigativa y, luego, por el círculo íntimo de G. V.: su hermana P., su amiga R. y su pareja G..

En otro orden, la defensa cuestiona la calificación legal de los hechos intimados. Considera que no existen elementos que acrediten las características elementales del tipo objetivo de esa figura delictiva, de acuerdo con las instrucciones finales impartidas.

Refiere que la causa de muerte fue un golpe efectuado con un elemento contundente, y no las demás lesiones en el cuerpo de la víctima, cuya espectacularidad seguramente influyó en la voluntad del jurado, y en su decisión de condenar al acusado por el delito de femicidio.

Agrega que la Fiscalía tampoco acreditó ni la motivación especial, ni el contexto en que se funda la violencia, ni el motivo estructural que une la muerte con el agresor, lo que se debió no a un olvido de su parte, sino a la inexistencia de argumentos razonables para justificar esa calificación.

Concluye que, en el presente caso, no se superó el estándar de más allá de toda duda razonable sobre la autoría del acusado en el hecho investigado, porque existe prueba que niega los celos del acusado hacia la víctima y que, además, sitúa a N. F. fuera del escenario de los hechos.

Extremos que acreditan los testimonios de sus progenitores y, particularmente, por su ex pareja –A. S.–, quien reconoció haber estado con el acusado al momento del hecho.

Por todo lo expuesto, señala que aún si el jurado popular descreyera de toda la teoría del caso defensiva, la teoría del caso de la Fiscalía no logró acreditar los extremos fácticos de la acusación.

Por ello, solicita se revoque la sentencia condenatoria por arbitrariedad del veredicto del jurado popular, y se absuelva al acusado del delito enrostrado; o, en subsidio, se revoque el fallo y se ordene un nuevo juicio oral. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

En cuanto al apartamiento manifiesto de las pruebas producidas en debate, sostiene que el veredicto al que arribó el jurado popular, a la luz del plexo probatorio exhibido y analizado, no surge como arbitrario, sino el fruto de haber valorado toda la prueba rendida en el juicio, obteniendo la seguridad que los delitos atribuidos fueron probados y que el imputado fue su autor.

Refiere que los miembros del jurado fueron especialmente instruidos en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba, tal como surge de la instrucción general n° 6 –«Cuestiones sobre la prueba»–.

Es decir que, atento a ello, el jurado obró en consecuencia, no alcanzando la discrepancia defensiva puesta de manifiesto al expresar que el veredicto es arbitrario y que se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate, a menoscabar la validez de lo actuado.

Manifiesta que, luego del análisis de la prueba testimonial y material exhibida de acuerdo con las precisas instrucciones impartidas, el jurado tomó la decisión en el sentido recomendado en la instrucción, que prescribe que si al finalizar el juicio y después de haber valorado toda la prueba rendida, están

convencidos de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, es su deber emitir un veredicto de culpabilidad.

Expresa que, respecto al cuestionamiento sobre la calificación del hecho como femicidio, que en el punto «E» de las instrucciones finales al jurado – «Ley aplicable al caso»–, se explica y diferencia acertadamente entre homicidio, homicidio agravado: femicidio, y homicidio simple.

Considera que a la luz de las instrucciones brindadas, no cabe duda que en el presente caso, y de acuerdo con la teoría del caso presentada por la acusación, y que el jurado tuvo por acreditada, las razones de género incidieron en la motivación de la que partió el agresor para consumir el femicidio, lo que también se vincula con los objetivos pretendidos a través de su conducta criminal.

Por todo ello, concluye en que los agravios defensivos constituyen una discrepancia con el resultado adverso del fallo para su representado, que deben ser desestimados al no comprobarse un supuesto de arbitrariedad ni de apartamiento de prueba en el veredicto emitido por el jurado popular.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

En fecha veintisiete de marzo del corriente año se realizó la audiencia oral solicitada por la parte recurrente en modalidad virtual. Participaron la defensa del acusado, los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la querrela particular, quienes –en ese orden– expusieron sus respectivos argumentos, los que han sido digitalmente registrados en el soporte de audio y video correspondiente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que expondré a continuación– corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de H. N. N. F., y confirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial en base al veredicto de culpabilidad al que llegó el jurado popular.

El repaso de los agravios expresados por la defensa en su escrito casatorio, los que esencialmente fueron reiterados durante la audiencia de informe oral, verifica que el eje de la impugnación bajo análisis se vincula con lo que esa parte considera un notorio apartamiento de las pruebas producidas durante el debate por parte del jurado popular, en función del supuesto previsto en el art. 41 inc. d de la ley 9.106. Crítica que impacta sobre dos aspectos centrales de la resolución objetada: autoría y calificación legal. En esa doble dirección se encuentran dirigidos los argumentos defensivos.

Por un lado, en demostrar que la prueba producida no supera el estándar de la duda razonable para acreditar las principales proposiciones fácticas que sustentaron la teoría del caso de la acusación, particularmente que la responsabilidad penal del acusado en el homicidio investigado.

Por otro lado, en que la arbitrariedad de la valoración de la prueba también determinó a que el jurado popular califique legalmente el hecho enrostrado en el delito de femicidio, siendo que no se verificaron ninguno de los elementos objetivos del mismo, de acuerdo con las instrucciones finales suministradas por el juez técnico.

A los efectos de brindar un adecuado tratamiento a cada uno de los agravios planteados por la defensa del acusado, me ocuparé de su examen en el orden en que han sido formulados. Sin perjuicio de ello, y advertido que los agravios están entrelazados y vinculados con la valoración de la prueba en el juicio por jurado popular, estimo pertinente formular algunas breves reflexiones preliminares sobre las particularidades que asume el control casatorio en ese aspecto.

a.- Consideraciones en relación con la valoración de prueba realizada por el jurado popular

En primer lugar, brevemente corresponde delimitar la función revisora de esta instancia. Al respecto, este Tribunal –con diferentes integraciones– ha sostenido que la revisión de la valoración probatoria realizada por el jurado popular –que, a diferencia de los tribunales de jueces profesionales, no exterioriza su mérito de la prueba– no consiste en una «superposición» del criterio del tribunal de casación con el del jurado popular, sino en una evaluación acerca de la posibilidad y razonabilidad de la hipótesis acusatoria que el jurado consideró acreditada, en relación con las pruebas que fueron producidas durante el juicio.

Ello, si bien impone redoblar el esfuerzo, ante la mayor dificultad que representa la tarea de revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, cumple mucho mejor –y en forma objetiva– la revisión amplia, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará, en definitiva, si la solución arribada (veredicto del jurado) es posible (conf. mi voto en «**Petean Pocoví**», «**Tizza**»,), **posición que fue reafirmada por la mayoría del Tribunal que resolvió en Pleno en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»; en el mismo sentido, CSJN «Canales» y Corte IDH «VRP VPC vs Nicaragua»).**

Dado el **plus de legitimidad** que rodea al veredicto del jurado popular, la única ocasión en que los jueces y juezas profesionales de esta instancia podemos examinar el resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado popular, es cuando ésta acoge la teoría del caso de la acusación o cuando, aún sin acogerla completamente, su veredicto es de culpabilidad (art. 41, primera parte, de la ley 9.106).

Pues, cuando se trata de un veredicto de no culpabilidad, la solución al respecto surge del texto expreso de la ley. Aquí, el legislador provincial ha establecido, en forma excluyente, que: «Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno» (conf. art. 38, inc. d de la ley 9.106).

En segundo lugar, específicamente en lo que se refiere al alcance y la amplitud de la labor de revisión extraordinaria de los veredictos condenatorios emitidos por un jurado popular, conviene mencionar aquí que ese control casatorio debe ejercerse con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime (v., al respecto, mi voto en «**Tizza**», **luego reafirmado por la mayoría que resolvió en Pleno en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»).**

De tal manera, ese particular respecto que merece la decisión del jurado popular, determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en una evaluación de la posibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad. Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se

derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate (ver al respecto, mi voto en «**Petean Pocoví**», **el voto de la mayoría en «Tizza**», **el voto de la mayoría del Pleno del Tribunal en «Acuña**», **«Zúñiga**», **«Vildoza**» e **«Hisa**»; **todo de conformidad con lo señalado en «Canales» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**).

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto –caso de autos– debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora.

Ello, no implica de modo alguno una limitación al recurso del acusado, ni un impedimento para la revisión de una sentencia emitida como consecuencia de un veredicto de culpabilidad del jurado popular; sino que compromete y obliga a que la tarea revisora se centre en determinar si aquella decisión del jurado popular que se cuestiona, se encuentra dentro del elenco de opciones probables y racionales que surgen de las pruebas producidas durante el debate.

Labor en la que debe guardarse la especial deferencia al buen juicio y al sentido común del colectivo del jurado.

Para ello, corresponderá determinar:

- a) si de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y
- b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la prueba.

Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia debe ser confirmada.

b.- Cuestionamientos de la defensa a la valoración probatoria realizada por los integrantes del jurado popular

La tesis central que propone la defensa en este punto es que no resultó acreditado que N. F. ingresó junto a G. V. al descampado ni, por ende, que la golpeó con un elemento contundente que le ocasionó la muerte. En esa directriz, primero, cuestiona la credibilidad del testimonio de J. B., al que considera mendaz, inverosímil, interesado, contradictorio y sin sustento en el resto de los elementos probatorios producidos durante el debate (b.1); segundo, advierte sobre la existencia de prueba que acredita la hipótesis alternativa que sustenta la inocencia del acusado (b.2); y, tercero, insiste en que se trató de un crimen con connotaciones mafiosas, que fue perpetrado contra la víctima por su calidad de testigo en otra causa, donde se investigaba el homicidio de quien, en vida, era su marido (b.3) –ver, en extenso, la reseña del recurso efectuada en el punto 2 de este voto–.

Con respecto a lo primero, elabora su razonamiento crítico a partir de una serie de argumentos que –expositivamente– pueden ser agrupados y resumidos del siguiente modo: enemistad manifiesta entre el testigo y el acusado (i); concurrencia de condicionantes de la capacidad de percepción y visualización del testigo la noche del hecho (ii); y, finalmente, falta de correspondencia entre la modalidad del ataque y lo relatado por el testigo sobre las circunstancias de tiempo del hecho (iii).

Por ello, considera que toda la versión de B. se asienta sobre proposiciones débiles, que desacreditan su testimonio e impiden validar como lógico y racional el veredicto del jurado popular.

En orden a lo segundo, luego de criticar el sentido cargoso que la acusación le asignó al contenido de diferentes comunicaciones telefónicas, sostiene que hay testimonios que demuestran la ausencia del acusado del escenario de los hechos.

En relación con lo tercero, alega que el vínculo entre el homicidio de la víctima y el asesinato de su marido, cometido por E. S. M., no es una teoría especulativa o imaginaria, sino que surge de la propia investigación fiscal. Ello, por cuanto, con la muerte de G. V., única testigo presencial del homicidio de su marido –D. Q.–, se mejoró la situación procesal del autor de este último, dado que la Fiscalía se vio forzada a acordar un cambio de calificación legal y a realizar un juicio abreviado, que determinó que S. M. resultara condenado a la pena de catorce años de prisión. Al respecto, debo decir que ninguno de los argumentos señalados por la defensa resulta suficiente para controvertir el veredicto condenatorio emitido por el jurado popular, quien consideró que los hechos que conformaron la teoría del caso de la acusación –Ministerio Público Fiscal y querrela– se encontraban probados más allá de toda duda razonable, y que fue el acusado N. F. quien los cometió. Doy razones.

b.1.- Sobre el grado de veracidad del testimonio de J. B.

En cuanto a la objeción relativa a la credibilidad del principal testigo de la acusación, esto es, a los dichos de J. B., se advierte con claridad que ésta ha sido la estrategia argumentativa que reiteradamente utilizó la defensa a lo largo de todo el desarrollo del juicio, incluida esta fase extraordinaria de revisión, para controvertir la tesis incriminatoria. Ello, se patentiza con el visualizado de los registros audiovisuales de las respectivas audiencias de juicio, en particular, cuando la defensa de N. F. realizó sus alegatos de apertura y clausura del debate (véanse registros audiovisuales, audiencia del día 13/06/22 de las 15:38hs., min. 00:34:40/00:42:44, audiencia del día 16/06/22 de las 10:26 hs., min. 00:53:35/1:33:01, respectivamente).

Razón por la cual aquellas valoraciones negativas acerca de la credibilidad intrínseca y extrínseca de su testimonio, no quedaron al margen de la apreciación de los miembros del jurado. Asimismo, advierto que los integrantes del jurado popular fueron expresamente instruidos por el juez técnico sobre el modo en que debían examinar y valorar la credibilidad de un testimonio. Así, mediante las instrucciones generales, se les informó que: «[...] Al decidir sobre la fiabilidad de un testigo, ustedes deben examinar todo el testimonio y pueden considerar, entre otros, los factores siguientes: la oportunidad y capacidad que tuvo el testigo para ver, oír, percibir con cualquiera de sus sentidos o conocer acerca de los asuntos sobre los que está testificando; la calidad de la memoria que tiene el testigo respecto de lo que está declarando; si el testigo tiene algún motivo para mentir o callar la verdad; cuán razonable es el testimonio del testigo al poner su declaración en relación con el resto de la prueba producida en el juicio; si tiene algún tipo de relación con el imputado o con la víctima que pueda influir en el contenido de su declaración. No es relevante la actitud del testigo, [sino] lo que dice y su correlato o coherencia con otras pruebas [...]» (instrucción general n° 6, pág. 4 de la sentencia, orden n° 247 del sistema LeD).

Aspecto sobre el cual, el juez técnico, sobre la base de lo litigado por las partes, insistió a través de las instrucciones finales, donde se deja expresa constancia que la principal obligación del jurado es «decidir cuáles son los hechos de este caso», debiendo para ello evaluar «qué prueba es fidedigna y creíble» y considerar «qué tanto o qué tan poco creerán y confiarán en el testimonio de cualquier testigo», pudiendo «no creer o creer sólo una parte o en la totalidad de la prueba».

Labor valorativa para la cual se les mencionó algunos de los aspectos que podían considerar al momento de evaluar la credibilidad de un testigo. Así, a través de preguntas formuladas en términos genéricos, se instruyó al jurado para que examinara, entre otros, los siguientes aspectos: sinceridad – «¿Pareció sincero

el testigo?», motivación para declarar «¿Tenía el testigo un interés en el resultado del juicio, o tuvo alguna razón para aportar prueba más favorable a una parte que a la otra?», capacidad y condiciones en las que se encontraba el testigo al momento de presenciar aquello que declara en juicio – «¿Cuáles fueron las circunstancias en las que realizó la observación?», razonabilidad y consistencia del relato – «¿Parecía razonable y consistente el testimonio del testigo mientras declaraba?¿Era “similar” o “distinto” de lo que otros testigos dijeron acerca del mismo evento?¿Dijo el testigo o hizo algo diferente en una ocasión anterior?», influencia externa – «¿Hubo alguna presión o amenaza usada contra el testigo que afectara la verdad de su testimonio?»– (pág. 11/12).

De allí que las conclusiones que efectuara el jurado acerca de la credibilidad del testimonio puesto en crisis por la defensa integró la labor valorativa efectuada sobre la base de las precisiones convenidas entre los litigantes, expresadas mediante las pertinentes instrucciones, por lo que no se advierte elementos que permitan avizorar un sesgo de arbitrariedad de su parte. Seguidamente, se analizaran los argumentos de la defensa para sustentar el desvalor que le asigna a la versión de los hechos aportada por el testigo de mención, de acuerdo con el orden expositivo y analítico presente en el escrito casatorio.

b.1.1.- Relación de enemistad entre el testigo y el acusado.

Los argumentos dados por la parte recurrente para sostener insistentemente que el testigo declaró falsamente, siendo movilizado a ello por mantener un interés en el resultado del proceso no pueden tener acogida favorable en esta instancia, desde que estas críticas se fundamentan, lisa y llanamente, en especulaciones de la defensa sobre la tarea que llevó a cabo el jurado en su deliberación, desvinculadas de elemento probatorio alguno.

No existe elemento alguno que permita comprobar la alegada falsedad o ganancialidad en sus declaraciones.

En efecto, de la reproducción de la audiencia del debate no se observan circunstancias gravemente relevantes que lleven a suponer que el jurado popular tergiversó el contenido de esa prueba testimonial y realizó inferencias abiertamente erróneas. Sobre este aspecto en particular, durante su declaración en el marco del debate, J. B. admitió que si bien no mantenía una buena relación con el acusado, éste no era su enemigo.

En ese sentido, aclaró que conocía a H. N. del barrio donde vivían, que en una oportunidad aquél le pidió que lo ayudara para eludirse de la búsqueda policial, petición a la que B. accedió, alojándolo brevemente en su propio domicilio. Identificó que, a raíz de ello, comenzaron los problemas con el acusado, dado que éste observó en el referido inmueble unas prendas de vestir que vendía su hermana, y creyó que B. se las había sustraído. Algo que, según el testigo, no ocurrió, sino que se trató de ropa que le había comprado la esposa del hermano del acusado. Episodio que ocurrió antes del homicidio de la víctima de autos (ver constancia audiovisual, audiencia del día 14/06/22, de las 10:32 hs., a partir del min. 00:01:55, en particular, mins. 00:02:11, 00:08:10, y, especialmente, min. 00:32:12/00:33:34).

Sin perjuicio de ello, el testigo también aseguro que esa relación no condicionaba el contenido de su declaración.

Así, cuando el representante del Ministerio Público Fiscal le preguntó si lo que había declarado en la audiencia de debate tenía que ver con un sentimiento de enemistad para con el acusado, el testigo fue claro al responder que: «No. Yo acá vengo a decir la verdad. No vengo por bronca a decir las cosas. Yo estoy comprometido, tengo que decir la verdad. Yo sé que a él no lo quiero, pero yo estoy diciendo lo justo, lo que realmente sé y lo que vi. Otra cosa no voy a inventar» (min. 00:23:14/00:23:40).

Con lo cual, la modalidad de la relación personal entre el testigo y el acusado, no estuvo ausente del conocimiento de las partes ni, por ende, de los integrantes del jurado popular. Recordemos en este aspecto que, como se señaló anteriormente, el jurado fue expresamente advertido e instruido sobre la necesidad de analizar la presencia de algún aspecto de la declaración del testigo que permita comprobar cierto interés de su parte en el resultado del proceso, que pueda afectar o condicionar la credibilidad del relato. Entiéndase por ello, un especial ánimo de amistad o enemistad que lo motive a declarar en forma más o menos favorable a la situación procesal del acusado, lo que se conoce como ganancialidad.

b.1.2.- La incidencia de condicionantes sobre las aptitudes cognitivas del testigo.

Posible afectación de su capacidad de percepción de lo vivido

Entiendo que tampoco pueden ser de recibo los argumentos de la defensa mediante los cuales cuestiona la capacidad del testigo al momento de observar los hechos que relató en su declaración. Entiendo que se trata de críticas que se sustentan en conjeturas y suposiciones, insuficientes para demostrar que J. B. no se encontraba de adecuadas condiciones para visualizar los hechos que, luego, y en diferentes instancias, describió a lo largo del proceso.

Ni mucho menos para objetar el veredicto del jurado sobre la base de la valoración que realizó el jurado popular de la credibilidad de su testimonio.

En la prudente, equilibrada y respetuosa revisión que le corresponde efectuar a este Cuerpo sobre ese aspecto de la resolución atacada, considero que la nocturnidad, el horario, la escasa luminosidad, la distancia o, incluso, el consumo de alcohol al que alude la defensa, son circunstancias que estuvieron presentes en los dichos del propio testigo cuando declaró ante el jurado popular y que, por lo tanto, integraron la ponderación que de ellos hicieron los integrantes del jurado popular.

Repárese que el juez técnico los instruyó a apreciar las circunstancias y las condiciones en las que se encontraba el testigo al momento de realizar la observación, como uno de los aspectos a considerar en la evaluación del nivel de verdad del testimonio de un testigo.

Las circunstancias de tiempo y lugar del hecho fueron objeto de un acuerdo probatorio entre las partes quienes, por ello, dieron por probado sin discusión que la muerte de la víctima se produjo durante la noche, en horas de la madrugada, en el interior de un lugar descampado.

Ese fue el marco o ambiente que describió J. B. al contextualizar su conocimiento de los hechos, donde explicó –con cierto nivel de detalle– la cronología temporal y espacial de su intervención como testigo de los mismos, así como también, sobre la conducta que asumió al respecto.

Aspectos sobre los cuales, las partes, tuvieron la posibilidad de exponer las calidades y/o vulnerabilidades de su testimonio, y así lo hicieron. No puede desconocerse que la contextualización que realiza el declarante al describir las circunstancias de lugar y tiempo en el que los hechos tuvieron lugar, cuando se corrobora empíricamente a través de las constancias comprobadas de la causa, configura un indicio de verosimilitud. Si bien no se trata de un elemento dirimente de credibilidad, sino simplemente un dato objetivo más a valorar, suele ser difícil demostrar que el testigo miente cuando recuerda espontáneamente qué hizo antes o después del hecho, o qué estaba escuchando, o qué programa de televisión estaba viendo, o simplemente que informe de la luminosidad del lugar en el que sucedieron los hechos, y esa información se corroboran –indirectamente– por otros datos.

Pues, en definitiva, se trata de declaraciones del deponente que añaden más elementos de juicio para valorar la coherencia y la consistencia de su relato.

Por lo tanto, cuando la deposición se refiere más a detalles fácticos, que dejan poco lugar para la valoración, tanto más posibilidades existen de verificar la sinceridad de su contenido.

En ese marco, de acuerdo con lo que surge de su declaración, el testigo manifestó haber visto al acusado la noche del hecho en cuatro oportunidades, cuando salía de su domicilio caminando para dirigirse a un local comercial donde se vendían bebidas alcohólicas.

En este orden, el testigo contextualizó sus dichos. Situó temporalmente aquello en relación con un acontecimiento deportivo que se transmitía en vivo a través de la televisión (partido de fútbol entre un conjunto nacional y otro extranjero, en el marco de un campeonato internacional).

Indicó los distintos horarios en los que observó al acusado junto con la víctima: –aproximadamente alrededor de las 22:00 hs, la primera vez, y entre las 23:00 y las 00:00 hs, la segunda vez, ambas del día 7 de mayo del año 2.019; y a las 2:00 hs, la tercera vez y, finalmente, a las 4:00 horas, la cuarta vez, ambas del día 8 de mayo del mismo año–. Por su parte, señaló en qué lugares se encontraba él y el acusado, con qué personas, cuál era el comportamiento de ellos, entre otros datos circunstanciales (v. entre otros, min. 00:06:01/0010:40, en especial, 00:24:15/00:26:16, 00:50:12/00:53:11).

En directa referencia a las condiciones de iluminación del descampado, afirmó con contundencia que era un lugar «oscuro [aunque] hay un poco de claridad» (mins. 00:10:43/00:10:52). Ello, motivó que el representante del Ministerio Público Fiscal le pregunte cómo supo que las personas que ingresaron en ese descampado, pese a las condiciones de escasa luminosidad, eran N. F. y V., y que el testigo respondiera con contundencia que los identificó «porque yo los había visto antes sentados, y sé que eran los únicos que estaban. Aparte les conocí la vestimenta. Sé que eran ellos» (00:10:53/00:11:12; 00:53:12/00:53:24). No resulta ilógico, arbitrario ni contrario a las reglas de la experiencia, como lo considera la defensa, que la escasa luminosidad del lugar del hecho no haya representado para el testigo un impedimento para observar y reconocer que el acusado ingresó junto a la víctima al lugar descampado –donde ésta última fue hallada sin vida–, así como el egreso posterior de N. F., a quien describió desplazándose solo y nervioso (00:24:20; 00:25:39). Descripción que coincide y se complementa con su primera declaración testimonial, la que parcialmente fuera leída por el propio testigo a instancias del Ministerio Público Fiscal, en el pasaje donde describe las condiciones en las que observó que el acusado salía del descampado, cuando además de mencionar que lo vio ingresar junto a la víctima al descampado, y salir del mismo solo, sin llevar nada encima, agregó que vio «asustado [...] escondiéndose atrás de los árboles, en la oscuridad» (00:26:29/00:29:47)

En ese sentido, la sindicación cargosa que hizo el testigo encuentra una racional explicación en los propios dichos del deponente, particularmente cuando aclara que, aún cuando la iluminación no era buena, reconoció a la víctima y al victimario ingresando al lugar donde se desarrollaron los acontecimientos al verificar en ellos diversos aspectos, tales como su fisonomía y su vestimenta. Nótese aquí que las personas involucradas no eran extrañas sí.

Todos se conocían del lugar donde vivían, se relacionaban de distinto modo, hubo varios contactos directos y personales entre los involucrados momentos previos a que ocurriera el hecho delictivo.

Por lo tanto, es razonable valorar que el testigo resulta creíble cuando, en las condiciones señaladas, no sólo describe esa última secuencia fáctica que asumieron los acontecimientos que conformaron el objeto del proceso, que lo tuvieron como un espectador directo, sino que, también, con contundencia y sin dudar, situó en ella al acusado, desplegando las conductas mencionadas.

Por otra parte, otro aspecto más que denota el carácter especulativo de las alegaciones defensivas, es la incidencia que habría tenido el consumo de alcohol en la capacidad de percepción del testigo.

Para la defensa, esa capacidad resultó seriamente afectada por el consumo de alcohol durante toda la noche, por lo que no resultaría posible que, en esas condiciones, una persona pueda distinguir personas

y acciones en horas de la noche. Sin embargo, en ningún pasaje de su declaración, el testigo menciona un consumo de alcohol que pueda haber afectado de algún modo relevante, sea por la cantidad o por el tipo de bebida que se trate, su capacidad cognitiva, en los términos que lo entiende la defensa. Las únicas referencias a la ingesta de bebidas alcohólicas aparecen cuando, por un lado, a instancias de preguntas de la defensa, el testigo indica que la noche del hecho se encontraba junto a un vecino –S. B.–, en su domicilio, observando por televisión un partido de fútbol y «tomando cerveza» (mins. 00:37:06/00:37:18). Por otro lado, cuando señaló que las veces que salió de esa vivienda fue para dirigirse a comprar a un kiosco que comercializaba bebidas alcohólicas durante las veinticuatro horas del día, para lo cual debía, necesariamente, transitar por el lugar donde se encontraba el acusado junto a la víctima –domicilio de A. S. M.–. No hay más nada que esos comentarios del testigo sobre el consumo de alcohol. Ni siquiera fue interrogado al respecto por la defensa sobre aspectos que podrían haber sido relevantes para comprobar la premisa fáctica sobre la que asienta este extremo de su teoría del caso, tales como: qué tipo de bebida consumió y, en su caso, en qué cantidad; si compró bebidas alcohólicas en el kiosco y, en su caso, en cuál de las veces que salió; qué compró y en qué cantidad; si consumió alcohol solo o con alguien más y, en su caso, con quién o quiénes, entre otros. Evidentemente, esa información no resultaba relevante para la teoría del caso de la defensa.

A ello surge relevante mencionar que la defensa desistió de la declaración testimonial de S. B. (v. constancia de audiencia realizada del día 14/06/22, orden n° 244 del sistema LeD). Nótese que se trata de la persona que, según sus dichos, se encontraba junto a J. B. consumiendo cerveza y mirando fútbol, en su vivienda particular.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con la concurrencia de condicionantes de la capacidad de percepción y visualización del testigo, la defensa considera que la inverosimilitud del relato del testigo también surge de identificar a las personas que ingresaron al descampado –N. F. y V.– desde el lugar en el que se encontraba, a una distancia de cuarenta metros, con «poca luz artificial» y luego de consumir «varias cervezas». Extremo sobre el cual ofreció prueba, consistente en una filmación del lugar, acompañada de un informe elaborado por el licenciado en Criminalística Facundo Cabeza, (prueba que fue admitida por el tribunal, orden n° 235 del sistema LeD).

En cuanto a las pruebas que aportó la defensa, debe señalarse que el profesional arriba mencionado –licenciado Cabeza– declaró ante los miembros del jurado popular, oportunidad en la cual, al mismo tiempo de su deposición, se exhibió ante las partes el registro fotográfico, fílmico y planimétrico efectuado durante la inspección ocular y reconstrucción del hecho realizada por el mismo. Visualización que fue acompañada por explicaciones del declarante, sobre la base del interrogatorio de la defensa, y conainterrogatorio de la acusación (v. audiencia del día 15/06/2022, de las 11:54 hs., a partir del min. 00:01:25).

Lo descripto, sumado a las instrucciones suministradas por el juez técnico sobre valoración de la prueba, demuestra que se trata de elementos probatorios que estuvieron a disposición del jurado, quienes pudieron valorarlos de acuerdo con las instrucciones que les fueron suministradas por el juez técnico. Sin perjuicio de ello, efectuada la revisión casatoria sobre la base de los cuestionamientos defensivos, también debe decirse que la defensa no expresa las razones por las cuales su valoración por el jurado habría sido arbitraria.

O bien, en qué sentido una valoración distinta contradeciría la teoría del caso de la parte acusadora, a cuyos fines también esa parte puso a disposición del jurado extremos para valorarlas.

En ese sentido, interesa destacar que la descripción que hizo J. B. sobre el recorrido que realizó a pie aquellas en oportunidad de dirigirse al local comercial –kiosco– la noche en que ocurrió el hecho delictivo, particularmente del momento donde afirmó haber observado el ingreso al descampado del acusado junto con la víctima, concuerda con el material que integró el informe elaborado por el perito criminológico de la defensa, así como con las explicaciones brindadas en la audiencia ante el jurado.

Aún a fuerza de ser reiterativo, el testigo detalló que la cuarta vez que salió de su casa al kiosco «[...] pasé por la casa de A. [S. M.], llegué a la esquina, hice dos cuadras más[...] iba llegando casi a la casa de A. cuando ellos [por N. F. y V.] iban entrando. Serán tres o cuatro casitas más» (min. 00:24:47/00:25:20, y en forma coincidente, min. 00:53:25/00:54:30).

Esa descripción que reiterada y coincidentemente realizó el dicente, se corresponde con el trayecto que señaló el perito de control de la defensa en la planimetría que obra en el informe elaborado y también, con sus explicaciones sobre las características de los lugares detallados por el testigo en su deposición – domicilio de J. B., domicilio de A. S. M., obra en construcción, calles e intersecciones, ingresos al descampado, ubicación del kiosco al que se dirigió en varias oportunidades y lugar del hallazgo del cuerpo sin vida de la víctima–.

Lo expuesto torna ciertamente posible la decisión del jurado popular que, al escuchar las declaraciones de J. B., observar el informe aportado por la defensa y escuchar las explicaciones que del mismo realizó el profesional que intervino en su elaboración, pudiera evaluar que no se estaba ante la presencia de una prueba desincriminatoria, que sustente mínimamente un margen de duda razonable sobre la presencia del acusado en el lugar del hecho. Particularmente, en lo que hace a su ingreso al descampado junto con la víctima alrededor de las cuatro de la madrugada del día 8 de mayo del año 2019, y su retirada del mismo en forma solitaria. Todo, de conformidad con lo declarado por el testigo de referencia, cuya credibilidad es materia de cuestionamiento de la parte recurrente.

b.1.3.- Los datos de tiempo y su correspondencia con la dinámica del hecho

Según afirma la defensa, la mendacidad del testimonio de J. B. también surge de la individualización del lapso que hubo entre que dijo haber visto al acusado ingresar al descampado junto a la víctima y luego salir solo. Ello por cuanto, no resultaría posible inferir que el ataque contra la víctima, en las circunstancias modales que resultaron acreditadas en la causa, pudiera haberse consumado en un espacio de quince minutos, como lo indicó el testigo.

Considero que este argumento tampoco logra desvirtuar lo resuelto por el jurado popular mediante el veredicto condenatorio emitido, dado que las alegaciones de la impugnante no logran evidenciar la concurrencia de un flagrante desvío del raciocinio o la existencia de un juicio arbitrario sobre el punto en cuestión.

En efecto, las explicaciones que ofreció ante los miembros del jurado la médica Cecilia Herrera, del Cuerpo Médico Forense, sobre la necropsia elaborada sobre el cadáver de la víctima, no resultan incompatibles con las manifestaciones que realizó el testigo.

A instancias de preguntas de la Fiscalía, J. B. se refirió a la última ocasión que se dirigió al kiosco la noche del hecho, y dijo que se demoró «quince minutos en ir a comprar» (min. 00:25:20). Luego fue consultado sobre el mismo tópico por la parte querellante, oportunidad en la que aclaró que desde que vio ingresar al descampado a N. F. junto con G. V., hasta que vio que aquel salía solo de ese lugar, habían transcurrido aproximadamente quince minutos (min. 00:30:23/00:30:35).

Mientras que, por su parte, la médica forense explicó que la secuencia completa del ataque –incluyendo las lesiones post mortem– pudo haber insumido hipotéticamente un tiempo aproximado de entre quince

minutos a media hora. Incluso aclaró que, dependiendo de la habilidad de la persona, las incisiones sobre el cuerpo de la víctima podían realizarse en un período de tiempo inferior a diez minutos (ver audiencia del día 14/06/22, de las 10:08 hs., min. 00:20:01).

La semejanza entre ambos testimonios sobre ese aspecto, proporciona otro elemento que corrobora la credibilidad de J. B., ahora sobre un aspecto especialmente relevante en la determinación de las circunstancias materiales que rodearon los hechos –tiempo en el que tuvo lugar el ataque que ocasionó la muerte de la víctima a manos de su agresor–. Labor que les corresponde esencialmente a los miembros del jurado popular, y cuya conclusión al respecto, por lo dicho, resulta a todas luces razonable y posible. En otros términos, no es incompatible con la plataforma fáctica que conformó la teoría del caso de la acusación, avalada mediante el veredicto de culpabilidad del jurado popular, la circunstancia según la cual la secuencia conformada entre la agresión del atacante, la resistencia de la víctima –confirmada con el informe de la necropsia que revela lesiones de tipo defensivas en el cuerpo de la víctima–, y las lesiones post mortem, pudo insumir un tiempo aproximado de quince minutos.

b.1.4.- Las declaraciones testimoniales que restarían credibilidad al testimonio de J. B.

La defensa advierte que los testimonios de M. S. M. y A. S. M. son contradictorios entre sí, y que desmienten a J. B.. Expone esas desavenencias a través de un gráfico de tablas, donde cita alguno de los pasajes las declaraciones de los referidos testigos. Al respecto debe decirse que, como se ha dicho con anterioridad, los miembros del jurado han sido debidamente instruidos sobre el modo de valorar la prueba testimonial –extremo que no ha sido puesto en tela de juicio por la defensa–. Así, además de J. B., los testigos señalados por la defensa también prestaron declaración testimonial durante el debate (ver audiencia de debate de los días 14 y 15 de junio del 2.022).

El repaso del registro audiovisual correspondiente permite comprobar que ninguno de esos testimonios desacredita a J. B. ni, por ende, sustenta mínimamente la inocencia de N. F. en el hecho enrostrado.

Esa afirmación surge, incluso, del propio cuadro comparativo que presentó la defensa en su escrito casatorio, como también lo hizo en el marco de la audiencia de informe oral, donde se expone con claridad que las pretendidas desavenencias o contrariedades no son tales.

Por el contrario, los tres testimonios coinciden sobre aspectos centrales de la reconstrucción histórica de los sucesos investigados. En particular, sobre los siguientes: confirman que H. N. F. estuvo la noche del hecho junto con A. S. M. y G. V. en la casa de aquel; ratifican que A. y G., en un momento determinado de la noche, dejaron solo al acusado; afirman que, luego, H. se quedó solo con G., porque A. se fue a dormir; y, finalmente, asienten sobre la presencia de J..

Por lo demás, las posibles discordancias se reflejan sobre aspectos intrascendentes, que no inciden en forma decisiva sobre el modo en que se produjeron los hechos, ni muchos menos en la responsabilidad del acusado como autor del homicidio de la víctima.

b.2.- Acerca de la hipótesis alternativa de la defensa. La coartada del acusado.

Las lesiones en el cuerpo de la víctima y las comunicaciones telefónicas La estrategia defensiva, tal como se dijo, tiende a demostrar la inocencia del acusado con base en los puntos que entiende contradictorios o poco asertivos de la prueba de cargo –argumentos que fueron tratados y descartados en los puntos anteriores–.

Además, enfatiza en demostrar que su teoría del caso encuentra asidero en los elementos de prueba producidos en la causa.

Particularmente, en el testimonio de la ex pareja del acusado –A. S.– y de la madre de ella –A. B.–. Ahora bien, en orden a la versión del acusado, debe decirse que ella no aparece verosímil, en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos.

En efecto, y por un lado, debe referirse que no sólo elementos probatorios en base a los cuales la defensa pretende respaldar sus dichos fueron ponderados por los miembros del jurado.

Por otro lado, debe señalarse que uno de los testigos de descargo a los que hace referencia de la defensa, esto es, a A. S., si bien declaró haber estado con N. F. el día y a la hora en que se cometió el hecho, en la vivienda de su madre, durmiendo juntos en el mismo dormitorio (v. audiencia del día 14/06/22, de las 16:17 hs., a partir del min. 00:04:07) , sus manifestaciones no se condicen con las pruebas que obran en la causa.

En este punto, debe destacarse que la presencia del acusado en el escenario donde se produjeron los hechos no solamente aparece sindicada en las diversas declaraciones que efectuó J. B. a lo largo de proceso, particularmente al hacerlo durante el debate y ante los miembros del jurado.

También, por otros testigos que declararon en juicio, con la particularidad que uno de ellos fue ofrecido por la propia defensa del acusado. Me estoy refiriendo a A. S. M. (v. audiencia del día 15/06/22, de las 9:45 hs., min. 00:12:40).

Pero, además, nótese que esa coartada defensiva quedó desprovista de un elemento probatorio central. Se trata del testimonio de A. G. B., del que desistió la defensa pese a estar involucrado directamente en la versión desincriminatoria, por ser la dueña de la vivienda en la que habrían estado juntos N. F. y la hija de aquélla la noche del hecho (v. audiencia del día 14/06/22, de las 16:18 hs., min. 00:00:37).

En base a esa información incorporada como evidencia por los testigos a la causa, resulta posible que a los miembros del jurado, siempre sobre la base de las instrucciones impartidas por el juez técnico para la valoración de la prueba producida, no les haya resultado convincente ni ajustada a las resultas de las restantes constancias probatorias producidas durante el debate, la hipótesis alternativa de sentido desincriminatoria alegada en su descargo por el acusado y su defensa técnica.

Esta conclusión de ninguna manera importa una alteración de la regla de la carga probatoria, en tanto las hipótesis alternativas de la defensa a la cimentada por la acusación deben constituir, al menos, alternativas racionales respaldadas en las constancias de la causa, lo que en el presente caso no ocurre. Resta hacer mención a dos cuestiones que introdujo la defensa para respaldar su versión de los hechos: la ubicación de las lesiones de la víctima, y el contenido de las llamadas telefónicas entre el progenitor del acusado con su hermano y con otro de sus hijos.

En cuanto al lugar donde fueron constatadas las lesiones frontales y posteriores de la víctima –lado izquierdo–, y la imposibilidad que las mismas hayan sido producidas por el acusado, dado que, según la defensa, se acreditó que N. F. era zurdo, considero que ello se trata de una interpretación completamente hipotética en dos sentidos.

Primero, porque no se advierte que la cuestión referida a qué mano usa preferentemente el acusado, es decir, si es la derecha o la izquierda, haya sido un aspecto controvertido del debate, o sobre el cual, las partes hicieron hincapié al momento de interrogar y contrainterrogar al acusado.

O, en su caso, a la profesional del Cuerpo Médico Forense que realizó la necropsia respectiva para que explique este aspecto de los hechos; es decir, si existe una relación directa entre la ubicación de las lesiones y el uso de la mano izquierda o derecha por parte del atacante.

Ello, revela la falta de decisividad para la determinación de la dinámica modal de la violencia desplegada por el atacante sobre la integridad física de la víctima. Segundo, porque tampoco se observa cuál sería la

incompatibilidad absoluta que una persona que usa o se sirve preferentemente de la mano izquierda, pueda lesionar partes del cuerpo de otra persona ubicadas del lado derecho.

Más aún si por la dinámica del hecho es probable que el atacante haya utilizado ambas manos, desde que, además de las lesiones en el cráneo, la víctima presentó diferentes lesiones –equimosis violáceas– en muñeca, antebrazo y codo izquierdo, que fueron interpretadas como maniobras defensivas por la médica Herrera.

Respecto de los audios de las escuchas telefónicas obrantes en la causa, debe decirse que tampoco se comparten en esta instancia los argumentos de la defensa, referidos a la alegada intrascendencia de la información que se introdujo al debate a través de esas pruebas.

Se observa que el sentido cargoso que le asignó el Ministerio Público Fiscal a esos elementos probatorios, en aras de acreditar la autoría del acusado –teoría del caso de la acusación– se justifica si se analiza el tenor de esas comunicaciones dentro del contexto fáctico que rodeó posteriormente los hechos juzgados, de acuerdo con la reconstrucción que razonablemente pudo realizar el jurado popular, en función de la prueba incorporada, y la sustanciada durante el debate.

En este aspecto, conviene destacar la declaración de J. D. C. G. durante el debate, quien intervino durante la investigación de los hechos como Subcomisario Principal de la División Escuchas Telefónicas y Antisecuestros de la Dirección de Investigaciones.

Luego de exponer detalladamente los mecanismos y procedimientos que se despliegan cuando se ordena judicialmente una intervención telefónica, el testigo explicó que en el curso de la investigación del presente hecho, se detectaron conversaciones entre las líneas telefónicas intervenidas, en las que G. N., su hijo G. J. N. y su hermano L. N. hacían referencias al autor del homicidio de la víctima (v. aud. del día 14/06/2022, de las 12:13 horas, a partir del min. 00:07:40). Al referirse a ellas, puntualizó, primero, en la comunicación telefónica que mantuvo desde el complejo penitenciario donde se encontraba alojado, G. N. –padre del acusado– con su hijo, G. J. N., el día 02/07/2019 a las 13:57 hs. –Incidente P-31496/20–.

En ella, aquel le expuso al interlocutor que su hijo, por H. N. F., había sido el autor del homicidio de G. V. (00:08:00/00:08:50). Luego de esas declaraciones, el fiscal interviniente le solicitó al juez técnico autorización para reproducir en la sala de debates el contenido de esa conversación, lo que fue permitido por el magistrado (00:08:51), y así se hizo.

En este sentido, dado que se trata de uno de los elementos de prueba que valoró la acusación –pública y privada– para sostener sus respectivas teorías del caso, surge pertinente transcribir aquí los pasajes más relevantes de ese diálogo. En esa conversación, G. N. –padre–, cuya línea se encontraba intervenida, le manifestó a su hijo G. J. N. lo siguiente «[...] yo ahora me enteré [...] mira yo viste lo que pensaba, que decía que ojalá no sea este [...]. Acá ya es [...] el H. está ahí metido [...]. Qué cagada [...] tengo una bronca [...] me dijeron allá [...] el H. es [...]. Yo sabía de más antes. Yo me hacía el boludo nomás y no quería decir nada yo [...]. Hasta testigos hay que lo han visto [...]» (00:08:53/00:12:36).

Seguidamente, el testigo explicó que, en ese mismo marco, existían otras conversaciones en las que se sindicaba al acusado como el autor del hecho objeto del presente proceso. Se trata, en segundo lugar, de la comunicación que G. N. tuvo con su hermano, L. N., el día 03/07/2019 a las 16:10 hs., cuya reproducción fue –también– solicitada por el representante fiscal, y autorizada por el juez (00:12:40/00:13:05). Por la pertinencia de esa conversación, es que se transcribe los segmentos más relevantes. Así, puede escucharse a G. N. expresarle a su L. N. que «[...] porque ya sabemos quién ha sido más o menos [...] ya sabemos quién ha sido eso del coso ahí [...] de la G. [...] porque para colmo es el H. [...]. No vas a decir nada vos a nadie [...]. Ha sido el H. viste [...]». A lo que L. N. responde «[...] yo ya sabía [...]. Yo ya lo sabía

nada más que yo no puedo acusar...no podía decirte de mi sobrino porque yo no lo voy a decir [...]» (00:13:07/00:16:35). Acto seguido, el testigo explicó que se requirió colaboración del Departamento de Escuchas Telefónicas en el marco de una causa en la que se investigaba un robo agravado –Incidente N° P-53880/20–, donde se realizaron una serie de intervenciones telefónicas para dar con el paradero de uno de los involucrados, entre quienes se encontraban H. N. –hijo– y A. S. M.. En ese contexto investigativo, C. refiere que se comprobó la existencia de llamadas telefónicas con referencias al homicidio de la víctima de autos.

Entre ellas, puntualiza, por un lado, la comunicación que se produjo el día 2/9/20 a las 18.20hs., entre L. del R. A. (progenitora de F. F.) y un sujeto, de nombre C. –alojado en Penitenciaría Provincial–. Luego de ser autorizado por el juez técnico, se reprodujo ante el jurado popular los términos de esa comunicación. La importancia de esa conversación sugiere la necesidad de reproducir por escrito algunos fragmentos. En especial, cuando L. del R. A. le dice a C. «vinieron a buscar al F. [...] porque le quieren echar el garrón de la G. [...]; pero el F. no estuvo [...]». Seguidamente, luego de comentar sobre la presencia policial en su vivienda, L. del R. A. añade «[...] y porque quieren que salga el boliviano culiado ese que la mató a la chabona, quieren que salga y están mandando al frente a cualquiera [...]»; a lo que C. acotó «[...] el H.»; indicando L. «[...] sí [...] y hay un testigo que sabe que él la mató pero no quiere ir porque está amenazado dice [...] es el Y. B. [...] pero no quiere ir el chabón [...]» (00:17:02/00:22:24). Finalmente, el testigo recordó la existencia de otra conversación telefónica relevante para la investigación de la presente causa. Se trataba de la conversación que mantuvo A. S. M. –alojado en Penitenciaría Provincial– y un amigo suyo –alias «El Polaco»–, en día 23/11/2019, a las 20:50 hs., la que también fue reproducida en debate, previa autorización del juez técnico. El tenor de los términos expresados por los interlocutores, y la vinculación de ellos al presente caso, torna relevante la transcripción de algunos pasajes de la conversación. En especial, allí donde A. S. M. le dice a su amigo que estaba «[...] rodeado de violines [...] no estoy ni ahí [...] vos sabes que odio a los violines y mira por odiar tanto a los violines mira estoy por violín [...] encima ni fui yo [...] encima ni me la violé [...] porque le hice el amor re rico a la guacha [...] si le gustó [...] y se fue a la casa de ella y después se la llevó el gato culiado del H. y la mataron [...]» (00:23:11/00:25/06). A ello, cabe adicionar que la prueba que ahora cuestiona la defensa, por ser contraria a su teoría del caso, fue ofrecida por el Ministerio Público Fiscal y por la parte querellante y admitida por el juez técnico, en dos oportunidades procesales diferentes.

Primero, cuando se desarrolló la primera audiencia preliminar, marco donde el acusado era asistido técnicamente por un abogado particular de su confianza (orden n° 146). Por otro lado, cuando a pedido de la actual defensa (orden n° 195), se ordenó la reapertura de una nueva instancia de ofrecimiento de prueba y planteo de hipótesis (orden n° 235 del sistema LeD).

Obsérvese que en ninguna de esas audiencias, se visualizan planteos defensivos que canalicen objeciones a la introducción de esos elementos de prueba al debate.

Conforme se desprende de lo transcripto, el análisis integrado de las cuatro conversaciones reseñadas precedentemente, tornan ciertamente posible la decisión de los integrantes del jurado popular en el sentido de que, al escuchar la declaración del testigo C., como los audios de los diálogos aludidos entre interlocutores que integraban el entorno más cercano al acusado –entre ellos, su padre, su tío y su hermano– luego de ocurrido el hecho, pudieran considerar que se trata de elementos que, sumados a la declaración de J. B., resultan suficientes para considerar al acusado culpable, de acuerdo con la teoría del caso de la acusación. En efecto, aquellos elementos acreditan la verosimilitud del testimonio de J. B., a

quien se lo nombra directamente en las conversaciones como testigo directo de los hechos. Sus interlocutores acusan lisa y llanamente a H. N. como el autor de la muerte violenta de G. V..

b.3.- Las características del hecho y su posible significación mafiosa como aspectos que impiden acreditar la autoría del acusado

Para la defensa, las particularidades que presenta la muerte de G. V. demuestran que ese resultado mortal se produjo con el fin de impedir que la misma declare en el marco de una causa penal donde se investigaba el homicidio de quien, en vida, era su marido –D. Q.–.

Por ese hecho resultó condenado E. S. M., hermano de A. S. M. y de M. S. M.. Ahora bien, este argumento no es novedoso. Se trata de una de las premisas en las que la defensa del acusado basó su teoría del caso, y que le presentó a los miembros del jurado al momento de efectuar sus alegatos de apertura del debate, y que luego les reiteró al cierre del juicio (v. audiencia del día 13/06/22, de las 15:03 hs., a partir del min. 00:41:03; y audiencia del día 16/06/22, de las hs., a partir del min. 01:07:52, respectivamente).

Ahora bien, del análisis de la prueba efectuado en los términos aquí propuestos y, particularmente, del visualizado del soporte audiovisual respectivo, no se observa la presencia de elementos que de algún modo acrediten una vinculación entre ambos homicidios. Mucho menos en la línea hipotética que propone la defensa para desincriminar a su representado.

En efecto, según la defensa, la muerte de G. V. representó el motivo central y determinante para que la Fiscalía que intervino en la causa donde se investigaba el homicidio de D. Q. acordara con la defensa de E. S. M. un cambio de calificación legal y la realización de un juicio abreviado, pactando una condena por un calificación legal y una penalidad menor y más beneficiosa a la que originariamente se exponía el acusado, la que aparecería sustentada únicamente en el preterido testimonio de la víctima de los presentes obrados.

En efecto, debe mencionarse que si bien es innegable que las personas involucradas en ambos hechos se conocían, y que, de algún modo, se relacionaban entre sí, ello no permite, por sí, vincular causalmente ambos acontecimientos, como lo hace la defensa. Admitir una incidencia de tal modo, que excede lo fáctico y se introduce en el ámbito de lo jurídico y el desarrollo de los procesos judiciales, e, incluso, de la actuación del Ministerio Público Fiscal, sin más elementos probatorios que alegaciones o suposiciones de la defensa, resultaría ciertamente artificioso y desarticulado de las probanzas de la causa.

Pero también debe decirse que esa hipótesis defensiva, integró el ámbito de cuestiones sobre las cuales debieron debatir los integrantes del jurado popular.

Ello, por cuanto, la presentación que hizo en ese sentido la defensa en los alegatos de apertura y clausura del debate, fue debidamente contestada –y contrarrestada– por la acusación, exponiendo las razones por las cuales entendía que la pretendida vinculación no era tal.

Argumentos que estuvieron al alcance del jurado y que, examinados a la luz de las constancias probatorias sustanciadas, tornan ciertamente posible que sus miembros los hayan descartado como suficientes para sustentar válidamente una hipótesis alternativa desincriminante. En síntesis, las características violentas del hecho de modo alguno sugieren inequívocamente que el acusado no haya sido el autor de la muerte de la víctima, por lo que la decisión del jurado de rechazar esa tesis no es arbitraria.

b.4.- Conclusión sobre los cuestionamientos en relación con valoración de la prueba y la acreditación de la autoría del acusado en el hecho juzgado

Luego de lo analizado y transcrito en los párrafos precedentes, queda claro que las diversas afirmaciones formuladas por la defensa, no logran demostrar que el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular resulte irrazonable o dictado sin superar el estándar de la duda razonable –aspecto sobre el que

también se ilustró al jurado mediante las instrucciones impartidas y no controvertidas al jurado, en las que se expresó y desarrolló claramente el estado de presunción de inocencia del que gozaba el acusado y cuál era el alcance de la duda razonable—.

Con lo cual, se advierte que el temperamento esbozado por la defensa no es más que un intento de privilegiar su teoría del caso, sin que medien razones que permitan descartar, en forma incontrovertible, la conclusión a la que llegó en su veredicto. Por estos motivos se entiende que este cuestionamiento a la labor del jurado no puede tener acogida favorable en esta instancia.

c.- Acerca de la calificación legal del hecho

En este tramo de su impugnación, la defensa considera que la arbitrariedad en la valoración de la prueba determinó que el jurado popular califique legalmente el hecho bajo el delito de femicidio cuando, a su criterio, la acusación no acreditó ninguno de los elementos que conforman el aspecto objetivo de aquella figura, de acuerdo con las instrucciones que el juez técnico les suministró.

Entiendo que el cuestionamiento defensivo, vinculado con la aplicación del derecho al caso concreto, debe ser rechazado. Respecto a este tema, objeto de agravio, en primer lugar, debe señalarse que la compulsa de la audiencia en la cual las partes litigaron las instrucciones da cuenta de que, en el modelo de instrucciones elaborado por el juez y facilitado a las partes para que las controlaran y formularan observaciones, habían instrucciones claras, precisas y detalladas sobre los aspectos jurídicopenales relevantes para la solución del caso, que incluían no sólo reglas de valoración sobre los elementos típicos que requería la aplicación de la figura contenida en el artículo 80 inc. 11 del CP, esto es, en el homicidio agravado de una mujer perpetrado por un hombre mediando violencia de género —hipótesis de la acusación—.

Por su parte, también, se incluyó en el ámbito de discusión del jurado el análisis de los hechos a través de la figura del homicidio simple, como propuesta alternativa de delito menor (v. audiencia del día 15/06/2022, de las 13:28 hs., min. 00:21:23/00:29:24).

En ese orden, conviene destacar y reproducir en esta instancia, que las instrucciones sobre el delito de «femicidio» que se le suministró finalmente al jurado popular, tal y como lo exigía el caso, incluyeron reglas para el análisis probatorio y jurídico de los acontecimientos con una marcada perspectiva de género. Así, integra la fundamentación jurídica de la sentencia emitida como consecuencia de un veredicto condenatorio, que «[...] el homicidio de una mujer puede, además, resultar agravado por haber sido cometido en un contexto de violencia de género, del hombre hacia la mujer. Aquí, además de la intención de matar a la mujer el autor debe ejecutar la muerte mediando violencia de género. Para que se configure este delito es necesario que el autor sea un hombre -biológicamente hablando- y el sujeto pasivo (la víctima) una mujer y que además haya mediado un contexto circunstancial que pueda catalogarse como propio de la “violencia de género”».

«Ese contexto de violencia de género existe si se da una relación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder, o inspirada en una idea de superioridad del hombre sobre la mujer». «Los casos de femicidio son variados, incluyen diversas circunstancias de comisión, pero tienen en común el desconocimiento de la mujer como persona libre de realizar su proyecto de vida». «No todo homicidio de una mujer es femicidio. De este modo, aunque la muerte de una mujer puede ser violenta, como por ejemplo en un accidente de tránsito, el móvil del hecho puede no estar relacionado con su condición de ser mujer o no estar motivado por razones de género, como por ejemplo cuando la muerte de una mujer se presenta como consecuencia del robo de su vehículo» «Se considera femicidio, entonces, a las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial

o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género. Los factores que hacen diferente el delito de femicidio con el homicidio de un hombre, e incluso con el homicidio común de una mujer, destacan que, a través de la muerte violenta, se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, feminidad, etc.

Esto significa que el autor reúne alguno o algunos patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida. Tales elementos culturales y su sistema de creencias le hacen creer que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres, para castigarlas o sancionarlas, y en última instancia, para preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión. Esos mismos elementos culturales permiten que el victimario se vea reforzado como hombre a través de la conducta realizada». «Por ello, las razones de género inciden en la motivación de la que parte el agresor para llevar a cabo el femicidio, y en los objetivos que pretende conseguir a través de su conducta criminal».

«Como vimos, si bien todo femicidio es homicidio la regla no aplica a la inversa. o que diferencia al delito de femicidio con el homicidio de un hombre e incluso con el homicidio simple de una mujer, se vinculan al motivo estructural que une esa muerte violenta al agresor quien pretende, con su accionar, reproducir y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados y que el Estado debe intentar erradicar.

Esto significa que el agente en sus actos reúne alguno de los patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida. Esos elementos culturales y su sistema de creencias le hacen pensar que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres, para castigarlas o sancionarlas, y en última instancia “eliminarlas” Por último, la figura no requiere la prueba del sometimiento o dominación efectiva sobre la mujer, basta con acreditar que el autor desconoce a la víctima mujer como sujeto libre, como un par, con capacidad de autodeterminación y con asiento en una idea de superioridad, termine con su vida».

Por su parte, en cuanto tiene que ver con el delito menor incluido, se instruyó al jurado que «Si consideran que no se ha probado por parte de los acusadores, más allá de toda duda razonable, que se cometió un femicidio, el hecho puede considerarse homicidio simple. Se trata [...] de matar a una persona, pero sin que medie violencia de género». En segundo lugar, debe mencionarse que la parte recurrente no cuestiona en esta instancia de revisión extraordinaria, el contenido de esas instrucciones. Lo que considera es que la acusación no probó ni la motivación especial del autor, ni el contexto en que se funda la violencia, ni el motivo estructural que une la muerte con el agresor. Sin embargo, se observa que se trata de apreciaciones o conclusiones que realiza la defensa sin apoyo argumentativo alguno.

Olvida en este sentido la defensa que el jurado popular determinó por unanimidad que, de acuerdo con la prueba rendida durante la audiencia de debate, los hechos ocurrieron en las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que fueron expresados en la acusación por los órganos correspondientes. Es decir, convalidó la teoría del caso de Ministerio Público Fiscal y de la querrela particular, que le atribuía al acusado el homicidio de la víctima dentro de un contexto de violencia de género.

Por lo tanto, al decidir que los hechos quedaron probados de ese modo, el jurado concretó la aplicación de la ley los hechos así determinados, y optó por aplicar la calificación legal contenida en la hipótesis acusatoria principal. De manera tal que, para emitir el veredicto condenatorio y, en consecuencia, encontrar al acusado responsable del femicidio de G. V., el jurado contó con información bastante y suficiente para adjudicar esa infracción penal – homicidio agravado– a los hechos en juzgamiento, descartando de ese modo la posible aplicación del delito menor incluido –homicidio simple–. Para lo cual,

consideró acreditada la existencia de elementos que, según las instrucciones finales, demostraban un contexto de violencia de género, esto es: una relación de subordinación y sometimiento de la víctima mujer hacia el atacante varón, basada en una relación desigual de poder; que con la muerte violenta de M. G. V., H. N. F. pretendió reproducir y perpetuar los patrones culturalmente asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, delicadeza, femineidad, etc.; y, finalmente, que el autor, con asiento en una idea de superioridad, desconoció a la víctima mujer como sujeto libre, como par y con capacidad de autodeterminación.

Por último, cabe señalar que los presupuestos del delito por el cual resultó condenado el acusado, también se encuentran justificados por la prueba producida en el debate. Particularmente, aquellos que revelan que la víctima se trataba de una mujer vulnerable –madre, viuda, con problemas de adicción–, que resultó sometida y subordinada a la decisión y los intereses del victimario, quien actuó motivado por la mala relación del agresor con la víctima a causa del vínculo que ésta mantenía con su padre.

Aspecto al que se refirió, entre otros, la hermana de la víctima, P. V. (v. audiencia del 13/06/2022, de las 12:52 hs., a partir del min. 00:07:10). Como corolario de lo expuesto, no puede soslayarse que el tipo penal aplicado para subsumir jurídicamente la conducta del acusado, contiene una clase específica de violencia cometida, la violencia de género, cuyo contenido y sentido están referidos a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010. Resulta importante subrayar tres aspectos que hacen a la configuración típica de este especial delito.

Primero, que resulta suficiente la realización de un solo ataque perpetrado en el marco de una relación desigual de poder, por lo que no es un requisito indispensable que el autor haya ejercido violencia previa contra la mujer, ni que esto se prolongue en el tiempo. Segundo, que la violencia de género es un aspecto objetivo del delito.

La figura no exige una motivación especial ni otros elementos subjetivos distintos del dolo, sino que la agresión se haya producido en un contexto de dominación o que, mediante ella, se haya podido desplegar un control general coercitivo.

Tercero, que la violencia de género puede exteriorizarse a través de distintos factores, entre los que se puede citar a modo de ejemplo: la modalidad de comisión del hecho –presente en el sub iúdice, dado que el autor golpeó el cráneo de la víctima con una piedra de aproximadamente 31 kg de peso, que fue hallada en el mismo lugar del hecho con manchas hemáticas–; la violencia previa y la reacción defensiva de la víctima para intentar, sin lograrlo, escapar a la intención de dominación del autor –lesiones en muñeca, antebrazos y brazos de la víctima, causadas por su intento de resistencia y defensa–; el aprovechamiento del estado de indefensión, de inferioridad física; la forma de selección y abordaje de la víctima –nocturnidad, lugar despoblado y descampado, escasa luminosidad artificial–; la especial saña o violencia desplegada como medio de comisión; el contexto femicida, caracterizado por el ámbito del vínculo entre el victimario y la víctima –hijo de la pareja de su padre–.

En función de lo expuesto, los agravios vinculados con la calificación del hecho no pueden ser de recibo.

d.- Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución a que se arriba en el voto preopinante en cuanto corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa técnica del acusado N. F., y en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada.

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

En otro orden, cabe señalar que en anteriores precedentes he destacado la importancia de que los distintos operadores del derecho introduzcan la perspectiva de género al momento de valorar los elementos de prueba para determinar los hechos, como así también, las circunstancias en las que éstos sucedieron.

En este sentido, sostuve que se debe partir de un análisis de los hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, por encontrarse histórica, sistemática y estructuralmente sujetas a patrones de **dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos** de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver **«Merlo Lassa»**, **«Concha, J.»**, **«Alaniz Pineira»**, **«Reyes Cortelezzi»**, **«Di Césare»**, **«Acuña»**, **«Hisa»**, entre otros).

A su vez, en los precedentes **«Acuña»** e **«Hisa»** analicé los distintos estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencias por razones de género, que deben guiar la investigación y juzgamiento de femicidios, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida libre de violencias, la debida diligencia reforzada en la investigación y sanción de este tipo de delitos, el derecho de las mujeres en situación de vulnerabilidad y la amplitud probatoria.

Por otra parte, en el **precedente «Di Cesare»**, al analizar los criterios que deben guiar el juicio de subsunción de un hecho en la agravante prevista en el inciso 11º del art. 80 del CP, sostuve que «[...] toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género. Esto significa que está directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino».

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

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

Destiqué que en aquellos vínculos en donde no se ha podido acreditar un historial de violencia, como parece ser el caso bajo estudio, la tarea de interpretar si el contexto que precedió y motivo la violencia desplegada sobre la víctima tuvo razones de género implica –según advierto– un mayor esfuerzo por interpretar el contenido material de lo que el legislador quiso visibilizar, y pretende sancionar y erradicar a través de la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal.

Dicho de otra forma, advierto que para una mayor comprensión del elemento normativo en cuestión, resulta necesario indagar sobre cuáles son aquellos patrones culturales e ideológicos que conforman el

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

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

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

En el precedente **«Alaniz Pineira»** sostuve que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales». También referí que «[e]l concepto de género [...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales» (**Facio, Alda, Fries, L., Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17).**

De los conceptos brevemente reseñados resulta claro, entonces, que estas estructuras de subordinación son anteriores a cualquier concreción de violencia hacia la mujer. Dicho de otra forma, sólo la existencia de una estructura cultural profundamente arraigada al sujeto que ejecuta un acto de una violencia aparentemente incomprensible –como manifestación de un acto de poder y sometimiento– nos permite hacer esta lectura. De este modo, y trasladados estos conceptos al caso bajo estudio, entiendo que la configuración de los hechos que sustentaron la teoría del caso de la acusación, contiene elementos de género.

Así, la situación de vulnerabilidad de la víctima, la escena del crimen, el mecanismo violento utilizado por el acusado para terminar con la vida de M.G.V. y el desprecio demostrado por el cuerpo sin vida de la víctima mediante actos particularmente violentos, nos permiten concluir sobre la comisión de un homicidio motivado y en un contexto de género.

Por las razones expuestas debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, comparto la solución a la que llega mi colega preopinante. Sin perjuicio de ello, en

cuanto a las consideraciones sobre el alcance de la revisión del veredicto condenatorio en el juicio por jurado popular, me remito en lo pertinente a lo referido en el **precedente «Petean Pocoví»**. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado H. N. N. F..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO .

12- CHAVEZ LLANOS. 30-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230530_FcCLD.pdf

Lex: Art. 89, 84 bis, 40, 41, 58, 55 del CP. Art. 27 y 27 bis del CP.

Vox: Lesiones leves dolosas. Homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor. Revocación de la condicionalidad de la condena. Efecto declarativo de la sentencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses de prisión** con la más accesoria de cinco años de **inhabilitación especial** para conducir automotores como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas (causa N° P-110.684/13) y homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (causa N° T-142/18) –quedando unificadas las penas impuestas por sentencias N° 2106 y N° 2527– (arts. 89, 84 bis, 40, 41, 58, 55, todos del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°2527, pronunciada por el TPC N° 2-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Criterio declarativo y no constitutivo de la sentencia. Fecha del hecho.

- Aguilera M.. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcAguilera.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06826076-5/1((038601-142)) F. C/ CHAVEZ LLANOS DANIEL EMANUEL POR HOMICIDIO CULPOSOS AGRAVADO POR LA CONDUCCIÓN IMPRUDENTE, NEGLIGENTE O ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR (0142/18) (0142) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106078077*

En Mendoza, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06826076-5/1 caratulada “F. c/ CHÁVEZ LLANOS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Daniel Emanuel Chávez Llanos interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2527 y sus fundamentos –con los autos aclaratorios n° 669 y 670– emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de dos años y seis meses de prisión con la más accesoria de cinco años de inhabilitación especial para conducir automotores como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves dolosas (causa N° P-110.684/13) y homicidio culposo agravado por la conducción imprudente, negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (causa N° T-142/18) – quedando unificadas las penas impuestas por sentencias N° 2106 y N° 2527– (arts. 89, 84 bis, 40, 41, 58, 55, todos del CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que «[...] el día 9 de enero del 2018 siendo las 21:15 horas aproximadamente, en circunstancias en que Daniel Emanuel Chávez Llanos, conducía una camioneta marca Fiat Fiorino Color blanca, dominio FNM 614, por el carril Sur de Ruta 50 Km 1014 de Alto Verde, San Martín, Mendoza, con dirección de marcha hacia el Este; cuando de repente, llegando frente a la entrada del Barrio La Florida, perdió el dominio de su vehículo y se cruzó de carril, impactando de frente a la moto marca Corven Hunter 150 cc, color roja y negra, dominio A043JUW, la cual era conducida por la víctima Carlos Luis Téllez Soloa, quien circulaba por el carril Norte de la Ruta 50 con dirección de marcha hacia el Oeste, haciendo que el conductor de la moto fuera tras el impacto despedido, cayendo al interior del canal terroso lindante con la banquina del carril norte de la mencionada ruta 50, y quien con motivo de los politraumatismos causados por el impacto murió momentos después» (véase requerimiento de citación a juicio en expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró, entre los principales elementos, las declaraciones de los testigos presenciales, la declaración del acusado, el informe de Policía Científica y el acta de procedimiento.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. En ese sentido, sostiene que se ha valorado de manera arbitraria la prueba obrante en autos –en particular la relativa a la dinámica del hecho– la cual demostraría que el acusado no se comportó de manera imprudente.

Agrega que se encontraría acreditado que la víctima conducía su motocicleta a exceso de velocidad, sin luces y bajo los efectos de estupefacientes.

La **conducción antirreglamentaria** de la víctima, en consecuencia, sería la causa del siniestro, correspondiendo la absolución del acusado. Subsidiariamente, la defensa se agravia en relación con la aplicación de la pena en efectivo por revocatoria de la condicionalidad de una condena precedente. Despliega a su favor una argumentación que se apoya principalmente en la reglamentación de excepción establecida para el período de pandemia.

Realiza reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador, al momento de dictaminar, entiende que si bien el recurso de casación formulado procede formalmente, corresponde su rechazo en el fondo.

En particular, refiere que el hecho, la autoría y las circunstancias exigidas por la figura penal del art. 84 bis CP se encuentran debidamente acreditadas. Descarta la visión de los hechos de la defensa y valida el razonamiento del juez de sentencia.

Agrega que la pena impuesta fue fundada debidamente por el juez sentenciante y que fue correctamente revocada la condicionalidad de la primera condena y aplicada una pena en efectivo.

Ello, en tanto y de acuerdo con lo prescripto por los arts. 27 y 58 CP se verifica que no transcurrieron cuatro años desde la última sentencia firme hasta la comisión del nuevo delito. Por todo lo anterior, entiende que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria.

a.- En primer lugar, si bien la defensa **no cuestiona la existencia del hecho**, pone en duda algunos de sus extremos.

La estrategia defensiva, en consecuencia, apunta a mejorar la situación procesal de Daniel Chávez Llanos mediante una modificación de la plataforma fáctica dada por probada que conduzca a una absolución

En esta discrepancia con la dinámica del siniestro que el juez considera probada, por un lado, la defensa niega que el acusado haya perdido el dominio del vehículo hasta invadir el carril de circulación de la motocicleta.

En este sentido, explica que los testigos del hecho dan cuenta de que la camioneta no efectuó ninguna maniobra evasiva.

A su vez, argumenta que la posición final de la camioneta se verificó sobre su propio carril, un elemento más a considerar en orden a la no invasión de la mano de la motocicleta. Por otro lado, el recurrente considera que el siniestro fue responsabilidad de la propia víctima, quien conducía sin luces y bajo los efectos de estupefacientes.

Esta visión de los hechos –que coincide en términos generales con lo manifestado por el acusado al momento de declarar– ya fue refutada por el juez en oportunidad de brindar los fundamentos de la sentencia ahora cuestionada.

Respecto de José Suárez y Maximiliano Suárez (recordemos que ambos se desplazaban junto con el acusado en la camioneta Fiorino que éste conducía), el primero fue categórico al negar que hubiese podido ver el impacto, ya que venía mirando su teléfono celular; el segundo, por su parte, hizo referencia a que la motocicleta se desplazaba por el medio de la calzada, pero no brindó mayores precisiones.

Tampoco las brindó María Castro (esposa de la víctima y testigo de oídas) o Nadia Álvarez, quien manifestó que sólo escuchó el impacto, sin alcanzarlo a ver. Sí mencionó la colisión –tal cual puntualizó el juez– Yénifer Álvarez, quien expresó que el automóvil se tiró hacia el medio de la calzada momentos previos a embestir a la motocicleta.

Para el juez, esta testigo fue contundente al manifestar que la camioneta invadió el carril de la moto. Karen Álvarez, por su lado, relató que ambos vehículos se desplazaban por el medio de la ruta. Hasta aquí, la argumentación defensiva no encuentra asidero en las constancias de la causa, al menos respecto de que los testigos avalarían su tesis (fundamentos min. 4 y ss.).

Pero el juez no solo se basó en el testimonio de Yénifer Álvarez –y, en parte, en el testimonio de Karen Álvarez– para afirmar que la camioneta se desplazaba de manera antirreglamentaria hasta invadir el carril contrario, sino que también lo hizo con base en el resultado del informe técnico elaborado por Policía Científica.

El juez le dio un lugar central a este informe, puesto que permite refutar el argumento de la posición final de la camioneta con base en los indicios de pintura y líquidos levantados en el terreno, así como las improntas neumáticas.

Estos elementos condujeron al personal policial a concluir que el impacto se produjo sobre el carril norte de la ruta 50, es decir, el carril por el que se desplazaba la moto.

Respecto de esta primera cuestión, el juez determinó que «el vehículo mayor es el que invade la mano de circulación del [vehículo] menor y allí reside que la conducta no se adecúa a derecho, infringiendo [el acusado] el deber establecido por la norma de tránsito de circular por la mano propia sin invadir la mano contraria [...]. Aquí se encuentra la imprudencia del autor, generando un riesgo superior al permitido o tolerado con base en que el autor no se motivó en las reglas de tránsito [...].

Por ello, el reproche aquí realizado es merecido con base en lo establecido en el art. 84 bis CP» (fundamentos, mins. 17 y 21). De este modo, debe rechazarse que el argumento de la defensa según el cual el comportamiento del acusado haya sido ajustado a las normas de tránsito.

E, igualmente incorrecto, es la búsqueda de la culpa de la víctima como exclusivo factor explicativo del siniestro. Si bien es cierto que no se pudo determinar con precisión la velocidad a la que se desplazaban los rodados –en el informe técnico no se hace una referencia precisa a tal circunstancia– los testigos expresaron en que ambos vehículos se desplazaban entre los 70 y los 100 km/h.

Sin embargo, la controversia no giró en relación este extremo del hecho, sino en lo que hace a si la motocicleta se desplazaba con las luces reglamentarias y a los metabolitos de cocaína (benzoilecgonina) arrojados por el análisis de orina practicados a la víctima.

El juez entendió que la motocicleta se desplazaba con luces, las balizas colocadas de manera intermitente, tal cual manifestó Yénifer Álvarez al declarar y también revela el croquis de Accidentología Vial.

Más allá de la declaración de Maximiliano Suárez, no existen elementos en la causa para poner en duda este extremo del hecho y, si bien las balizas no eran las luces reglamentarias, permitían la visualización del rodado.

En lo que respecta a la benzoilecgonina hallada en sangre, no existe elemento alguno que permita determinar el grado de intoxicación de la víctima al momento del hecho.

Ello, si se considera que los metabolitos de cocaína permanecen en sangre mucho tiempo después de que su consumo ha producido la euforia característica de este estupefaciente. Independientemente de esta cuestión, la dinámica del hecho probada de acuerdo con las constancias obrantes en la causa, permite asumir que el siniestro fue competencia del acusado al invadir el carril contrario.

En suma, respecto de este primer tramo del recurso defensivo, entiendo que la plataforma fáctica que hace al hecho atribuido en el requerimiento de citación a juicio se encuentra debidamente acreditada con base en los diversos elementos de prueba obrantes en la causa.

En este sentido, el criterio del juez de sentencia se encuentra ajustado a las reglas de la sana crítica racional y corresponde validar en esta instancia sus conclusiones.

b.- En segundo lugar, corresponde determinar si estuvo en lo correcto el juez de la instancia previa al **aplicar la pena en efectivo y revocar la condicionalidad de la primera condena**.

En este punto, más allá de la revisión que podemos realizar de la aplicación de los preceptos pertinentes, cabe decir que la defensa confunde los preceptos del Código penal que regulan la ejecución condicional de una pena con la reglamentación de excepción que se dictó en el marco del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) durante la pandemia que azotó al país en tiempo reciente.

Es que el acuerdo que se alcanzó entre el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y la Suprema Corte de Justicia de Mendoza durante el año 2020 **establecía grupos de riesgo** y otros criterios al efecto de atenuar posibles focos de contagio en la penitenciaría provincial y otros lugares de alojamiento de detenidos, pero no abordó en ningún momento los criterios de otorgamiento de condicionalidad de la condena.

De este modo, sólo corresponde revisar la aplicación del Derecho sustantivo en cuanto a la revocación de la condena de ejecución condicional impuesta –en particular, los arts. 27, primer párrafo, del CP y 58 del mismo cuerpo legal–.

Bien, dicho esto, se advierte, en línea con lo dictaminado por el Procurador General, que Chávez Llanos registra una condena de seis meses de prisión de ejecución condicional dictada en fecha 15 de diciembre de 2015, mientras que **el hecho** por el que fuera condenado en esta causa data del día 9 de enero de 2018, por lo que surge evidente que, de acuerdo con lo establecido por el art. 27, primer párrafo CP, no habían transcurrido cuatro años desde la firmeza de la primera sentencia hasta la comisión de este nuevo delito (véase en expte. digital el informe remitido por el Registro Nacional de Reincidencia y el criterio sostenido por esta Sala en «**Aguilera Maldonado**»).

De este modo, y tal como resolvió el juez de la instancia anterior, se impone la **revocación de la condicionalidad** de la primera pena y su unificación con la pena del segundo delito de acuerdo con lo dispuesto por el art. 58 CP.

Esta tarea fue correctamente llevada a cabo por el juez de la instancia anterior arrojando una pena única de dos años y seis meses en efectivo.

En consecuencia, no se advierte arbitrariedad alguna en la actividad desplegada por el juez en este punto, con lo cual debe rechazarse la argumentación de la defensa.

Cabe agregar, por último, que la pena ha sido individualizada respetándose las circunstancias contenidas en los arts. 40 y 41 CP, por lo que tampoco se advierte vicio alguno que amerite la anulación de la sentencia puesta en crisis.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Emanuel Chávez Llanos y convalidar la sentencia condenatoria nº 2527 y sus fundamentos –con los autos aclaratorios nº 669 y 670– .
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

13- IANIZZOTTO. 27-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230627_FcIPA.pdf

Lex: Art. 80, inc. 7°, art. 54, art. 166, inc. 2°, 2° párrafo y 42 del CP

Vox: Homicidio criminis causa. Concurso ideal. Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Valoración de la prueba. Pretendida nulidad de la sentencia por falta de notificación de los fundamentos al acusado. Ultraintencionalidad. Ultrafinalidad.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, todo en grado de tentativa (art. 80 inc. 7°, art. 54, art. 166 inc. 2°, segundo párrafo, art. en función con el art. 42 del Código Penal.)

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2060, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Nulidad

- Miranda Sosa.
- Luna García.
- Yaleva. 06-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210806_FcNN.pdf

Parágrafos destacados

“...Sabido es que nuestro sistema de nulidades no habilita el dictado de ésta sin la demostración de la existencia de perjuicio –la consabida máxima de la improcedencia de nulidad por la nulidad misma– que no puede ser invocado de modo genérico sino demostrado de modo fehaciente para evitar desvirtuar los fines tenidos en cuenta por la ley al regular la vía impugnativa intentada («Miranda Sosa», «Luna García», «Yaleva»; entre otros)...”

“...La norma del art. 80 inc. 7 del CP requiere como elemento esencial una ultraintencionalidad por parte del autor del homicidio, un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo; en definitiva, una ultrafinalidad (ver mi voto en «Barrionuevo Tarragona»). Existe consenso en doctrina que dicha figura requiere una especial conexión entre ambos delitos. Así, la naturaleza de la agravante es eminentemente subjetiva. Esa conexión puede ser un medio, «para preparar, facilitar o consumir otro delito o para procurar su impunidad» en su primera modalidad o una finalidad, «por no haber logrado el fin propuesto». Específicamente se detuvo en ello el juez de sentencia y claramente el hecho materia de condena, en mérito a la valoración de la prueba que comparto, fue incluido en la figura de homicidio criminis causa, en grado de tentativa por la frustración del delito del robo (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:13:12 y ss)...”

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

Fallo:

CUIJ: 13-06877360-6/1((018601-779053)) F C/ IANIZZOTTO PATRASSI ALFREDO MATIAS P/ ABUSO SEXUAL (779053) (779053/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106126116*

En Mendoza, a veintisiete días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06877360-6/1 caratulada "F. C/I. P., A. M. P/ROBO AGRAVADO ... S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa del acusado A. M. I. P. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 2.060 de fecha [...], y sus fundamentos emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél en causa n° P779.053/19 a la pena de diez años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causa en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, todo en grado de tentativa (art. 80 inc. 7°, art. 54, art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, art. en función con el art. 42 del Código Penal).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior, respecto del acusado A. M. I. P. en autos n° P-779.053/19 y en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, consideró acreditada la plataforma fáctica del requerimiento de citación a juicio así como de la ampliación de dicha acusación y el cambio de calificación legal realizada durante el debate de conformidad con las previsiones del art. 391 del CPP. De tal manera, se estimó probado que «[e]l nueve de diciembre de dos mil diecinueve siendo aproximadamente las 04:20m horas, en la parada del colectivo [dentro del predio] del hospital [...] de Guaymallén, A. M. I. P. abordó el interno [...] conducido por R. O. R.. [El acusado] estando aproximadamente a un metro del asiento del chofer le exigió a éste que le entregara sus pertenencias. Ante la negativa de R., se produce un forcejeo entre ambos, y al verse superado en cuanto a las posibilidades de lograr con éxito el robo que había emprendido, y estando ambos en el piso, I. decide efectuar dos disparos de arma de fuego ante la frustración del robo, previo manifestarle a la víctima «ahora te quemó hijo de puta» [...].».

Para así decidir el juez de la instancia previa valoró, entre los principales elementos de prueba la declaración de la víctima, O. R. R., R. H. y M. V., personal policial actuante; S. E., personal policial de Policía Científica, la prueba instrumental debidamente incorporada así como la declaración del propio acusado en debate.

2.- El recurso de casación

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

En primer lugar, refiere en la sentencia falta e insuficiencia de motivación y razón suficiente –art. 486 del CPP– por no haber observado los requisitos legales de las normas precitadas, razón por la que impetra su nulidad.

Seguidamente, invoca el fallo Casal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al alcance de la materia revisable con cita de doctrina. Plantea, con aclaración que no asistió al acusado durante el proceso, que su defendido no ha sido notificado de los fundamentos de la sentencia y sólo se le hizo saber la condena.

Refiere que ello surge de la compulsa de las videograbaciones del [...], refiriendo que en el video 1 –subido al sistema Led– se advierte la presencia de todas las partes y el acusado, –cuando se da lectura a la parte resolutive de la sentencia–, mientras que en el video 2, del mismo día, sólo se advierte la presencia del juez de sentencia.

Ello, entiende configura violación al derecho de defensa del acusado y resulta violatorio de las normas procesales aplicables, pues éste tiene derecho a conocer los hechos atribuidos y las causas o fundamentos por los cuales el órgano jurisdiccional arribó a sus conclusiones.

Ello, en tanto resulta una manda constitucional en un sistema democrático y republicano de derecho, razón por la que estima que la sentencia en este extremo es nula.

En segundo lugar, cuestiona la calificación legal atribuida de homicidio críminis causa en concurso ideal como robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa.

Sostiene que sólo se ha realizado una narración de los hechos sin un análisis y valoración pormenorizada de la prueba, con mención de palabras o expresiones no utilizadas por los testigos en el debate.

Agrega que el juez tampoco determinó de manera precisa los motivos que lo llevaban a tener por acreditada las manifestaciones de éstos, la credibilidad de sus versiones, etc.

Seguidamente, analiza los hechos objeto de controversia en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, particularmente en dónde se encontraban exclusivamente el chofer del colectivo y la víctima. Menciona diferencias sustanciales en sus declaraciones y sostiene que el juez descalificó las expresiones de I. al decir someramente que los hechos no fueron como los relató aquél. Luego, analiza el testimonio de E. de Policía Científica y su labor.

Entiende, por ello, que la valoración es arbitraria y carente de motivación. Detalla que R. dio varias versiones de los hechos con inconsistencias sustanciales.

En un primer lugar, afirmó ante el Ministerio Público Fiscal que escuchó un disparo, ante el señalamiento de la contradicción, aclaró que fueron dos y seguidos, siendo el segundo el que lo hiriera. También que, como estaba forcejeando, el primer disparo dio en el techo del colectivo.

Pero, afirma la defensa, ello no se condice con el informe de relevamiento criminalístico nº 2562/19 y la declaración testimonial de E. de donde surge que uno de los disparos impactó en el sistema de apertura de la puerta y luego se alojó en el cartel lumínico del colectivo.

Expresa que el juez justificó estas contradicciones en el estado anímico de la víctima, en tanto dijo estar como enceguecido y que solo le quería pegar al acusado para que no le hiciera nada, lo que pudo afectar su memoria.

La defensa considera que ello es insuficiente, pues el impacto de bala entró y salió, como dice I., mientras que el juez sostuvo lo contrario. Indica que la sentencia plantea dos etapas en el hecho.

La primera referida al robo en sí. La segunda, habría comenzado con las expresiones del acusado al chofer –«ahora te quemó»–, cambiando por ello el dolo de robo por un dolo homicida ante la frustración del robo y, estando el acusado disminuido, es que habría decidido terminar con la vida de R. Sostiene que,

por las circunstancias del hecho –una pelea, forcejeo con golpes de puño de por medio y el estado de engevecimiento de la víctima–, es irrazonable, y así lo dicta la experiencia, suponer que el imputado manifestara palabra alguna.

Añade que más allá del testimonio de la dos únicas personas que presenciaron los hechos, la valoración integral del plexo probatorio permite concluir que los hechos se adecuan a lo señalado por el acusado. Infiere que si los dichos de éste fueron entre el primer y segundo disparo –la víctima dice que los escuchó e inmediatamente sintió el impacto en su cuerpo– ello deviene ilógico por el escaso lapso de tiempo.

Además, señala que la víctima dijo no ver el arma sino sentir el disparo, que no le vio nada en la mano al autor, lo que permite suponer que el arma estaba en el bolso o en la riñonera.

Por ello, es irrazonable el relato de los hechos de la víctima por no adecuarse al plexo probatorio ni a las reglas de la lógica y la experiencia.

Refiere que si el acusado hubiera tenido la intención de quitarle la vida a la víctima, por no lograr el robo, si se tiene en cuenta que ésta se encontraba disminuida por el disparo recibido y el acusado estaba en poder del arma, no se comprende por qué no logró el mismo. Ello, confirma que su defendido no tenía intención de lastimar a nadie y que el hecho se debió al forcejeo.

A partir de lo expresado, afirma que la duda debe favorecer al acusado y que la calificación legal correcta de los hechos sería la de robo agravado por lesiones graves en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

En razón de ello, entiende que corresponde anular lo actuado y remitir el proceso a otro tribunal para la realización de un nuevo debate, o en su caso se case la sentencia y se modifique la calificación legal de acuerdo a los extremos expuestos. Hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General a fs. 5/7 de este legajo contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos por la defensa de I., considera que el recurso no procede sustancialmente, por lo que corresponde que se confirme la sentencia impugnada.

Al analizar el agravio de la defensa relacionado con la nulidad por falta de notificación de los fundamentos de la sentencia, refiere que los fundamentos de la sentencia fueron expresados en forma oral el mismo día, como surge del soporte audiovisual.

Asimismo, destaca que la defensa tuvo pleno acceso a los mismos y prueba de ello es que ha podido ejercer la actividad recursiva en tiempo y forma dando inicio a esta instancia, razón por la que no se observa violación de los derechos constitucionales del encartado. De tal manera, estima que debe rechazarse el agravio. Se expide del mismo modo en cuanto a la falta de fundamentación. Entiende que más que esbozar agravios concretos o errores en el razonamiento del juez de sentencia, la pretensión de la defensa es hacer prevalecer su teoría del caso, restando credibilidad a la víctima. Destaca luego que se puede comprender el iter lógico seguido por el juez para llegar a la certeza de condenar, a cuyo efecto lo detalla. Acerca de la calificación legal entiende que está suficientemente motivada. Refiere en este sentido que el acusado se vio en una situación de inferioridad en el forcejeo con la víctima, momento en que sacó el arma y disparó. Aquí se configura el cambio al dolo homicida, dando valor preeminente a la declaración de la víctima por sobre la del acusado. En definitiva, al no advertir configurados los vicios que la parte recurrente atribuye a la sentencia, el planteo recursivo no debe prosperar.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto, el Dr. Gonzalo Castro, por la defensa del acusado, expuso sus fundamentos, haciendo alusión a los agravios y posiciones que constan en el expediente.

A su turno, el Dr. Fernando Guzzo, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia institucional, en representación del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado por la defensa.

5.-La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, corresponde adelantar que la impugnación no debe prosperar. En consecuencia, la sentencia cuestionada debe ser confirmada en esta instancia. La defensa estructura su queja en la existencia de dos agravios.

En el primero plantea nulidad de la sentencia por falta de notificación de los fundamentos al acusado.

En el segundo, plantea la errónea y arbitraria valoración de la prueba, y resultado de ello, la errónea calificación legal. Seguidamente, se abordaran los dos agravios en el mismo orden.

a.- Nulidad de la sentencia por omisión de notificación de los fundamentos al acusado

De las constancias de la causa surge que en sala de audiencias el juez de la instancia previa dio lectura al resolutivo de la sentencia n° 2060, de conformidad con las previsiones del art. 412 del CPP (ver constancias audiovisuales del día 21.04.2021, minutos 00:02:39 y ss).

En esta ocasión, I. se encontraba presente.

Del mismo modo, los fundamentos fueron dictados oralmente por el juez de sentencia, esta vez sin la presencia del condenado, pues no se advierte un nuevo ingreso a la Sala, así como tampoco se visualiza a la defensa y el representante del Ministerio Público ni obra constancia de notificación de los mismos en el sistema LeD.

Al respecto, debe señalarse que la propia norma del art. 412 del CPP prevé que su lectura valdrá como notificación para todos los que intervinieran en el debate.

Asimismo, el condenado cambió su defensa, circunstancia que motivó la suspensión de los plazos procesales en favor de la nueva defensa para el debido ejercicio de su ministerio (véase documento n° 153 del Sistema LeD, cédula del 20.05.2022, hora 13:56:04), lo que no hace sino denotar su acabado conocimiento de los fundamentos.

Sabido es que nuestro sistema de nulidades no habilita el dictado de ésta sin la demostración de la existencia de perjuicio –la consabida máxima de la improcedencia de nulidad por la nulidad misma– que no puede ser invocado de modo genérico sino demostrado de modo fehaciente para evitar desvirtuar los fines tenidos en cuenta por la ley al regular la vía impugnativa intentada (**«Miranda Sosa», «Luna García», «Yaleva»**; entre otros).

En este sentido, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que «sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o **interés legítimo** lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión.

En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado

tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad parecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público» (CSJN, Fallos 325:1404, considerando 7°, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

Así las cosas, debe señalarse que el recurso no logra identificar el interés concreto que se ha visto afectado, requisito imprescindible del planteo, limitándose la defensa a afirmar que se ha afectado el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal.

Pero en el caso, es ello lo precisamente acontecido, en tanto el condenado tomó debido conocimiento de los fundamentos y habilitó el ejercicio de la vía recursiva en tiempo y forma, lo que permite considerar abstracto el agravio articulado, razón por la cual no puede prosperar el cuestionamiento.

b.- Errónea y arbitraria valoración de la prueba en orden a la calificación legal

De los fundamentos de la sentencia cuestionada que fueron expuestos en forma oral, surge que el juez de la instancia previa realizó una valoración de todos los elementos de prueba rendidos e incorporados. A partir de allí, entendió acreditado el hecho y la autoría de A. M. I. P. Dadas las circunstancias de tiempo y lugar del hecho –dentro de un colectivo de línea que realizaba su primer recorrido del día y en la que estaban únicamente víctima y acusado–, el juez analizó detalladamente la declaración R. O. R. y la propia declaración del acusado. A ello, sumó las declaraciones del personal policial actuante en el procedimiento, Darío R. H. y M. V., así como las declaraciones de S. E., personal policial de Policía Científica y del Ingeniero Z., del Cuerpo Médico Forense.

Hizo lo propio respecto de la prueba instrumental –debidamente incorporada con acuerdo de las partes– particularmente respecto de las actas de procedimiento policial y aprehensión de I., el informe del Laboratorio de Barrido electrónico, el informe médico acerca de las lesiones y gravedad de las mismas que presentó la víctima e historia clínica, el examen psíquico del acusado, los informes de Policía Científica respecto del lugar del hecho, el arma secuestrada y las vainas y proyectiles encontrados. La defensa y el propio acusado reconocen expresamente las condiciones de tiempo y lugar del hecho, así como la intervención del acusado en él.

En relación con el modo, ubica la discusión en la inexistencia de dolo de homicidio y de allí deriva el cuestionamiento a la calificación legal. Así resultan coincidentes víctima y acusado acerca de que este último ascendió al colectivo en el primer recorrido que éste hacía en el día, aproximadamente a las cuatro de la mañana, en el boulevard de ingreso al Hospital [...]; que solo iban el rodado el chofer y el acusado; que éste iba armado y que al solicitarle al chofer que le hiciera entrega de la billetera y el celular, éste salió de su asiento, lo que provocó el impacto del colectivo contra árboles de la zona; que ambos forcejearon para luego resultar herido el chofer. Hasta allí las coincidencias en los relatos. Es éste el primer tramo del que habla el juez de sentencia en sus fundamentos.

En efecto, el juez refirió al respecto que la víctima sostuvo que «[...] el día 9 de diciembre de 2019 salgo en el primer viaje [relata el recorrido que efectúa] cuatro de la mañana. Cuatro quince, cuatro y veinte, entramos a [...]. Cuando damos la vuelta por la rotonda en eso veo que me hizo señas un individuo. Yo paré, “irá a trabajar”, pensé, y se apoya donde se apoya la tarjeta y me dice bueno «flaco, hagámosla cortita, dame lo que tenés». [A lo que R. respondió] «no te voy a dar nada» [agregó que sufrió cuatro o cinco veces asaltos anteriores]. Me corrí del asiento y le metí un cachetón o trompada [...].

El colectivo siguió en marcha [agregó que pensó que iba a parar, chocar en cualquier momento] cuando choca, con esa misma adrenalina nos agarramos a trompadas [...]» (ver registro audiovisual, 11.04.2019, video 2, 00:05:49 a 00:11:30).

En este relato espontáneo continuó, «[e]n ese momento me caigo, creo que le rompí una remera negra, le seguí pegando, no me acuerdo si arriba de él, cuando siento «ahora te quemo hijo de puta» y siento el disparo. [Agregó que intentó levantarse y sentarse para pedir ayuda]. Veo una luz, una camioneta y era un móvil de la policía [...]. Dos oficiales me asistieron y si no fuera por ellos no la estaría contando [...]. Me desmayé, tengo unos flashes [...]» (ver registro audiovisual, 11.04.2019, video 2, 00:12:42 y ss).

El acusado declaró en sentido similar. En este orden expresó, luego de indicar que se hallaba al cuidado de su hija y de su ahijado que había querido irse con él, ambos cenaron, estuvieron en la calle y luego entraron a jugar a las cartas. Luego, se acostó, pero no se podía dormir porque había estado en varias ocasiones bajo tratamiento por adicciones. Así, pensó en ir a un centro de salud, luego de haber tomado Lonazepan en una dosis importante.

A lo que añadió que «[...] agarró las bolsas que traen del depósito; tenía una remera con la que envuelvo un arma calibre 9 mm HIPOWER [...]; me la había dejado un amigo [...]; salgo [...]; veo pasar un colectivo, en el primer recorrido [...] me lo tomo cuando da la vuelta. Me subo, yo encapuchado, con un gorrito de lana, una campera de hilo negra, le hago señas al colectivo, me subí, al lado de donde se marca la tarjeta. Le digo si me podía entregar el celular y la billetera.

Ahí nomás actúa y me larga una trompada. Se me viene encima. Empezamos a forcejear [...]. Le dije quédate quieto que tengo un arma y yo saco el arma y disparo para atrás del colectivo, para que viera que era verdad que tenía un arma [...]. Me agarra el arma, [...] la capucha; me había dejado sin visión [...], quería recuperar la vista y yo para querer recuperar el arma, [...] se caen dos balas, [...]. Le logro sacar el arma, se siente el disparo, fue en el forcejeo, en la parte del abdomen como él dijo. En ningún momento fue mi intención [matarlo, sino] fue robarle [...]. Estaba bajo los efectos de las pastillas [...]» (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:05:37 y ss). Asimismo, afirmó que nunca dijo «ahora te quemo» y reiteró que nunca fue su intención lastimarlo, que estaba nervioso, y que el disparo se produce por el forcejeo. La defensa cuestiona la cantidad de disparos escuchados por la víctima y las contrapone con el resultado de los informes efectuados por Policía Científica y el testimonio de E., actuante de éstos, dándole a ello una trascendencia que entiendo no ostentan.

Lo propio aduce acerca de la trayectoria del disparo con entrada y salida que recibiera en el abdomen R. y del que el juez afirmara que habría quedado alojada en el cuerpo de aquél. Si bien en una primera instancia pareciera justificar las inconsistencias en el estado anímico de la víctima por el hecho vivido y la internación posterior, luego varía su análisis y las considera relevantes para justificar las contradicciones y afirmar que han sido soslayadas por el juez.

Seguidamente, las vincula al segundo momento establecido por el sentenciante, cuando éste sostiene que el dolo de lesiones habría cambiado a dolo de homicidio cuando el acusado refirió a R. «ahora te quemo» y que justificaría la frustración ante la imposibilidad de éxito en su empresa delictiva. Centra allí la imposibilidad del suceso, para justificar un disparo accidental.

La manifestación del acusado respecto del primer disparo podría encontrar justificación en el informe de Policía Científica, pues un disparo quedó alojado en el panel lumínico del colectivo, aunque también dicho sentido puede encontrar respuesta en el forcejeo que los protagonistas han reconocido.

De ello, da cuenta el informe precitado y la declaración de E. (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:40:50 y ss). Sin embargo, previo a ello es el propio acusado, el que reconoce que sacó el arma y

disparó, con lo cual introdujo un elemento de alta peligrosidad en la escena de los hechos que hasta ese momento no había exhibido. Del mismo modo, luego y si bien sostuvo que fue la víctima la que le intentaba quitar el arma, también reconoció que él quería recuperarla; de hecho fue secuestrada en las inmediaciones de su aprehensión.

No puede tampoco dejar de considerarse que las contradicciones que puntualiza la defensa acerca del número de disparos escuchados por la víctima, irrelevantes a mi criterio en cuanto al número, sí aportan elementos de juicio en favor de la declaración de la víctima.

En este sentido, ésta respondió que escuchó dos disparos, seguidos, cuando el acusado le dijo «ahora te quemó» e, incluso, reconoció que le agarra el brazo pero sostuvo, «ahí nomás me da el otro tiro [...] el segundo en el abdomen [...]» (ver registro audiovisual, 11.04.2019, video 2, 00:28:40 y ss).

Por su parte, debe tenerse en cuenta que el juez también valoró que uno de los policías intervinientes, H., que subió al colectivo y auxilió a la víctima, a la que lo encontró parada en el pasillo y expresamente le dijo, «[...] esta persona que agarraron ahí me quiso robar y me pegó un tiro [...]» (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:09:20 y ss). Idéntica declaración efectuó al Ministerio Público Fiscal (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:15:27 y ss).

Todos estos elementos que he ido consignando fueron debidamente analizados por el juez de sentencia en sus fundamentos orales, cierto que con una valoración que no es la pretendida por el impugnante. En este sentido, el recurso no aparece sino como una mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba que, a mi criterio, no logra desvirtuar el razonamiento seguido por el juez porque, entiendo, efectuó un análisis completo del plexo probatorio rendido e incorporado siguiendo los principios de la sana crítica racional, particularmente las reglas de la lógica y la experiencia.

Asimismo, las contradicciones puntualizadas no han tenido más que el objeto de menoscabar el valor convictivo del relato de la víctima declaración que, en términos generales y en lo medular, se ha mantenido sin fisuras, a pesar de lo violenta y sorpresiva que la situación significó para la víctima.

Téngase en cuenta que el hecho aconteció en la madrugada, en el primer recorrido de su labor, en una zona desolada, y con escasas posibilidades de obtener auxilio pues circulaba sin pasajeros en el colectivo a lo que debe sumarse que la misma refirió que había sido víctima de tres o cuatros asaltos anteriores y que había cobrado un dinero de trabajos que hacía a contra turno y por ello reaccionó defendiéndose.

En mérito a lo expuesto, en coincidencia con el juez de la instancia previa en que la materialidad del hecho así como la autoría del acusado han quedado debidamente acreditadas conforme la prueba que ha sido debidamente valorada, a continuación se analizará la calificación adoptada y que fuera materia del segundo agravio por considerar que no se configuraba el dolo necesario.

Art. 80 inc. 7° del CP

La norma del art. 80 inc. 7 del CP requiere como elemento esencial una ultraintencionalidad por parte del autor del homicidio, un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo; en definitiva, una ultrafinalidad (ver mi voto en «**Barrionuevo Tarragona**»). Existe consenso en doctrina que dicha figura requiere una especial conexión entre ambos delitos. Así, la naturaleza de la agravante es eminentemente subjetiva. Esa conexión puede ser un medio, «para preparar, facilitar o consumir otro delito o para procurar su impunidad» en su primera modalidad o una finalidad, «por no haber logrado el fin propuesto». Específicamente se detuvo en ello el juez de sentencia y claramente el hecho materia de condena, en mérito a la valoración de la prueba que comparto, fue incluido en la figura de homicidio *criminis causa*, en grado de tentativa por la frustración del delito del robo (ver registro audiovisual, 20.04.2019, video 2, 00:13:12 y ss).

En este aspecto, el juez entendió que la figura legal referida se aplicaba al caso en razón de que se encontraba acreditado que el acusado, superado por la víctima en el forcejeo cuerpo a cuerpo que mantenían arriba del colectivo, extrajo el arma y previo proferirle las palabras «ahora te quemo», disparó contra la humanidad de R., quien fue auxiliado oportunamente por personal policial.

En conclusión, debe afirmarse que el sentenciante en sus fundamentos ha brindado un análisis detallado, completo y minucioso, de la prueba, con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional.

A partir de allí, consideró, acertadamente a mi criterio, acreditado, con el grado de certeza necesario para arribar a una sentencia de condena, los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

En mérito a lo expuesto considero que los agravios de la defensa no pueden ser de recibo en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 27 de junio de 2023.- P.). Secretaría, 27 de junio de 2023.-

14- GUTIERREZ ESPEJO. 03-07-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcGEJ.pdf

Lex: Art. art. 79, 41 bis, 164, 40, 41, 58 del CP. Art. 75, inc. 22 de la CN. Art. 5, inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica. Art 10.2.b. del PIDCyP. Ley 22803. Punto 10 de las Reglas de Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores. Art. 40, inc. 2 de la CDN.

Vox: Homicidio. Unificación de condena. Unificación de pena. Unificación de sentencia. Método aritmético. Método compositivo. Tribunal Penal de Menores. Readaptación social. NNA. Audiencia de visu. Derecho de defensa. Debido proceso.

Summa:

El TPC impuso al señalado, J.A.G.E., mediante sentencia N° 35 (18-06-18), la pena única de **diecisiete años y seis meses de prisión**. Unificó la condena impuesta:

- a- por la entonces **Quinta Cámara en lo Criminal**, en sentencia n° 4.857, en fecha **11 de agosto de 2017**, de **once años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 en función del art. 41 bis, 40 y 41 del C. Penal) en esta causa N° P-87.368/15 con costas; con la establecida
- b- por el **Tribunal Penal de Menores** de la Primera Circunscripción Judicial, en fecha **28 de diciembre de 2017**, mediante resolución que obra a fs. 489/499 y vta., cuya responsabilidad fue establecida en las sentencias n° 1.059 de fecha 14/11/2016 en autos n° 133/17; n° 3.342 de fecha 28/04/16 en autos n° 176/17 y n° 1002 de fecha 18/04/16 en autos n° 295/15, de **seis años y seis meses de prisión**, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP) en la causa n° 133/17, de robo simple (art. 164 del CP) en la causa n° 176/17 y por el delito de robo agravado por el uso de arma (Art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, en consecuencia, anular la sentencia n° 35, disponiendo la remisión de los presentes obrados al TPC a fin de que tome conocimiento de lo resuelto y remita al Tribunal Penal de Menores, ambos de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que proceda a efectuar unificación de condenas conforme a las pautas aquí desarrolladas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 35 (18-06-18), pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ríos Vallejos. 23-12-14.

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

- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

b-CSJN

- Gago. 06-05-08:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6433571&cache=1691834851112>

Precedentes relacionados

a-SCJM

Unificación. Art. 58 CP

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Doctrina citada

DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, 2ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 1020.
CREUS, Carlos, Aspectos penales y procesales de la unificación de penas, pp. 139 y 131 citado en **DÍAS, Horacio**, Código Penal de la Nación Argentina comentado, Parte General, Editorial Rubinzal Culzoni editores, 1ª edición, 2018. Buenos Aires, p. 118.

Parágrafos destacados

“...El límite, a fin de establecer la pena unificada, a más de los hechos y la calificación legal, no puede superar, en su máximo, la sumatoria de todas las penas impuestas ni ser inferior, en su mínimo, a la pena mayor, debiendo considerarse la sentencia unificadora única condena, desapareciendo la primera condena...”

«[...] el **art. 41, inc. 2º, in fine, del Código Penal** señala claramente que **“El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto ... en la medida requerida para el caso [...]”**. [S]e trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho al condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. [...] Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada [...]».

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Gómez.

Fallo:

CUIJ: 13-04623885-5/1((018601-87368)) FC/ GUTIERREZ ESPEJO JULIAN AGUSTIN P/ HOMICIDIO AGRAVADO (87368) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104706996*

En Mendoza, a los tres días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04623885-5/1 caratulada "F. C/ G.E., J.A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, autos n° P-87.368/15, la defensa del condenado J.A.G.E. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 35 de fecha 18 de junio de 2018 (fs. 505/506) y Auto aclaratorio de fecha 21 de junio de 2018 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 (fs. 508/509) por el que se unifica la condena impuesta mediante Sentencia N° 4.857 de fecha 11 de agosto de 2017 de once años de prisión como partícipe primario del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, que se le atribuyera en los presentes obrados (arts. 79 y 41 bis del Código Penal) por la entonces Quinta Cámara del Crimen con la pena de prisión de seis años y seis meses impuesta por el Tribunal Penal de Menores mediante Sentencia de fecha 11 de agosto de 2017 por los delitos de homicidio agravado por el uso de fuego (arts. 79 y 41 bis del Código Penal en los Autos N° 133/17; robo simple (art. 164 del Código Penal) en los Autos N° 176/17 y robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, párrafo 1°, primer supuesto del Código Penal) en Autos N° 295/15 en la pena única de diecisiete años y seis meses de prisión.

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, unificó la condena impuesta a J.A.G.E. por la entonces Quinta Cámara en lo Criminal, en sentencia n° 4.857, en fecha 11 de agosto de 2017, de once años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 en función del art. 41 bis, 40 y 41 del C. Penal) en esta causa N° P-87.368/15 con costas (art. 29 inc. 3 del CP y 557, siguientes y concordantes del CPP); con la establecida por el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial, en fecha 28 de diciembre de 2017, mediante resolución que obra a fs. 489/499 y vta., cuya responsabilidad fue establecida en las sentencias n° 1.059 de fecha 14/11/2016 en autos n° 133/17; n° 3.342 de fecha 28/04/16 en autos n° 176/17 y n° 1002 de fecha 18/04/16 en autos n° 295/15, de seis años y seis meses de prisión, con costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP) en la causa n° 133/17, de robo simple (art. 164 del CP) en la causa n° 176/17 y por el delito de robo agravado por el uso de arma (Art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

De tal manera, impuso como pena única que debe cumplir J.A.G.E. la de diecisiete años y seis meses de prisión (art. 58 del CP).

Para resolver de este modo, el tribunal consideró, en coincidencia con el dictamen fiscal, que la **unificación de penas es un imperativo del art. 58 del CP** y un derecho fundamental del condenado para evitar distintos cumplimientos de condena.

Ello así por cuanto entendió que, no obstante la falta de petición de parte, el Tribunal Penal de Menores era quien debía unificar dicha pena.

Entendió adecuada la suma aritmética para proceder a la unificación, pues las circunstancias previstas por los arts. 40 y 41 del CP ya fueron consideradas al momento de dictar la sentencia n° 4.857 de la Quinta Cámara del Crimen.

Del mismo modo, se advierte del auto de imposición de pena del Tribunal Penal de Menores referencia la aplicación de la doctrina de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación en «M., D.E.»** y de esta Sala en «**Ríos Vallejos**» que establecen una sensible reducción de la escala penal aplicable a los menores de edad. Además, el tribunal señaló que dentro de los delitos por los que resultara condenado J.A.G.E. dos eran homicidios y que posee serias falencias para internalizar las normas a pesar de los tratamientos a los que fuera sometido.

2.- El recurso de casación

La defensa del condenado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, con fundamento en los arts. 474 incs. 1 y 2 CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios sustanciales y de procedimiento.

Respecto de los vicios de procedimiento entiende que se ha violado el derecho de defensa al dictar una resolución con vista únicamente al Ministerio Público Fiscal, dictamen al que el tribunal adhirió en cuanto a la utilización del **método aritmético**, sin posibilidad de intervención de la defensa acerca de la viabilidad y quantum de la unificación, la que considera exorbitante.

Agrega que tampoco se escuchó previamente al imputado.

Del mismo modo, refiere que se imposibilitó la oposición al ejercicio unipersonal de la jurisdicción pues esa defensa pudo haber pedido integración con un miembro del Tribunal Penal de Menores.

Reseña los antecedentes en el fuero de penal menores por el que resultara condenado J.A.G.E. estableciendo un parangón entre las fechas de los hechos y la de la declaración de responsabilidad penal. Así, reseña la causa n° 176/17 donde se investigó un hecho del 2 de julio de 2012 calificado como robo simple, donde J.A.G.E. fue declarado responsable el 28 de abril de 2016. De igual modo, la causa n° 295/15, donde se investigó un hecho del 2 de abril de 2013 calificado como robo agravado por el uso de arma, y en el que J.A.G.E. fue declarado responsable el 18 de abril de 2016. Por último, la causa n° 133/16, en donde se investigó un hecho del 23 de marzo de 2014 calificado homicidio agravado por el uso de arma de fuego, y en el que J.A.G.E. fue declarado responsable el 14 de noviembre de 2016.

Menciona que cumplió J.A.G.E. cumplió dieciocho años el 8 de mayo de 2014; que la entonces Quinta Cámara del Crimen lo condenó a once años de prisión el 11 de agosto de 2017, mientras que el Tribunal Penal de Menores a seis años y seis meses el 28 de diciembre de 2017, contradiciendo esta última el art. 75 inc. 22 de la CN, el art. 5, inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 10.2.b. del PIDCyP, la segunda parte, punto 10 de las Reglas de Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores y el art.

40, inc. 2 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a los Estados parte a resolver en forma rápida causas con **menores involucrados**.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la pena debe estar dirigida a su **readaptación social** no pudiendo el juez desentenderse de sus posibles efectos.

Cuestiona la mención que se hace de la adopción de la postura más favorable adoptada por el Tribunal Penal de Menores y al efecto aduce que, conforme el **art. 4 de la ley 22.803** si bien fue condenado a pena de prisión, bien podría haber sido sobreseído o habersele impuesto una pena menor.

Sin embargo, sostiene, dicho tribunal consideró al cuantificar su pena la ya impuesta por la Quinta Cámara.

Seguidamente afirma que J.A.G.E. ha sido sometido a dos regímenes diferentes. **Uno especial, tutelar, estrictamente preventivo, cuyos antecedentes no generan efectos de reincidencia, mientras que el otro es de mayor severidad.**

Sin embargo, en el primero se lo trata con **mayor morosidad**, se lo condena con posterioridad al régimen de mayores, se le unifica la pena de forma aritmética y se le aplica una pena que luce exorbitante.

Menciona que si todos los delitos hubieran ocurrido siendo mayor de edad se habrían violado las reglas del concurso, siendo ello demostrativo también del perjuicio de la pena única impuesta.

Desde el punto de vista sustancial, entiende que la motivación carece de nexo lógico entre la prueba y las conclusiones violando el principio de razón suficiente.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, normativa internacional, doctrina y jurisprudencia de esta Corte.

En suma, solicita se haga lugar al recurso impetrado, revocándose la sentencia que unifica las penas o, en su caso, se imponga una pena única más benigna que no supere los once años de prisión, de conformidad al art. 58 del CP. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General, tras analizar los agravios formulados y evaluar la procedencia formal de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa no procede sustancialmente.

En este sentido, y con relación a la unificación de pena estima que el método compositivo implica, valorando las características del caso, considerar las circunstancias ligadas a la culpabilidad, prevención y las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, y puede llevar o no a la suma aritmética de las penas.

Sostiene que la suma realizada para la unificación ha tomado en consideración todas estas circunstancias.

Agrega, que J.A.G.E. fue puesto en conocimiento de manera formal y material así como de la totalidad de las prerrogativas que lo asisten respecto de las dos condenas, de los hechos ilícitos, del encuadre típico y del caudal probatorio que fundamenta su autoría y responsabilidad, evaluándose todas las circunstancias atenuantes al cuantificar la pena por ambos tribunales.

De tal manera, afirma que si se consideran los hechos cometidos, la suma aritmética deviene justa, equitativa y no arbitraria.

Añade que la violación al derecho de defensa deviene infundada no solo porque la sentencia unificadora ha sido dictada por la misma Cámara que lo condenara sino que allí se consintió el ejercicio de la jurisdicción unipersonal, por lo que ha sido dictada de conformidad con el art. 58 del CP, debiendo en

suma rechazarse el recurso casatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, debe señalarse que en función de los argumentos que a continuación se exponen, corresponde su rechazo.

Cabe señalar, previo a todo, que el Tribunal Penal de Menores en el resolutivo de la sentencia dictada (fs. 489 vta. y 499) se expidió al afirmar que en el caso debía, atento a la sentencia firme de la entonces Quinta Cámara del Crimen, aplicarse el art. 58 del CP, encuadrando la situación de J.A.G.E. en el primer supuesto del dicho norma.

La falta de petición del Ministerio Público y la imposibilidad de realizarlo de oficio por falta de contradictorio, dada la violación al derecho de defensa que conllevaría la falta del quantum de la pena peticionada, resultaron argumentos para justificar la **no realización en esa instancia de la unificación de condenas**.

A tales fines, citó instrumentos internacionales que resguardan esos derechos y afirmó que siendo el art. 58 del CP anterior a la ley 23.849, que aprobó la Convención de los Derechos del Niño, y la incorporación de tratados de derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994, en materia penal juvenil, la interpretación de la referida norma debe hacerse armónicamente con los principios, garantías y estándares consagrados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, estimando improcedente su intervención en esas condiciones.

En función de ello, considero que corresponde realizar algunas consideraciones en orden a lo que ya he sostenido acerca de los parámetros a tener considerar respecto de la interpretación que cabe darle al art. 58 del CP y los distintos supuestos que de ésta surgen en materia de unificación de penas y de condenas así como de los métodos de cuantificación a aplicar en cada caso. Esto, por cuanto de ello se agravia en segundo lugar la defensa del imputado.

En efecto, en el **precedente «Vega Ríos»** sostuve que nuestra legislación sustantiva prevé reglas para alcanzar una pena total que unifique la respuesta punitiva.

Así, ante pluralidad de delitos independientes cometidos por el mismo sujeto juzgados simultáneamente por un único tribunal –concurso real de delitos– se aplica la regla de los arts. 55 y 56 del CP y es ése tribunal quien estima la pena correspondiente.

En tanto, que ante múltiples delitos atribuidos a la misma persona pero juzgada en juicios diferentes, con sentencias condenatorias diversas, el art. 58 del CP consagra la regla de la pena única y de un único juez sobre ella, sean los delitos anteriores o posteriores.

Ello, siempre que nos encontremos con una **pena vigente**.

El primer párrafo, primera parte, del **art. 58 del CP** prevé que «Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto [...]».

De esta norma emergen dos casos:

Unificación de condena.

El primero vinculado con la comisión de delitos anteriores a la primera condena con sentencia firme y juzgamiento por separado, en cuyo caso los delitos debieron ser juzgados en un único juicio e imponer una pena única, por lo que, de no ser así, existe violación a las reglas del concurso de los arts. 55 a 57 del CP.

El límite, a fin de establecer la pena unificada, a más de los hechos y la calificación legal, no puede superar, en su máximo, la sumatoria de todas las penas impuestas ni ser inferior, en su mínimo, a la pena mayor, debiendo considerarse la sentencia **unificadora única condena, desapareciendo la primera condena**.

Como la **violación a las reglas del concurso de delitos** supone un déficit en el funcionamiento correcto de la administración de justicia, esto no debe repercutir negativamente en el imputado y debe aplicarse, como regla, y de acuerdo con lo que luego se explicará, el **método compositivo** para establecer el quantum de la pena.

Unificación de pena

El segundo supuesto se centra en aquella persona que se encuentra cumpliendo pena por sentencia firme y que comete un hecho posterior.

En este supuesto corresponde **unificación de penas**, no desapareciendo la condena anterior que subsiste con todos sus efectos jurídicos.

Surge así que el **momento de comisión del delito**, anterior o posterior a la sentencia preexistente, diferencia ambas hipótesis: si es anterior, corresponde hablar de «**unificación de condenas**» pues los delitos concurren materialmente; si es posterior, de «**unificación de penas**» en razón de que medió sentencia firme respecto del primer delito.

Unificación de sentencia.

En otro orden, la segunda parte, primer párrafo del art. 58 del CP establece que «[...] o cuando se hubieren dictado **dos o más sentencias firmes** con violación de dichas reglas».

Refiere al dictado de varias sentencias firmes por delitos independientes cometidos por la misma persona, pero que fueron juzgados en diferentes juicios, con lo cual ostenta diferentes sentencias sin una oportuna unificación, lo que conlleva una violación de reglas del concurso -material o real- que determina la necesidad de que todas estas sentencias sean unificadas.

Más allá de las denominaciones que la doctrina utiliza para diferenciar a cada una de estas hipótesis – unificación de condenas, unificación de penas y unificación de sentencias–, la problemática se presenta cuando un tribunal de juicio debe cuantificar la sanción penal única.

Para ello existen dos métodos, el **sistema compositivo y el de suma aritmética**, siendo, en principio, facultad del órgano jurisdiccional la elección de uno u otro sistema según lo considere más adecuado.

En este sentido, la Corte Federal tiene dicho que «la fijación de la pena única dentro del límite establecido por la suma de ambas condenas es facultad discrecional de los jueces de la causa» (Fallos 308:2547).

Con lo cual, «no es imperativo para el juez o tribunal la aplicación de un método de unificación determinado. Nada se opone a que el cómputo de la pena se practique por operación aritmética cuando los jueces lo consideren equitativo o cuando lo aconseje la personalidad del condenado y las modalidades de los hechos» (conf. DE LA RÚA, Jorge, **Código Penal Argentino, Parte General, 2ª edición, Ed. Depalma,**

Bs. As., 1997, p. 1020).

En cualquier caso, la opción por uno u otro método debe ser **fundada**, teniendo especial incidencia, además de los montos de la pena, la modalidad del hecho. En consonancia con dicho criterio, la Corte Federal se pronunció en la **causa «Gago»** (Fallos: 331:1099, con remisión al dictamen del señor Procurador General de la Nación) al sostener que los jueces de la causa habían fundado suficientemente la selección del método aritmético, dadas las concretas circunstancias agravantes computables en el caso.

Dicho esto, entiendo que el caso que nos ocupa encuadra en el primer supuesto del primer párrafo del art. 58 del CP por existir violación a las reglas del concurso de delitos no imputables al condenado, pues los hechos por los que resultara condenado en el Tribunal Penal de Menores, no sólo resultan anteriores sino que la sentencia recaída, además, es posterior a la dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen, cuando ésta ya se encontraba firme.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Penal de Menores en fecha 28 de diciembre de 2017 condenó a J.A.G.E. a la pena de prisión de seis años y seis meses, luego de haber declarado la responsabilidad penal de éste e imponerle tratamiento tutelar en los autos n° 133/16 mediante sentencia n° 1059 del 14 de noviembre de 2016 –cuyo hecho data del 23 de marzo de 2014 por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego– y en autos n° 295/15, sentencia n° 1.002 del 18 de abril de 2018 –hecho del 2 de abril de 2013 por el delito de robo agravado– y luego de la sentencia n° 3342 del 28 de abril de 2016 en la causa n° 176/17 del Tercer Juzgado Penal de Menores –hecho del 2 de julio de 2012, por el delito de robo simple–. Siendo el hecho por el que resultara condenado en las presentes actuaciones, mediante sentencia n° 4.857 –del 11 de agosto de 2017– del 23 de agosto de 2015 (ver fs. 474/478), obvio resulta colegir que aquellos señalados en el párrafo anterior resultan anteriores, aun cuando fueran sentenciados definitivamente con posterioridad, lo que torna flagrante la violación de las reglas del concurso real o material (art. 58 del CP) y nos sitúa en la hipótesis de **«unificación de condenas»** que debe respetar el principio de **«pena total»** establecido en el art. 58 del CP.

[Cuál es el tribunal que debió proceder a la unificación](#)

Ahora bien, el tema a dilucidar gira en torno a cuál es el tribunal que debió proceder a la unificación que aquí se cuestiona, si **el último** que dictó sentencia, que en el caso sería el Tribunal Penal de Menores, o la entonces Quinta Cámara del Crimen, como efectivamente ocurrió en tanto fue el tribunal que impuso la **pena mayor**.

[De oficio o petición de parte.](#)

Del mismo modo, debe determinarse si ello podía efectuarse de oficio o requería petición de parte.

Efectivamente, dos son los temas a dilucidar entonces, aun cuando en casos como el de autos, la violación a las reglas del concurso viene dada por la ley, pues es en resguardo precisamente de los derechos de los menores en conflicto con la ley penal que se ha establecido su juzgamiento en un fuero especializado.

Más allá del método utilizado, que como ya expresé en el caso de unificación de condenas debe ser, como regla, el compositivo, corresponde establecer cuál debía, de los tribunales intervinientes, unificar las condenas, si ello podía proceder de oficio o a petición de parte y si en cualquier caso, se debe respetar el principio del contradictorio para evitar violación de garantías constitucionales.

Ya he dejado sentado, que el método utilizado por la Quinta Cámara del Crimen es el sistema aritmético de sumatoria de las penas impuestas pues éste es el que impuso la pena mayor utilizando como principal

argumento que en ambas sentencias se había hecho debida aplicación de los arts. 40 y 41 del CP y en el caso del fuero de menores, de las directrices respecto de la reducción de la pena emanada del fallo «M., D.E.» de la Corte Federal y de «**Ríos Vallejos**» de este Tribunal.

De acuerdo con lo establecido en el art. 58 del Código Penal, cuando debe juzgarse a una persona que está cumpliendo pena impuesta por sentencia firme en razón de un delito distinto, debe unificar el juez que dicte la **última sentencia**.

Por su parte, cuando el tribunal que dictó la última sentencia **no** procedió de acuerdo con la regla de la primera parte del art. 58 del Código Penal, se impone la aplicación de la disposición contenida en el segundo apartado de la citada norma, según la cual el tribunal que hubiese impuesto la **pena mayor** dicte sentencia de unificación.

En el caso analizado, prima facie, debió ser el Tribunal Penal de Menores quien efectuara dicha unificación.

Sin embargo, remitiendo las actuaciones para ello a la entonces Quinta Cámara del Crimen este tribunal procedió de oficio y por escrito, lo que motivó la imposibilidad de tomar conocimiento de visu del condenado y el contradictorio respecto del monto de la pena total.

Ahora bien, ello obedeció a una decisión expresa del primero, es decir del Tribunal Penal de Menores, en base a una **interpretación equivocada** de las situaciones que el art. 58 del CP prevé.

Es cierto que al momento de imponerse ambas condenas, la del fuero penal juvenil y la del fuero penal de adultos, ambos tribunales, en observancia a las previsiones del art. 41 del CP, tomaron conocimiento de visu del imputado, pero ello debió realizarse nuevamente al momento del dictado de la pena única. La falta de petición de parte al respecto al momento de la audiencia del art. 4, apartados 2 y 3 de la ley 22.278 –modificada por la ley 22.803– en el fuero penal juvenil, donde pudo haberse respetado el contradictorio, así como la adopción por parte de la Quinta Cámara de un procedimiento oficioso por escrito con vista únicamente al entonces fiscal de cámara, vedó la posibilidad de discusión por las partes en cuanto a la pena total a imponer y el método a utilizar.

Ello, en violación del derecho de defensa y el debido proceso, resultando insuficientes los argumentos esgrimidos en cuanto a que en las sentencias originarias se habrían respetado las pautas de mensura contenidas en los arts. 40 y 41 del CP.

De las constancias de la causa no surge que el tribunal de la instancia previa realizara la audiencia que prescribe el art. 41 del CP antes de la unificación y, es por ello, que entiendo que le asiste razón a la defensa en este punto.

Esta nueva audiencia le hubiera permitido al tribunal conocer con la actualidad debida las circunstancias personales de J.A.G.E., que pudieron haber variado desde que se tomara la audiencia de visu en ocasión del debate. En este sentido se expresó nuestro Máximo Tribunal en la causa «**M., D.E.**» al decir que «[...] el art. 41, inc. 2º, in fine, del Código Penal señala claramente que “El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto ... en la medida requerida para el caso [...]”. [S]e trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho al condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. [...] Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada [...]».

En el mismo sentido, en cuanto a la necesidad de realización de la **audiencia de visu** del art. 41 del CP y

su interpretación armónica, se expidió aquel Tribunal en «**Niz, Rosa Andrés**», **sentencia de 15/06/2010**.

En suma, la sentencia de unificación dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen no ha respetado las reglas del concurso real habiendo existido inobservancia de los preceptos legales contenidos en el art. 58 del CP pues, a los efectos de la **unificación de condenas**, correspondía se utilizara el método compositivo (art. 58, primer apartado, primer supuesto del CP); existiendo, además, violación del debido proceso y el derecho de defensa al no haberse respetado el contradictorio ni haberse tomado conocimiento de visu del condenado (art. 41 del CP).

Ello, por sí solo amerita la revocación de la resolución impugnada, pero queda asimismo por dilucidar, dada la necesaria solución a la que ha de arribarse, cuál ha de ser el Tribunal que dicte la nueva resolución de unificación de condenas.

Asimismo, determinar si dicha actividad podía, o no, ser oficiosa.

Al respecto, resulta relevante señalar que la regulación del art. 58 del CP. «[...] se limita a utilizar las reglas que rigen la individualización de la pena en los casos de concurso, como medio para [enfrentar] el complejo problema de la vigencia coetánea de varias penas distintas y las dificultades de ejecución de todas ellas en forma conjunta, sea porque aquellas reglas no se pudieron aplicar por no tratarse de los casos previstos en los artículos 55 y siguientes, por las dificultades jurisdiccionales o, directamente por simple inobservancia. El instituto de la unificación no pretende otra cosa: se trata de una solución procesal –con implicancias sustanciales, por supuesto- para dificultades en la individualización ejecutiva de la pena [...]» (**CREUS, Carlos, Aspectos penales y procesales de la unificación de penas, pp. 139 y 131 citado en DÍAS, Horacio, Código Penal de la Nación Argentina comentado, Parte General, Editorial Rubinzal Culzoni editores, 1ª edición, 2018. Buenos Aires, p. 118**).

Y ello así, en tanto nuestro Código establece el sistema de pena única, que no prevé la posibilidad de subsistencia de más de una pena pendiente de cumplimiento respecto de una misma persona. Salvo, claro está, cuando una de ellas, se haya agotado por cumplimiento íntegro y, en consecuencia, no haya coexistencia. Ello permite concluir que lo dispuesto por el art. 58 del Código Penal no es de aplicación facultativa. La regla general impide que coexistan penas impuestas en forma independiente. Y está claro también, y se reitera, que en estos supuestos de juzgamiento posterior a una persona que está cumpliendo condena pronunciada por sentencia firme, sean los hechos anteriores o posteriores, la regla general es que el juez de la última condena es quien debe unificar.

Cabe señalar también que la doctrina afirma que, a diferencia de la segunda hipótesis de la norma del art. 58 del CP, a la que ya hemos hecho mención, el legislador no ha previsto reglas sobre oficiosidad o pedido de parte y es prevaleciente el criterio que esta disposición es aplicable de oficio por el juez sobre la base de la constancia pertinente de la condena anterior (**DE LA RÚA, Jorge, ob. cit., p. 1015**).

Dicho esto entiendo que es el Tribunal Penal de Menores, por resultar el último tribunal que dictó sentencia, quien debió proceder a unificar las condenas, en cumplimiento de la normativa antes reseñada.

De este modo, entiendo corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, **hacer lugar al recurso de casación** interpuesto por la defensa de J.A.G.E. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Gómez. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JULIO R. GÓMEZ adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en la cuestión que antecede corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J.A.G.E. y, en consecuencia, anular la sentencia n° 35 debiendo remitirse la causa al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que tome conocimiento y remita al Tribunal Penal de Menores, ambos de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que proceda a efectuar unificación de condenas conforme las pautas aquí desarrolladas. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JULIO R. GÓMEZ adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J.A.G.E. y, en consecuencia, anular la sentencia n° 35 agregada a fs. 505/506 y 507/508 de estos obrados.

2.- Disponer la remisión de los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que tome conocimiento de lo resuelto y remita al Tribunal Penal de Menores, ambos de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que proceda a efectuar **unificación de condenas** conforme a las pautas aquí desarrolladas. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO. DR. MARIO D. ADARO. DR. JULIO R. GOMEZ .

15- DURE ROJAS. 03-07-23. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7° en función del art. 79, 55 y 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 89, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 9106.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma. Lesiones. Amenazas simples. Juicio por jurado. Perspectiva de resocialización. Instrucciones finales. Valoración de la prueba. Tiempo de deliberación. Prisión perpetua. Constitucionalidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP) y, lesiones leves dolosas y amenazas simples (arts. 89 y 149 bis del CP) que se le atribuye en la causa n° P 43.561/20; y por el delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma (arts. 80 inc. 7 en función del art. 79, 55 y 166 inc. 2 primer supuesto del CP) que se le endilga en la causa n° P-55.523/20

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1708, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:

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

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

b-CSJN

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

c- CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM. (JJ)

- Petean Pocovi. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Mendoza. 06-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf
- Morales Nievas. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf
- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Pajón Retamales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf
- Gutiérrez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446>
- Ibáñez Benavidez y ot.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Quispe Espinoza. 02-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>
- Vázquez Correa. 20-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210920_FcVCA.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga Navarro. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Farías Toledo. 19-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220419_FcFAP.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220729_FcCOR.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Méndez Castro. 13-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221013_FcMC.pdf
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221202_FcPRM.pdf
- Gil Pereg. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf
- Navia. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf
- Duré. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf
- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Figueroa Arriga 06-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf
- Oviedo. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf

b-CSJN:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

- Álvarez.
- Malenky. Fallos, 264:364.
- Bonfante. Fallos, 288:325.
- Philco Argentina SA. Fallos, 306:1597.
- Cine Callao. Fallos, 247:121.
- Trentini. Fallos, 220:1458.
- Bignone. Fallos, 306:655
- Pénisse. Fallos, 209:200
- Bignone. Fallos, 306:655
- Freito García. Fallos, 299:45

- Vega. Fallos, 311:1565.
- AFIP. Fallos, 324:3345
- Veliz, Linda Cristina .15-06-10.

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina.14-05-13.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. 20-06-05:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

- Martínez Colorado Vs. Guatemala.

- Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. 11-11-19:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf

- Rodríguez Revolorio Vs. Guatemala. 14-10-19:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_387_esp.pdf

- Jenkins Vs. Argentina. 26-11-19.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf

- Flor Freire Vs. Ecuador. 31-08-16.

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=418&lang=es

- Suarez Rosero Vs. Ecuador. 12-11-97

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315

- Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. 02-09-04.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221

d-TEDH

- T.P. y A.T. vs. Hungría. 04-08-16.

- Hutchinson

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

Fallo:

CUIJ: c/1((028601-43561)) FC/ DURE ROJAS P/ COACCIÓN Y LESIONES LEVES DOLOSAS, ART. 149 BIS, 2DO. PÁRRAFO Y 89 DEL CP , Y SUS ACUMULADOS Nº P-55.523/20 CARATULADOS FC/ DURE ROJAS P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA ART- 80. PÁRRAFO 1 INC. 7 (43561) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106158051*

En Mendoza, a los tres días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06911339-1/1 caratulada “F. C/ DURÉ ROJAS CATAALINO RAMÓN, P/ HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSA S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Catalino Ramón Duré Rojas interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.708 emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, Sala Unipersonal N° 6. Ello, en tanto se condena a aquél a prisión perpetua por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas (art. 89 del CP) y, lesiones leves dolosas y amenazas simples (arts. 89 y 149 bis del CP) que se le atribuye en la causa n° P 43.561/20; y por el delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma (arts. 80 inc. 7 en función del art. 79, 55 y 166 inc. 2 primer supuesto del CP) que se le endilga en la causa n° P-55.523/20.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La decisión impugnada condenó a Catalino Ramón Duré Rojas a la pena de prisión perpetua a raíz que el jurado popular en autos, conforme a la previsiones de la ley 9.106, lo encontró culpable de los hechos atribuidos en las causas n° P-43.561/20 y P-55.523/20. Así, según el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal, se le atribuyó los hechos (n° 1 y 2) sucedidos entre las 23.30 hs del día 7 de junio del 2020 y los primeros minutos del 8 de junio del 2020, en la casa de Félix Valdez ubicada en Villa Atuel, paraje La Izuelina, en un campo conocida como «Finca u Horno de Giménez», era una zona rural. En esa ocasión, «[Catalino Duré] venía borracho después de haber pasado todo un día tomando, ingiriendo alcohol, después de haber estado en unos partidos de fútbol junto con una persona que él conocía hace poco [...] que se llama [Emiliano Rodríguez] y se dirigieron a la casa de [Félix Valdez] a quien ya conocían hace unos meses porque [Félix Valdez] le había dado trabajo a [Catalino Duré] [...] [y] [Catalino Duré] le exigió que le cocinara y que le diera de comer y que le diera de beber. [Félix Valdez] [...] le dijo que no tenía comida [...] porque [Félix Valdez] era una persona humilde, [Catalino Duré] se ofuscó, porque cuando se alcoholizaba se ofuscaba, permanentemente se alcoholizaba, frecuentemente se alcoholizaba, se descontrolaba, peleaba y tomaba cuchillos que a veces llevaba encima o donde lo encontraba tomaba cuchillos y apuñalaba a personas [...] se ofuscó [Catalino Duré] porque [Félix Valdez] le dijo [que no tenía para darle

de comer] y entonces comenzó a amenazarlo, [diciéndole] te voy a matar, te voy a cagar a trompada [...] y se dispuso hacerlo. Entonces reaccionó [...] Emiliano Rodríguez en defensa [Félix Valdez] porque [Catalino Duré] lo iba a matar, lo iba a agredir y allí comenzó una pelea, en donde resulta lesionado con arma blanca, con un cuchillo que toma [Catalino Duré] de la casa de Félix Valdez, y apuñala Emiliano Rodríguez en el pecho y en un costado del pecho causándole lesiones en su cuerpo [...] fueron lesiones leves [...], además de golpearlo en la cara, logrando derribarlo y dejarlo inmovilizado en el piso, eso hizo Duré Rojas con Emiliano Rodríguez quien había intentado defender a [Félix Valdez] ante la exigencia que le diera de comer».

«Ante la situación [...] que estaba tirado [Emiliano Rodríguez] en el piso [Félix Valdez] ve que [Catalino Duré] iba a continuar con la agresión [...] aprovechándose de que [Emiliano Rodríguez] estaba en el piso iba a continuar apuñalandolo, para salvarlo intercede en defensa de [Emiliano Rodríguez] y allí también [Catalino Duré] lesiona a [Félix Valdez], lo lesiona en su mano, produciéndole lesiones leves [...]».

Así, el Ministerio Público Fiscal refirió que: «estos son los dos primeros hechos de la causa, las lesiones que [Catalino Duré] le causa a Emiliano Rodríguez y las lesiones y la coacción que [Catalino Duré] le causó a [Félix Valdez]». Seguidamente el Ministerio Público Fiscal agregó que: «Félix Valdez intenta pedir ayuda [...] y logra [...] llamar a su hijastra [Leonor Zambrana] [...] y llaman a la policía [...]. Ante esta situación Félix Valdez hace la denuncia policial de todo lo que había ocurrido, lo denuncia a [Catalino Duré] porque había sido víctima de amenazas en ese momento de que lo iba a matar y [Félix Valdez] pensaba que era así, que realmente lo iba a matar [...]». «En consecuencia, se monta un operativo policial [...] [buscan a Catalino Duré] y lo aprehende [...]. Luego [...] de hacer la denuncia regresa [Félix Valdez] a su casa y allí encuentra un celular que no era de su propiedad y, en consecuencia, vuelve a la comisaria, ya siendo el 8 de junio del 2020, y lo devuelve diciendo justamente que no era su celular y [que] era evidentemente el celular que llevaba [Catalino Duré], y que con motivo del forcejeo y de la pelea y, la agresión que había tenido contra Emiliano Rodríguez y contra [Félix Valdez], se había caído al piso». Asimismo, el Ministerio Público Fiscal manifestó que: «estando en la policía, [Catalino Duré], ya manifestó su gran ofuscación y enojo por lo que había pasado, por la denuncia policial, por la aprehensión, requería a la policía que le dieran la libertad y que le devolviera el celular. La policía le dijo que [ahí] había un celular, pero [Catalino Duré] no creía que [Félix Valdez] había devuelto el celular y [anunció] públicamente que él iba a recuperar de alguna u otra manera, como fuera, el teléfono celular».

«Como consecuencia de lo ocurrido, [Félix Valdez] estando sólo con mucho miedo y en esas condiciones de debilidad y vulnerabilidad, empezó hablar con los vecinos y [les] transmitió ese miedo que tenía respecto de [Catalino Duré] [...]. [Félix Valdez] tenía mucho miedo que le pasara algo, de que lo mataran [...] y redactó un manuscrito de una nota para que fuera recabando firmas [...] para pedir que [Catalino Duré] se fuera de allí, se fuera de la comunidad, se fuera de la zona porque evidentemente iba a ocurrir algo malo [...]».

«De esto se enteró [Catalino Duré] y fue un motivo para que se ofuscara aún mucho más [...] y empezó a decir que iba a cobrarse de cada uno de esos vecinos que firmaron esa nota [...]». El tercer hecho atribuido al acusado está constituido por el suceso que «consume el acusado [Catalino Duré] entre los días 19 y 20 de julio de 2020 [...] [cuando aquél] ingresó violentamente a la casa [de Félix Valdez] aplicando fuerza sobre la puerta de ingreso, rompiendo, dejando las bisagras todas flojas y caídas [...] en busca del celular y para robarle algunas otras pertenencias. Con la finalidad del robo, se trenzó en lucha con [Félix Valdez], revolvió toda la casa [...] le cortó el cuello, causándole una herida de 7,5cm con una profundidad

aproximada de 1,5cm a 2cm, que no logró comprometer las arterias vitales, pero le [causó] un corte de tejido que provocó una emanación de sangre muy intensa, que sin dudas por las condiciones físicas de la víctima [...] hicieron que a los pocos segundos [Félix Valdez] se desplomara y terminó tendido en la cama inconsciente, como si fuera un estado de coma, ya sea por si mismo o porque lo puso allí [Catalino Duré], vivo, inconsciente e indefenso».

«[Catalino Duré] después le prendió fuego, lo carbonizó [...] y murió [Félix Valdez] a raíz del fuego, no murió por la apuñalada en el cuello [...]» (hecho nº 3).

La sentencia nº 1.708, y sus fundamentos dan cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado, de las instrucciones finales que se le proporcionaron una vez clausurado el debate, del veredicto unánime de culpabilidad que éste emitió y de la individualización de la pena e imposición de costas efectuada por el juez técnico.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP.

En primer lugar, entiende que se aplicó erróneamente la norma contenida en el **inc. 7 del art. 80 del CP**, como así también los delitos menores incluidos.

Así, argumenta que la acusación principal del hecho nº 3 era la de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma.

A su vez, sostiene que se previó, como delito menor incluido en la acusación, el contenido en el **art. 165 del CP, homicidio con motivo u ocasión de robo**.

Al respecto, considera que el juez técnico también **debió incluir en las instrucciones**, como delito menor, el homicidio simple en concurso real con robo. Entiende que este error en la instrucción lesiona derechos fundamentales del acusado, en tanto sostienen que es una exclusiva atribución del juez técnico, independientemente de si las partes lo solicitan o no.

En segundo lugar, estima que el jurado se apartó de la valoración de la prueba, en tanto estiman que, en relación con el delito de homicidio criminis causa, se debería haber arribado a un veredicto de no culpabilidad.

En efecto, sostiene que no se pudo acreditar el elemento subjetivo adicional que requiere el homicidio criminis causa, es decir la conexidad ideológica consistente en matar para lograr la impunidad por el robo del celular.

Por un lado, porque el acusado fue detenido en las inmediaciones del lugar, inmediatamente de ocurrido el hecho, por lo que sostiene que si hubiera querido lograr su impunidad, se hubiera fugado de la zona. Por otro lado, estima que la prueba rendida da cuenta de dos motivos temporales distintos en el hecho, primero se produjo el homicidio y, luego, la sustracción del teléfono celular de la víctima, en tanto argumentan que las huellas de calzado encontradas en el lugar del hecho, fueron realizadas con posterioridad a la caída de todo el hollín, es decir con posterioridad a la muerte de la víctima.

Por consiguiente, estima que la figura penal que más se adecuaba con la prueba rendida, y que no fue incluida y explicada al jurado popular, es la de homicidio simple en concurso con robo (o hurto).

En tercer lugar, considera que el jurado popular deliberó en escaso tiempo de aproximadamente dos horas y media, teniendo en cuenta la índole de los hechos que se juzgaban.

En efecto, estima que aquel tiempo de deliberación es absolutamente breve para discutir, en forma consciente, los delitos atribuidos y, va en contradicción con el principio del «**plazo razonable**».

Al respecto, manifiesta que dentro de esas dos horas y media hay que tener en cuenta que el jurado tuvo que almorzar y elegir presidente por lo que, consideran, deliberó menos tiempo aún.

Por último, entiende que la pena de prisión perpetua es **inconstitucional e inconvencional**, en tanto priva a la persona de una **perspectiva de resocialización**.

Argumenta que, en nuestro Código Penal, la pena de prisión perpetua está configurada sin posibilidad de solicitar libertad condicional, en las condiciones que todos los condenados pueden hacerlo.

En efecto, sostienen que el art. 80 del CP priva al acusado de poder solicitar este derecho.

Además, sostiene que el acusado no fue declarado reincidente (art. 14 CP), dado que fue su primera condena, por lo que el impedimento normativo para acceder en un futuro a la libertad condicional, deriva de una violación a la igualdad ante la ley, en tanto considera que se crea una categoría de delitos, entre ellos el art. 80 CP, que no podrá acceder jamás al régimen progresivo de su pena.

En efecto, estima que en estas condiciones la condena es una pena cruel, inhumana y degradante, en tanto el acusado debería esperar cincuenta años para poder salir en libertad, sin tener la posibilidad de una salida anticipada por libertad condicional.

Además, menciona que el juez solamente tuvo en cuenta como atenuante la carencia de antecedentes computables del acusado, sin merituar su juventud y vulnerabilidad por haberse criado en un seno familiar de origen muy humilde de la Provincia del Chaco, con numerosos hermanos, sin padre y, la circunstancia según la cual trabaja en distintas provincias solo desde los catorce años de edad.

Por lo expuesto, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, contenida en el art. 80 del CP. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Estima que se ha dado acabado cumplimiento al procedimiento dispuesto en la **ley 9.106** que regula el juicio por jurados populares.

Así, argumenta que se observó debidamente el art. 32 de la citada ley, al brindar las instrucciones al jurado en forma verbal y escrita, dejándose constancia que las partes manifestaron su expresa conformidad de las mismas y que no presentaron oportunamente disidencias u oposiciones.

Asimismo, sostiene que los miembros del jurado fueron especialmente instruidos en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba.

De tal manera, considera que el jurado dictó su veredicto luego de apreciar las pruebas rendidas y puestas a su disposición, tanto de cargo como de descargo.

En cuanto al plazo razonable que insume cada jurado popular convocado para arribar a un veredicto unánime, estima que no puede medirse ni determinarse, en tanto dependerá de cada caso, de sus características particulares, de las pruebas incorporadas que han de valerse y de su valoración.

Por último, sostiene que el recurso de inconstitucionalidad planteado no cumple las condiciones básicas

de procedencia del art. 489 del CPP y debe ser rechazado formalmente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en base a los motivos que expondré a continuación, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Catalino Ramón Duré Rojas.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia pronunciada por la Sala Unipersonal N° 6 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en base al veredicto de culpabilidad al que llegó el jurado popular, en función del supuesto previsto en el **art. 41 inc. d de la ley 9.106**.

De manera preliminar, debo señalar que los cuestionamientos de la defensa se circunscriben al hecho n° 3 de la sentencia, es decir al suceso que fue encuadrado como homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma.

De tal manera, en relación con los hechos n° 1 y 2 la defensa no formula ninguna crítica.

Con el fin de exponer de manera clara las razones que me conducen a la solución que adelantara y de garantizar una revisión completa y debidamente justificada de las cuestiones que plantea la defensa, seguiré el siguiente orden de análisis.

En primer lugar, abordaré el agravio referido a las instrucciones finales (a).

En segundo lugar, analizaré el tema vinculado a la valoración probatoria realizada por el jurado popular (b).

En tercer lugar, examinaré la crítica sobre el tiempo de deliberación del jurado popular (c).

Por último, analizaré el agravio referido a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua (d).

a.- Consideraciones sobre el agravio referido a las instrucciones finales

En relación con las instrucciones finales brindadas al jurado popular, la defensa sostiene que el juez técnico debió incluir, como delito menor y respecto de hecho n° 3, la figura del homicidio simple en concurso real con robo. De este modo, de la compulsa de la audiencia de litigación de las instrucciones finales surge que estas fueron claras, precisas y detalladas sobre los aspectos jurídicos-penales relevantes para la solución del caso.

Ellas incluían, no sólo reglas de valoración sobre los elementos típicos que requería la aplicación de la figura homicidio criminis causa en concurso real con robo con armas –hipótesis de la acusación–; sino que también se incluyó, en el ámbito de discusión del jurado, el análisis de los hechos a través de la figura del homicidio con motivo u ocasión del robo, homicidio simple y robo agravado por el uso de arma, como propuestas alternativas de delitos menores. En efecto, las instrucciones sobre el delito de homicidio criminis causae, en concurso real con robo con armas, que se le suministró al jurado popular, incluyeron reglas para el análisis probatorio y jurídico de los hechos que fueron objetos del proceso. Así, respecto de los hechos analizados, se le explicó al jurado que «[...] para que [...] Catalino Ramón Duré [sea considerado] culpable [...] la Fiscalía debe probar, más allá de duda razonable, cada uno de los siguientes tres (3) elementos: 1) [que] Félix Valdez está muerto; 2) [que] [l]a muerte de Félix Valdez fue causada por la acción intencional del acusado Catalino Ramón Duré; 3) [que] [e]l acusado Catalino Ramón Duré mató a Félix Valdez con el fin de asegurar la impunidad para sí por el delito de robo con armas contra la propiedad de

Félix Valdez».

Por su parte, y sobre la posibilidad de tener por acreditado el delito menor de homicidio con motivo u ocasión de robo el juez técnico explicó que: «[...] para tener por acreditado este delito, el acusador debe probar estos cuatros (4) elementos más allá de toda duda razonable: 1) Que Félix Valdez está muerto; 2) Que Catalino Duré cometió intencionalmente un robo con armas [...]; 3) Que con motivo u ocasión de ese robo con armas cometido por Catalino Ramón Duré, resultó el homicidio de Félix Valdez; 4) Que ese homicidio se produjo como consecuencia directa de las violencias físicas ejercidas para cometer el robo con armas». En cuanto al homicidio simple estableció que se requiere que se haya probado: «[...] 1) Que Félix Valdez está muerto; 2) Que Catalino Ramón Duré fue quien intencionalmente lo mató, es decir, que realizó actos que tuvieron la capacidad de matar, y que efectivamente el resultado fue la muerte». Y, por último, respecto al delito de robo agravado por el uso de arma, el juez técnico dio las siguientes instrucciones: «[...] es necesario para que el acusado sea declarado culpable de este delito que la Fiscalía pruebe los siguientes tres (3) elementos más allá de toda duda razonable: 1) Que Catalino Ramón Duré realizó la sustracción o apoderamiento ilegítimo de bienes muebles pertenecientes a Félix Valdez; 2) Que la sustracción o apropiación se realizó con intención y en la inmediata presencia de la persona o en su persona y en contra de su voluntad; 3) Que se realizó la sustracción o apropiación por medio de la violencia o de la intimidación y el empleo de un arma inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de cometido el hecho para retener la cosa apropiada».

A partir de lo referido, considero que la crítica de la defensa relacionada con el delito que entiende no fue incluido en las instrucciones, no procede.

Ello, en tanto, conforme surge del referido soporte de audio y video de la audiencia de litigación de las instrucciones finales (**art. 32 de la ley 9.106**), el juez, luego de clausurado el debate, le sugirió a las partes proponer modificaciones a las instrucciones finales que serían impartidas al jurado.

Se advierte, que solo la defensa del acusado solicitó se incluyera una instrucción expresa en relación con la legítima defensa, esgrimida por el acusado en su declaración y respecto del delito de lesiones leves en perjuicio de Emiliano Rodríguez (hecho n° 1).

Esta petición fue admitida, con la expresa conformidad del Ministerio Público Fiscal y, en relación con las demás instrucciones, las partes no presentaron propuestas ni formularon disidencias ni oposiciones a las elaboradas por el juez técnico, adhiriendo y presentando expresa conformidad con las misma.

Esto permite descartar la crítica referida por la defensa, en tanto no manifestó oportunamente oposición a las instrucciones finales, ni solicitó que se incluyera como delito menor el homicidio simple en concurso real con robo.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que, conforme se explicará en el apartado siguiente, no se advierte arbitrariedad alguna en el veredicto del jurado respecto a la acreditación del hecho n° 3 atribuido y su calificación legal.

b.- Cuestionamientos de la defensa en relación con la valoración de prueba realizada por el jurado popular

En cuanto a la delimitación de la función revisora de esta instancia, cabe recordar lo que he señalado en el **precedente «Lucero Videla»** en cuanto a que «[l]a revisión de la valoración probatoria realizada por el jurado popular –que, a diferencia de los tribunales de jueces profesionales, no exterioriza su mérito de la prueba– no consiste en una «superposición» del criterio del tribunal de casación con el del jurado popular,

sino en una evaluación acerca de la **razonabilidad de la hipótesis** que el jurado consideró acreditada, en relación con las pruebas que fueron producidas durante el juicio.

Lo que si bien impone redoblar el esfuerzo, ante la mayor dificultad que representa la tarea de revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, cumple mucho mejor -y en forma objetiva- la revisión amplia, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará, en definitiva, si la solución arribada (veredicto del jurado) es posible».

Asimismo, «[d]ado el **plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular**, la única ocasión en que en esta instancia podemos examinar el resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado popular, es cuando ésta acoge la teoría del caso de la acusación o cuando, aún sin acogerla completamente, su veredicto es de culpabilidad (**art. 41, primera parte, de la ley 9.106**)».

«Pues, cuando se trata de un veredicto de no culpabilidad, la solución al respecto surge del texto expreso de la ley. Aquí, el legislador provincial ha establecido, en forma excluyente, que «Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado.

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno» (conf. **art. 38, inc. d de la ley 9.106**)».

Además, en cuanto al alcance y la amplitud de la labor de revisión en esta instancia extraordinaria de los veredictos condenatorios emitidos por un jurado popular, debe tenerse en cuenta que el «[...] control casatorio debe ejercerse con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la **audiencia de voir dire**, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime».

«De tal manera, ese particular respeto que merece la decisión del jurado popular, determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. **art. 33 de la ley 9.106**–, sino en una evaluación de la posibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. **art. 41, inc. d, ley 9.106**).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate (ver al respecto, mi voto en «**Petean Pocoví**», el voto de la mayoría en «**Tizza**», el voto de la

mayoría del Pleno del Tribunal en «**Acuña**», «**Zúñiga**», «**Vildoza**» e «**Hisa**»; todo de conformidad con lo señalado en «**Canales**» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «**V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»).

A su vez, «[c]uando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto –caso de autos– debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora.

Lo que no implica de modo alguno una limitación al recurso del acusado, ni un impedimento para la revisión de una sentencia emitida como consecuencia de un veredicto de culpabilidad del jurado popular.

Sino que compromete y obliga a que la tarea revisora se centre en determinar si aquella decisión del jurado popular que se cuestiona, se encuentra dentro del elenco de opciones probables y racionales que surgen de las evidencias producidas durante el debate. Labor en la que debe guardarse la especial deferencia al buen juicio y al sentido común del colectivo del jurado».

Para ello, indiqué que corresponderá determinar que «[...] a) si de acuerdo a las pruebas producidas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la prueba. Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada».

En tal sentido, resulta necesario analizar, en el caso concreto, si los hechos que consideró acreditados el jurado popular pueden razonablemente derivarse de las pruebas que le fueron expuestas durante el debate. A mi modo de ver, se impone la respuesta afirmativa.

En efecto, debe mencionarse que la defensa considera que el jurado se apartó, arbitrariamente, de la prueba rendida en el juicio.

Ello, en tanto estima que en relación con el delito de homicidio *criminis causa* en concurso real con robo con armas se debería haber arribado a un veredicto de no culpabilidad.

Al respecto, sostiene que no se pudo acreditar el elemento subjetivo adicional que requiere el homicidio *criminis causa*, es decir la conexidad ideológica consistente en matar para lograr la impunidad por el robo del celular. Para ello, centra sus agravios en sostener que: 1) el acusado fue detenido en las inmediaciones del lugar, inmediatamente de ocurrido el hecho; 2) la prueba da cuenta de dos motivos temporales distintos, de modo que primero se produjo el homicidio y, luego, la sustracción del teléfono celular de la víctima.

Al respecto, argumenta que las huellas de calzado encontradas en el lugar del hecho fueron realizadas con posterioridad a la caída de todo el hollín, es decir con posterioridad a la muerte de la víctima.

De este modo, estima que la figura penal que más se adecuaba con la prueba rendida, es la de homicidio simple en concurso con robo (o hurto).

Sin embargo, como explicaré a continuación, los argumentos de la defensa deben ser rechazados, en tanto no logran demostrar arbitrariedad en el veredicto de culpabilidad emitido por los miembros del jurado.

En primer lugar, tal como lo expliqué en el apartado a, en las instrucciones finales no se incluyó, como delito menor, la figura del homicidio simple en concurso real con robo, razón por la que el jurado popular no podría haber declarado culpable al acusado de tal delito.

En segundo lugar, estimo que los agravios de la defensa presentan un déficit argumentativo que lo torna

insuficiente para alcanzar su pretensión, en tanto no basta con la exposición de un criterio diverso en la apreciación de la prueba para abastecer el requisito de recurribilidad contenido en la normativa procesal aplicable al caso, sino que es indispensable acreditar que la prueba producida en el debate conduce a la afirmación contraria a la sostenida por el jurado popular.

Así, la **ley 9.106 en su art. 41 inc. d** establece que es motivo específico de procedencia del recurso de casación que «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate».

Se advierte, que la defensa no demuestra la insuficiencia del plexo cargoso para tener por acreditado el hecho y la responsabilidad penal del acusado.

Por el contrario, surge de manera clara del debate de la causa que la teoría del caso que tuvo por acreditada el jurado popular –que encontró culpable al acusado del hecho que fuera calificado como homicidio críminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma– puede razonablemente derivarse del análisis integral de los elementos probatorio que le fueron expuestos.

En este sentido, resultan relevantes las declaraciones testimoniales de los testigos Brian Garro, Daniela Elizabeth Pérez, Ricardo Jarpa, Emiliano Rodríguez, Leonor Zambrana, Elena Careaga, Leandro Chavarría y Rosa Galván durante el debate, como así también de la propia declaración del acusado. Ello, en tanto de ella surgen las siguientes circunstancias: 1) que Félix Valdez le debía dinero al acusado; 2) que Félix Valdez denunció al acusado por el hecho ocurrido el 7 de junio de 2020; 3) que como consecuencia de esa denuncia, el acusado estuvo aprehendido; 4) que Félix Valdez entregó el teléfono celular del acusado al personal policial, el que fue secuestrado; 5) que Félix Valdez juntó firmas para que el acusado se fuera del lugar, porque le tenía miedo. Es importante resaltar que si bien estas son circunstancias pertenecientes a los hechos n° 1 y 2, que no se encuentran cuestionados por la defensa en el recurso interpuesto, resultan relevantes en relación con el hecho n° 3 pues son previas a él y le brindan contexto. Con respecto a la deuda de dinero, si bien Catalino Duré en su declaración hizo referencia a que Félix Valdez no le debía dinero, manifestó que por la quema de un horno este debía pagarle \$ 5000 y que sólo le quería dar \$ 3000 –o sea, existía una deuda, por la suma restante, de la víctima con el acusado–, reconociendo que a raíz de eso tuvieron una discusión. Confirma esa situación Brian Garro, quien en su declaración manifestó que Catalino Duré se encontraba enojado, porque Félix Valdez no le pagó lo que le correspondía por la quema de un horno de ladrillos. Argumentó que Catalino Duré cobraba \$ 5000 por el trabajo y que Félix Valdez sólo le pagó \$ 3000. En cuanto a la denuncia, a la aprehensión y al secuestro del teléfono celular de Catalino Duré. La agente policial Daniela Elizabeth Pérez, refirió que Catalino Duré estaba enojado porque se encontraba aprehendido (a raíz de la denuncia de Félix Valdez) y porque le faltaba su teléfono celular (el que fue entregado a personal policial por parte de Félix Valdez).

Agregó que Duré Rojas manifestó al respecto que, cuando saliera de la comisaría iba a ir a buscar su celular. En el mismo sentido, declaró Ricardo Jarpa, quien hizo referencia que Catalino Duré le manifestó al oficial policial que sino recuperaba el teléfono celular se lo iba a quitar a Félix Valdez o a Emiliano Rodríguez.

Además, debe señalarse que Emiliano Rodríguez manifestó que Catalino Duré lo apuñaló dos veces con un cuchillo a él y que a Félix Valdez le manifestó que lo iba a matar porque no le dio de comer. Además, expresó que Félix Valdez había realizado una nota para juntar firmas con el fin sacar al acusado del paraje La Izuelina porque le tenían miedo y, afirmó, que el acusado sabía de la existencia de esa nota.

Sobre este aspecto en particular, declaró Ricardo Jarpa, quien afirmó que el acusado sabía de aquella nota, en tanto le manifestó que iba a ir uno por uno con quienes la habían firmado, creía él que era para asustarlos. Asimismo, Leonor Zambrana manifestó que su padrastro, Félix Valdez, le tenía miedo a Catalino Duré por la nota y, además, porque cada vez que tomaba lo amenazaba.

En efecto, en igual sentido declararon Elena Careaga, quien refirió que Félix Valdez le contó que Catalino Duré iba a su casa agresivo a pedirle plata para comprarse bebida y que se la daba para que no le hiciera nada. Asimismo, Leandro Chavarria, quien señaló que Félix Valdez tenía miedo porque el acusado lo amenazaba.

Y, por último, Rosa Galván expresó que Catalino Duré iba borracho a la casa de Félix Valdez, lo agredía y le exigía comida, bebida y dinero. También manifestó que Félix Valdez tenía miedo porque Catalino Duré le había dicho que lo iba a matar si juntaba firmas para que se fuera del paraje La Izuelina.

Por otra parte, de los distintos informes analizados y de las declaraciones de los profesionales intervinientes, se derivan los siguientes elementos de prueba que, analizados de manera conjunta con las circunstancias anteriormente referidas, dan sustento a la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal en relación con el hecho nº 3.

En este sentido, se advierte que, según la declaración de Pedro Constanzo, perteneciente a la División Investigaciones de la Policía de Mendoza, las zapatillas negras con detalles en rosado, marca Tryon, cuya suela coinciden con las huellas de pie de calzado encontradas en el lugar del hecho, fueron secuestradas en el domicilio donde fue detenido Catalino Duré.

Asimismo, señaló que en el allanamiento realizado en el domicilio de la víctima Félix Valdez no se encontró su teléfono celular, y que sólo hallaron caja de éste vacía.

Así, Eduardo Javier Cerpa, de Policía Científica, declaró que en el domicilio se observaron huellas de pie de calzado, la que se encontraba impresa en el suelo sobre una capa de hollín.

Mencionó que se realizó un cotejo y que existe el cien por ciento de probabilidades que las zapatillas negras con vivos rosados, marca Tryon, secuestradas del domicilio donde se encontraba Duré Rojas cuando fue aprehendido, realizaron esas improntas. En el mismo sentido, declaró Rodolfo Núñez, de Policía Científica, quien manifestó que en el lugar del hecho, específicamente cerca de la cocina y al lado de la cama donde se encontraba el cuerpo de Félix Valdez sin vida, habían huellas de pie de calzado impresas sobre una capa de hollín del suelo. Refirió sobre ello que se realizó un cotejo de las huellas de calzado con las zapatillas marca Tryon, el que dio como resultado el 99% de certeza.

Con respecto a la mecánica del hecho refirió que, se podía interpretar que en el lugar hubo una riña en el sector del living-cocina comedor, donde se evidenció desorden y que Félix Valdez fue herida con un elemento cortante en el cuello.

Luego, Félix Valdez, herido, se sentó en el sector posterior de la cama sobre el lateral derecho, en tanto había un indicio de acumulación de tejido hemático. Seguidamente, se recostó en la cama y fue incinerado con ropa.

Destacó que solamente se quemó el cuerpo y la cama, al lado de la cama se encontraba un ropero que no fue alcanzado por el fuego.

Se advierte que, estas declaraciones coinciden con lo manifestado por Rodrigo Vázquez, personal de Bomberos, quien refirió que el fuego se circunscribió en el sector de la cama, donde se encontraba el

cuerpo y, que no se extendió ni propagó hacia otros sectores.

Además, señaló que el mayor grado de destrucción del cuerpo fue en la parte superior y progresivamente y, en menor cantidad, en la zona de los pies.

En cuanto al origen del fuego, expresó que en el lugar no había estufas eléctricas, ni a gas, así como tampoco pantallas o electrodomésticos que emitan fuente de calor.

Agregó que se trató de un proceso de combustión lento e incompleto y que en la mesa de la habitación principal había un recipiente de alcohol que tenía una pequeña porción de líquido blanco en su interior. Ante la pregunta si el incendio fue intencional, respondió que lo que pudo establecerse que existió la participación humana para que la fuente de ignición haya coincidido con la zona de origen del fuego.

En cuanto a la causa de muerte de Félix Valdez, el médico Nicolás Bereciarte, del Cuerpo Médico Forense, afirmó que fue producto de la carbonización completa del cuerpo y aclaró que la persona se encontraba con vida cuando fue incinerada. Asimismo, agregó que existió cierta prontitud entre la herida del cuello y el fuego.

Ahora bien, surge de la declaración de Fabian Pereyra, perteneciente a la UDAPIF, que el 20 de julio de 2020, a las 11:39 hs, impactó en el teléfono celular de Félix Valdez la línea de teléfono 2625453368, perteneciente a Catalino Duré. Desde esa línea se realizaron al menos dos llamadas telefónicas, una a las 11:43 hs y, la otra, minutos más tarde, al número 3725449682. Y en horas de la tarde desde aquella línea se envió a este último número, en al menos dieciocho oportunidades, mensajes de texto tipo SMS. A su vez, Pereyra señaló que el número telefónico 3725449682, al que se habían realizados las llamadas telefónicas desde el celular de la víctima, pertenecía a la localidad de General José de San Martín, de la provincia del Chaco, cuya titular era Gladys Ávalos, quien había tenido una relación amorosa con Catalino Duré.

A partir de ello, surge que Catalino Duré, con el teléfono celular que utilizaba Félix Valdez, llamó el 20 de julio de 2020 al teléfono celular de Gladys Ávalo. Como claramente se advierte, de la circunstancia referida surge la sustracción del teléfono de Félix Valdez por parte de Duré Rojas el día del hecho. De este modo, a partir la prueba que he traído a colación puede sostenerse como posible el veredicto de culpabilidad del jurado en relación con el hecho nº 3 atribuido al acusado y por el que fuera encontrado culpable del delito de homicidio criminis causae en concurso real con robo agravado por el uso de arma, sin que se advierta arbitrariedad alguna por parte del jurado, tal como lo sostiene la defensa.

Por lo tanto, la crítica defensiva resulta ser una mera discrepancia con el criterio valorativo del jurado, antes que la demostración de un supuesto de arbitrariedad o apartamiento de la prueba.

Por ello, el agravio expuesto en este sentido debe ser desestimado.

c.- Sobre el tiempo de deliberación del jurado popular

A mi modo de ver, esta crítica de la defensa no puede tener acogida favorable.

Al respecto, considero que no existe un tiempo determinado que el jurado debe emplear para deliberar, en tanto, y tal como lo he señalado en el **precedente «Petean Pocoví»**, «[n]o existe un nexo lógico mínimamente racional entre el tiempo que demanda la lectura de las instrucciones y el tiempo que emplea el jurado para debatir, cuestión que por definición no responde a criterios objetivos y mensurables, sino que depende de una actividad dialógica que varía caso a caso, y que [...] debe satisfacer un requisito procedimental de unanimidad».

Por tal motivo, el cuestionamiento expuesto en este sentido, tampoco puede prosperar. d.- Acerca de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua La defensa de Catalino Ramón Duré considera inconstitucional la pena de prisión perpetua por cuanto no permite la libertad condicional y es cruel, inhumana y degradante. En efecto, estimo que este planteo de la defensa tampoco debe tener acogida favorable.

En primer lugar, debe mencionarse, que el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 489 del CPP, procede para cuestionar sentencias definitivas o autos mencionados en el art. 475 que denegaran un planteo de inconstitucionalidad o que declaran inconstitucional una norma.

Así, surge de las constancias de la causa que la defensa no introdujo oportunamente la cuestión constitucional ante el Tribunal que dictó la resolución recurrida. Por lo tanto, el recurso de inconstitucionalidad planteado no cumple las condiciones básicas de procedencia del art. 489 del CPP y debe ser rechazado formalmente.

Más allá de la cuestión formal expuesta, debe mencionarse que tampoco resulta procedente el recurso interpuesto por razones sustanciales.

Al respecto, debe tenerse presente que esta Suprema Corte de Justicia, en pronunciamiento plenario, se expidió sobre el asunto el 30 de diciembre de 2020, en los autos caratulados «Incidente en autos Fc/ **Ibáñez Benavidez** Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. P/ Homicidios Calificados (159312) P/ Plenario».

Se advierte, que los argumentos expresados por la defensa fueron tratados en el mencionado plenario y, en efecto, este Tribunal resolvió que la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino es constitucional, cuyos fundamentos y votos corresponde hacer remisión en honor a la brevedad.

Por tales motivos y, en tanto los argumentos allí tratados no han sido rebatidos por la defensa, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante en el sentido que el recurso de casación interpuesto por la defensa no puede prosperar.

Ello, por cuanto y como se ha explicado el voto preopinante, de la prueba producida durante el debate surge la plausibilidad del veredicto condenatorio.

Más allá de ello, estimo necesario dejar a salvo mi criterio respecto de las consideraciones generales que rigen el juicio por jurado popular. Éstas se encuentran articuladas con detalle en «**Petean Pocoví**», precedente al que me remito en lo pertinente.

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

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

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Catalino Ramón Duré Rojas.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

16- CHAVES RUBIO. 03-07-23. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	-	AFA	PPP	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf

Lex: Art. 80 inc. 4°, 54, 80 incs. 9° y 2° y 41 bis del CP. Ley 9106. Principios de Yogyakarta. Ley 26743.

Vox: Homicidio agravado. Odio a la expresión de género o identidad de género. **Travesticidio.** Concurso ideal. Condición del sujeto activo. Alevosía. Ensañamiento. Arma. Juicio por jurados. Prisión perpetua. Instrucciones finales. Perspectiva de género. LGBTTIQ+. Identidad de género.

Summa:

El TPC condenó al señalado, en virtud del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado, a la pena de **prisión perpetua** por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por odio a la expresión de género o identidad de género (travesticidio) en concurso ideal con homicidio agravado por la condición del sujeto activo, por alevosía y por ensañamiento y agravado por el uso de arma (arts. 80 inc. 4, 54, 80 incs. 9 y 2 y 41 bis del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2382, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Identidad de género. Mujer trans. Condicionamientos hegemónicos.

- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- López Puelles. 15-09-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcLPC.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

- Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. 26-03-21:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf

- Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. 12-03-20. Párrs. 90, 92 y 93.

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

Juicio por jurados

a-SCJM

- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:

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

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf

- Zúñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

b-CSJN

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

c- CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM. (JJ)

- Petean Pocovi. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcPPA.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Mendoza. 06-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf
- Morales Nievas. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf
- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Pajón Retamales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf
- Gutiérrez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446>
- Ibáñez Benavidez y ot.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Quispe Espinoza. 02-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>
- Vázquez Correa. 20-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210920_FcVCA.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga Navarro. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Farías Toledo. 19-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220419_FcFAP.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220729_FcCOR.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Méndez Castro. 13-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221013_FcMC.pdf
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221202_FcPRM.pdf
- Gil Peregrín. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf
- Navia. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf
- Duré. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf
- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Figueroa Arriga. 06-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf
- Oviedo. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf

b-CSJN:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

- Álvarez.
- Malenky. Fallos, 264:364.
- Bonfante. Fallos, 288:325.
- Philco Argentina SA. Fallos, 306:1597.
- Cine Callao. Fallos, 247:121.
- Trentini. Fallos, 220:1458.
- Bignone. Fallos, 306:655
- Pénisse. Fallos, 209:200
- Bignone. Fallos, 306:655
- Freito García. Fallos, 299:45
- Vega. Fallos, 311:1565.
- AFIP. Fallos, 324:3345
- Veliz, Linda Cristina .15-06-10.

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina.14-05-13.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. 20-06-05:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

- Martínez Colorado Vs. Guatemala.

- Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. 11-11-19:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf

- Rodríguez Revolorio Vs. Guatemala. 14-10-19:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_387_esp.pdf

- Jenkins Vs. Argentina. 26-11-19.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf

- Flor Freire Vs. Ecuador. 31-08-16.

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=418&lang=es

- Suarez Rosero Vs. Ecuador. 12-11-97

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315

- Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. 02-09-04.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221

d-TEDH

- T.P. y A.T. vs. Hungría. 04-08-16.

- Hutchinson

En términos del art. 2 de este cuerpo normativo «[s]e entiende por **identidad de género** a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales». Definición que, a su vez, es congruente con la ofrecida en los **Principios de Yogyakarta**, reguladores de cómo se aplica la legislación internacional

de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Esta protección de los derechos de las personas del colectivo LGBTTIQ+ debe ser complementada con otros instrumentos internacionales que protegen de forma especial los derechos de las mujeres a una vida libre de violencias y procuran la eliminación de todas sus formas tanto en el ámbito público como privado.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06982024-1/1((018602-63942)) FC/ CHAVES RUBIO DARIO JESUS P/ HOMICIDIO AGRAVADO (63942) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106224703*

En Mendoza, a los tres días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06982024-1/1 caratulada "F. c/ CH. R. D. J. P/HOMICIDIO AGRAVADO (63942) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de D. J. Ch. R. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.382, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción luego de la realización del juicio por jurados populares previsto en la ley 9.106.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-63.942/20, y en virtud del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado, a la pena de prisión perpetua por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por odio a la expresión de género o identidad de género (travesticidio) en concurso ideal con homicidio agravado por la condición del sujeto activo, por alevosía y por ensañamiento y agravado por el uso de arma (arts. 80 inc. 4, 54, 80 incs. 9 y 2 y 41 bis del CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia n° 2.382 dictada en autos da cuenta de la acusación fiscal, las instrucciones finales impartidas al jurado, del veredicto que éste emitió y de la pena y costas impuestas.

El Ministerio Público Fiscal formuló acusación en los siguientes términos «[e]l día 29 de Agosto de 2020, siendo aproximadamente las 03:50hs., el funcionario policial D. J. Ch. R., a bordo de su vehículo Volkswagen Bora dominio ... se constituyó en la intersección de calle ..., Mendoza, donde sorprendió indefensa a M., D.A. B. P. y la atacó por la espalda mediante seis disparos de arma de fuego ejecutados causando una dolorosa agonía, utilizando al efecto el arma de fuego tipo pistola marca ..., modelo ..., calibre...) con inscripción alfa numérica ... provista por el Ministerio de Seguridad de Mendoza a los fines del ejercicio de su profesión. En tal sentido, Ch. R. realizó seis disparos contra la humanidad de M., de los cuales cuatro fueron efectuados por la espalda de la víctima causándole la muerte en el lugar. Asimismo, previo a la consumación del ataque homicida, Ch. le manifestó al testigo J. T. que los "...travas..." de la vuelta le habían tirado gas pimienta, que él se había parado a preguntar una dirección a los "...travestis...", que iba a ir a buscar un arma y "...lo iba a cagar a tiros..."».

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Ch. R. interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 474 inc. 2 del CPP, 14.1 y

5 del PIDCP, 8.2.h de la CADH y 75 inc. 22 y 28 de la CN.

Cuestiona las **instrucciones finales** brindadas al jurado por considerarlas confusas y parciales a favor de la teoría del caso de la parte acusadora. Afirma que la aplicación de **perspectiva de género** se realizó en desmedro de los derechos procesales del acusado. Expone que se ha explicado de forma confusa y errónea la agravante prevista en el art. 80 inc. 4 del CP al incorporarle perspectiva de género mediante indicadores o cuestiones de hecho que no forman parte de la acusación ni del tipo penal ni de la dogmática en la materia. Alega que esas circunstancias no surgen de ninguna normativa.

Critica el contexto de vulnerabilidad de las personas transgénero explicado en el punto 3 de las instrucciones denominadas «Valoración de la prueba sin estereotipos». Ello, en tanto no se ha aclarado que ese contexto debe ser probado no sólo objetiva sino también subjetivamente y haber motivado la conducta del acusado. Además, señala que no se ha explicado que se debe probar el conocimiento del contexto de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y que su rechazo motivó el actuar homicida. La defensa destaca que por lo confusas que fueron las instrucciones, el jurado elevó consulta para que se explicara con mayor detalle la agravante de odio a la expresión de género o identidad de género. Además, agrega que el eje central de discusión del debate se circunscribió a la adecuación del hecho a los tipos penales, resultando ello una cuestión jurídica y no fáctica. Afirma que el jurado debe resolver sobre hechos y no sobre calificaciones jurídicas. La defensa alega que se afectó su derecho de defensa al exigirle al jurado que resolviera sobre cuestiones jurídicas. La defensa cuestiona que se condenara a Ch. R. por homicidio agravado por el uso de arma de fuego junto con las demás agravantes. A su entender, la figura prevista en el art. 79 del CP resulta subsidiaria por lo que no podría haberse condenado por las otras figuras agravadas. También se agravia que se condenó por concurso ideal sin haberse explicado al jurado nada al respecto. Critica que una vez declarada la responsabilidad de Ch. R. por los hechos acusados, no se realizó la audiencia de cesura. Afirma que ello vulneró el debido proceso y el derecho de defensa en juicio por haberse impedido a esa parte de litigar en esa instancia. Solicita que se case la sentencia exclusivamente en relación con las instrucciones dadas al jurado popular pero con mantenimiento del veredicto unánime y que se ordene una nueva audiencia de cesura para una nueva determinación de la pena. Por último, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar, expresa que si bien el recurso de casación interpuesto procede formalmente, debe ser rechazado sustancialmente. Ello, por cuanto entiende que se ha dado cumplimiento con la ley 9.106 que regula el juicio por jurados populares y con el art. 24 de la CN. No comparte las críticas contra las instrucciones finales proporcionadas al jurado popular debido a que se cumplió acabadamente con lo dispuesto por el art. 32 de la ley 9.106, en tanto se pusieron en conocimiento de forma oral y escrita con constancia de la expresa conformidad de las partes.

Agrega que la denuncia defensiva de parcialidad no ha sido acreditada, no se ha explicado cómo debería haberse cambiado la redacción de aquéllas, ni que instrucciones consentidas por las partes habrían confundido al jurado para emitir su veredicto. Respecto a la falta de realización de la audiencia de cesura, disiente y explica que por el resultado del veredicto el único proceder aplicable resultó de lo ordenado por el art. 38 inc. a de la ley 9.106.

Finalmente, destaca que la petición final de la defensa es contradictoria e ilógica, en tanto solicita se casen las instrucciones pero que se mantenga indemne el veredicto y cuestiona las razones para ordenar el

reenvío de la audiencia de cesura. Por todo lo expuesto, solicita que no se haga lugar al recurso interpuesto y se convalide la sentencia cuestionada.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 18 de abril del corriente año se realizó la audiencia oral ante esta instancia. En esa oportunidad, la defensa del acusado Ch. R. explicó las razones que sustentaban el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de condena emitida en instancia anterior. En tanto que el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante expusieron sus argumentos a favor de la confirmación de la condena.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa, corresponde señalar, por los motivos que a continuación se exponen, que la impugnación no resulta procedente.

De manera preliminar, es necesario destacar que la decisión cuya validez debe analizarse en este caso tiene aspectos de relevancia central en **tiempos de reconfiguración del contrato social que rige nuestras relaciones interpersonales**.

Es que, desde hace algún tiempo a esta parte, se han puesto en crisis los modelos sociopolíticos e ideológicos que nos rigen, por cuanto confirman y perpetúan **desigualdades estructurales** que se traducen, en lo concreto, en violaciones a derechos fundamentales cometidas en perjuicio de grupos poblacionales atravesados por vulnerabilidades de naturaleza diversa.

Preliminarmente me interesa destacar que la decisión que esta Sala está convocada a analizar se vincula con normas constitutivas del orden sociopolítico, centrales para nuestra comunidad.

En la actualidad, nos encontramos frente a un proceso de cambio social y normativo en el que se encuentran en revisión las estructuras que han perpetuado desigualdades sociales y que se han traducido, concretamente, en violaciones a derechos fundamentales cometidas en perjuicio de grupos vulnerables. En el caso que nos ocupa, la víctima –M. B.– se trata de una persona perteneciente al colectivo travesti, grupo que en las últimas décadas ha encabezado una lucha activa por el reconocimiento social. Digo esto porque, como se verá, lo que se ha puesto en tela de juicio es si es válida o no la condena dispuesta a partir del veredicto de culpabilidad dictado por un jurado popular contra Ch. R., policía acusado de matar a una joven travesti en situación de prostitución a través del múltiple impacto de proyectiles de arma de fuego en su cuerpo. No es difícil advertir que en ese breve relato se hacen presentes conflictivas sociales que trascienden sobradamente al caso en concreto –en el cual se concentra la intervención de este Tribunal– y que reflejan un fenómeno criminal con fuerte sesgo de género que carece de cualquier pretensión de novedad –pese a que sea esta la primera vez que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza se pronuncie sobre un travesticidio en los términos del art. 80 inc. 4 del CP–. De acuerdo con datos elaborados por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los años 2016 y 2021 se iniciaron al menos treinta y dos causas de travesticidio/transfemicidio en todo el país, en las cuales casi el 60% de las víctimas se encontraba en situación de prostitución con una edad promedio de treinta y dos años (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Oficina de la Mujer, Informe Especial travesticidios/transfemicidios Argentina 2016-2021). Cifra que, no obstante los esfuerzos institucionales realizados para su construcción, es señalada por las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la protección y defensa de la diversidad sexual como inferior al verdadero universo de muertes. En un contexto tal como el descrito, y en el cual la violencia letal configura sólo una de las múltiples violencias

que impactan en sus vidas (CIDH, Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América; OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015), la muerte violenta de M. B. fue calificada por el Ministerio Público Fiscal en su acusación como homicidio agravado por odio a la identidad o expresión de género, por la condición del sujeto activo, por haber utilizado un arma de fuego, por ensañamiento y alevosía. En ese mismo sentido se expidió el jurado popular al momento de emitir su veredicto de culpabilidad contra Ch. R.. De ello, se desprenden variables que deben tenerse en cuenta por este Tribunal a la hora de resolver la presente causa, que se suman a la consideración del complejo entramado de vulneraciones estructurales de derechos humanos involucrados.

Es que, tal como se adelantó, no se registran en esta Sala antecedentes en los cuales se hubiere discutido un caso de travesticidio conforme al art. 80 inc. 4 del CP.; razón por la cual esta sentencia representa la primera oportunidad para analizar la configuración del aquel tipo penal en el supuesto investigado.

Por su parte, debe considerarse que, la sentencia cuestionada por la defensa fue dictada en virtud de un veredicto de culpabilidad emitido por un jurado popular, por lo que entiendo que la revisión en esta instancia debe realizarse en función de lo señalado por esta Sala en el **precedente «Petean Pocoví»**. Pues bien, puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Ch. R., adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

En resumidas cuentas, los agravios defensivos pueden agruparse en, críticas a las instrucciones y, a la ausencia de audiencia de cesura. Respecto a las instrucciones, las considera confusas y parciales en desmedro del acusado. Los cuestionamientos se dirigen contra las explicaciones vinculadas al contexto de vulnerabilidad específica en el que se encontraba inmersa la víctima y su comprobación objetiva y subjetiva, por una parte, y contra la calificación de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, por otra. Reclama que el eje central del litigio se circunscribió a aspectos jurídicos y no fácticos que, según su criterio, sería lo atinente al jurado popular. Agrega que no se le explicó al jurado el concurso ideal.

Además, discute que no se haya realizado la audiencia de cesura una vez que el jurado popular consideró culpable a Ch. R. por los hechos que consideró acreditados. En función de lo señalado, solicita que se case exclusivamente las instrucciones dadas al jurado popular, pero que se mantenga el veredicto de culpabilidad con una nueva audiencia de cesura. Sobre el primer punto de agravio, referido a las instrucciones dadas al jurado popular respecto al contexto de vulnerabilidad específica en el que se encontraba la víctima, la defensa afirma que resultaron parciales y en desmedro del acusado.

Sin embargo, entiendo que aquellas receptan el enfoque de géneros que todo litigio que verse sobre cuestiones de identidad de género u orientación sexual debe ostentar.

En efecto, aquellas instrucciones presentaron debidamente al jurado popular las condiciones de vulneración de derechos y discriminación que padecen las mujeres trans en su vida cotidiana, situación ampliamente reconocida tanto por los organismos internacionales como por las organizaciones de la sociedad civil especializadas en la temática –CIDH, Violencia contra las personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América–.

En este punto conviene señalar que, de conformidad con los criterios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– el término personas trans es el término paraguas frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo

transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona (CIDH, Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América).

De esa manera, tanto en la instancia anterior, como durante la investigación penal preparatoria, la judicatura actuó en pleno cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales en lo que concierne a juzgar con perspectiva de géneros sin que ello implique tensar con el goce de los derechos del acusado, conforme se explicará más adelante.

En este sentido, en el **precedente «Tizza»** expliqué que juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento.

Por esta razón, nuestro país ha asumido el compromiso político, legislativo, constitucional y convencional de no reproducir, erradicar y sancionar las violencias por motivo de géneros. Considero un deber del sistema de justicia adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros.

Ese deber surge, de modo indiscutible, de la normativa constitucional y legal nacional, así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados.

Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de condicionamientos hegemónicos –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos– (ver, al respecto, **«Zurita Ábrego»**, **«Tizza»**, entre otros).

En definitiva, en nuestro sistema jurídico, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres y las personas con identidades diversas son víctimas de violencias en sus distintas manifestaciones, es necesario adoptar un punto de partida crítico, que ponga en evidencia que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación que reproducen discriminación en razón de su identidad, expresión y/u orientación de género. Lo expuesto ayuda a comprender que tanto las y los operadores judiciales como las personas que integran los jurados populares hemos sido socializados en un orden de características patriarcales que ha conducido a la naturalización de estas prácticas.

El Estado y sus agentes tienen la responsabilidad de incorporar el enfoque de géneros en todas sus intervenciones. Ello, en tanto es justamente el Estado el sujeto comprometido internacionalmente en el deber de garantizar los derechos de las mujeres y de las personas con identidades diversas, así como de la erradicación de toda forma de discriminación (ver, al respecto, **«Tizza»**).

A nivel interamericano, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado nacional se comprometió a abordar las discriminaciones estructurales y las violaciones de derechos fundamentales que padecen las personas que integran el colectivo LGBTTIQ+ en razón de su identidad, expresión u orientación de género.

Resulta preciso aclarar que la sigla **LGBTTIQ+** es utilizada para identificar al colectivo que integran las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans, travestis, intersex, queer y toda otra orientación sexual o identidad de género que no tenga una denominación específica.

Dicho esto, las violencias específicas que sufren se basan en prejuicios y percepciones generalmente negativas y posee, entre otros, un fin simbólico de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de si la persona violentada se

autoidentifica o no con una determinada categoría de las comprendidas por el colectivo (cfr. Corte IDH, «Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú», de 12 de marzo de 2020, párrs. 90, 92 y 93).

Para lograr este abordaje resulta imprescindible detectar los prejuicios personales y los estereotipos negativos de género con los que hemos sido socializados y socializadas y analizar cómo pueden afectar la objetividad de los y las agentes estatales que debemos garantizar los derechos de las personas que conforman el colectivo LGBTTIQ+. Ello adquiere especial relevancia en la investigación y en el juzgamiento de hechos violentos contra ellas. En palabras de la Corte IDH, estos estereotipos «[...] “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar del hecho”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. La Corte considera que lo mismo puede ocurrir en casos de estereotipos por la expresión de género e identidad de género» (Corte IDH, caso «Vicky Hernández y otras Vs. Honduras», de 26 de marzo de 2021, párr. 114).

Los derechos a la identidad de género y al libre desarrollo de las personas conforme a ella se encuentran internacionalmente reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (arts. 7 y 11.2), el derecho a la vida privada (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), el derecho al nombre (art. 18) y a la libertad de expresión (art. 13). Además, han sido reconocidos por nuestro país desde el año 2012 mediante ley 26.743.

En términos del art. 2 de este cuerpo normativo «[s]e entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Definición que, a su vez, es congruente con la ofrecida en los **Principios de Yogyakarta**, reguladores de cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Esta protección de los derechos de las personas del colectivo LGBTTIQ+ debe ser complementada con otros instrumentos internacionales que protegen de forma especial los derechos de las mujeres a una vida libre de violencias y procuran la eliminación de todas sus formas tanto en el ámbito público como privado.

En este sentido, la violencia ejercida específicamente contra una mujer trans se encuentra basada en el género como construcción social de las identidades, funciones y atributos asignados socialmente a cada género. Es un deber estatal desarrollar una mirada interseccional que detecte los diversos patrones de dominación que atraviesan los conflictos que se abordan para esbozar respuestas acordes, justas y que resulten en cumplimiento de las obligaciones internacionales a las que el Estado se ha comprometido. En el presente caso, ello implica analizar las vulneraciones y discriminaciones que vivencian las personas que forman parte del colectivo LGBTTIQ+, y, en particular, en relación con la identidad de las mujeres trans.

De tal manera, el caso concreto corresponde analizarlo no sólo a la luz de la CADH sino también de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, con este criterio de la CIDH que indica que, al ser aquella convención un instrumento vivo, entre los alcances de su art. 9 se encuentra la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta la situación de la violencia

que pueda sufrir la mujer en razón de varios factores. De tal manera, se establece que en el concepto «entre otros» necesariamente se incluyen la orientación sexual y la identidad de género (CIDH, Violencia contra las personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, párr. 52). En este sentido, resulta aplicable la noción de debida diligencia reforzada exigida por esa convención a los Estados firmantes y la obligación de actuar con perspectiva de géneros tanto en la investigación como en el juzgamiento de hechos de violencia contra las mujeres trans en razón de su género (cfr. «Vicky Hernández y otras Vs. Honduras», cit., párr. 133 y 134). También a nivel internacional cobran relevancia los ya mencionados Principios de Yogyakarta y Principios de Yogyakarta+10, en los que los principales mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas han afirmado la obligación estatal de garantizar protección efectiva para todas las personas ante discriminaciones basadas en razón de su orientación sexual e identidad de género. Estos principios reconocen que todas las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de los derechos humanos. Ello, implica, entre otras medidas, la adopción de políticas y decisiones con un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género. El instrumento reconoce un amplio abanico de principios que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos de las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género. Entre ellos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (2), a la vida (4), a la seguridad personal (5), a un juicio justo (8), a que se declare la responsabilidad por los actos de violencia que contra ellas se cometan (29), a la protección del Estado (30) y a la verdad (37), los que resultan especialmente relevantes al presente caso. Considero que la investigación del hecho objeto de estudio en este proceso, el desarrollo del debate oral, las instrucciones aportadas al jurado, el veredicto de culpabilidad al que llegó éste e, incluso, esta etapa recursiva ante esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza reflejan un accionar conforme a las exigencias que surgen de muchos de los principios mencionados. Por su parte, también surge como obligación constitucional garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, como también el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos de forma particular en el caso de mujeres (art. 77 inc. 23 de la CN). Este contexto normativo convencional y constitucional circunscribe las obligaciones estatales al juzgar hechos violentos contra mujeres trans en razón de sus identidades. También de allí surge el deber de capacitación de todas las funcionarias y los funcionarios públicos en materia de géneros y violencia en razón de ello, que ha sido normativizado a nivel nacional mediante la ley 27.499 (Ley Micaela), a la cual la Provincia adhirió mediante la ley 9.196, así como esta Suprema Corte de Justicia mediante la Acordada n° 29.318. Pues bien, el jurado popular no puede estar exento de estas obligaciones convencionales y constitucionales, en la medida en que no se puede suponer que per se tendrá una mirada sensible al género. Precisamente por esta razón sostuve en el antecedente «Tizza» que las instrucciones dadas a las personas que intervienen como jurados populares deben permitir la identificación de indicadores de posibles violencias hacia las mujeres. Aquellas consideraciones son aplicables mutatis mutandi al presente caso, pues debe asegurarse una mirada sensible al género en un caso de violencia letal motivada por odio a la identidad y/o expresión de género. Para ello, es necesario ofrecerle instrucciones que le permitan identificar indicadores que den cuenta de las discriminaciones históricas y estructurales que sustentan las violencias específicas que padecen las mujeres trans precisamente en razón de su identidad o expresión de género. En caso contrario, la invisibilización de las circunstancias estructurales de sometimiento que las atraviesan podría resultar en un factor de obstaculización en el acceso a una justicia que, como se dijo, debe tener enfoque de géneros.

Al respecto, debe destacarse que el principio 2.F de Yogyakarta – derecho a la igualdad y a la no discriminación– estima apropiado la adopción estatal de programas de educación y capacitación con el fin de alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias en la idea de inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad o expresión de género. Además, el principio 4.C, sobre derecho a la vida, afirma que todos sus ataques vinculados con la orientación sexual o identidad de género de una persona serán vigorosamente investigados y, cuando se encuentren pruebas apropiadas, se juzgará y sancionará. Para cumplir con ello de forma debida, como se pretende, resulta imprescindible una capacitación y sensibilización específica en la materia. Además, el principio 8.C –derecho a un juicio justo– establece que se capacitará y sensibilizará a jueces y juezas, personal de tribunales, fiscales y fiscalas, abogados y abogadas sobre normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación con vinculación a lo concerniente a la orientación sexual e identidad de género. Tales exigencias, conforme adelanté, se han plasmado debidamente en las instrucciones impartidas en el caso de autos en tres apartados diferentes. Al respecto, me interesa destacar que la incorporación del enfoque de géneros constituye un imperativo constitucional y convencional que no se encuentra sujeto a la discrecionalidad de las partes o del juez o de la jueza su observancia, sino que se trata de un deber estatal cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional. En otras palabras, debe incorporarse el enfoque en las instrucciones al jurado para que así pueda contemplar las cuestiones de géneros que eventualmente surjan en el caso a resolver. En efecto, bajo el título «Valoración de la prueba sin estereotipos» se le explicó al jurado popular qué son los estereotipos, en qué pueden basarse y cómo pueden afectar las decisiones que se tomen. Respecto de las personas travestis y mujeres trans se instruyó al jurado que los estereotipos en su contra «[...] son producto del rechazo que provoca la elección de su identidad o expresión de género, es decir, por romper con la tradición, por salirse del rol que tenían asignado de acuerdo con su sexo [...]. Aquéllos se transforman en acto de discriminación (marginación) y violencia que tienen por finalidad el castigo y disciplinamiento como respuesta a la elección de identidad que realizaron». En pleno cumplimiento de los mandatos internacionales en la materia, se le destacó al jurado que resultaba fundamental que conociera que «[...] este tipo de estereotipos y prejuicios son ilegales, ya que nuestro sistema legal establece el derecho de todas las personas a la identidad de género autopercebida», entendida en los términos establecidos por la ley 26.743. También se advirtió que «[...] el problema de los estereotipos y prejuicios es que no nos dejan conocer la realidad y a veces son tan fuertes que se mantienen aun cuando recibimos información que los desmienten [...]». Seguidamente se le destacó al jurado que era muy importante que considerara la instrucción que más adelante se le brindaría sobre el contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas travestis y mujeres trans que implica el mayor riesgo de sufrir daños en sus derechos. Esta clase de instrucciones resultan un buen ejemplo de lo que implica sensibilizar con enfoque de géneros y diversidades a jurados populares que deben analizar un hecho en el cual una persona travesti/mujer trans ha sido víctima –principio 8 de Yogyakarta–. Además, se aclaró al jurado que, en base a la prueba producida durante el juicio oral, debía analizar si se había probado el contexto de vulnerabilidad y la influencia que tenía en los hechos objeto de discusión. Entiendo que esta explicación en este apartado junto a otras que serán abordadas más adelante son las que desestimar el agravio defensivo según el cual se habría perjudicado al acusado. En un segundo término, debe señalarse que bajo el título «Homicidio agravado por odio a la identidad o expresión de género (Travesticidio/Transfemicidio)» se explicó que el delito de homicidio se agrava cuando una persona da muerte a otra –cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con aquella asignada al nacer– y lo hace por odio hacia la identidad o expresión

de género de la alegada víctima. Se precisó que el término mujer trans hace referencia a una persona asignada al género masculino al nacer que se autopercibe como travesti o mujer transgénero, sin importar la realización del cambio registral o las modificaciones físicas. Se distinguieron, además, los conceptos de identidad y expresión del género. El primero, referido a la vivencia individual de la identidad, en tanto que el segundo, a su exteriorización. Ahora bien, en relación con el odio contra la identidad o expresión de género que requiere la figura penal prevista en el art. 80 inc. 4 del CP se expuso que aquél «[...] implica una selección intencional de la víctima a partir de prejuicios o sentimientos de rechazo y un acto de censura o castigo a la víctima debido a su elección de identidad o expresión de género travesti o mujer trans». A lo que se agregó que para su acreditación las personas que formaron parte del jurado popular debían valorar si en el caso se presentaron uno, alguno o ninguno de los indicadores que se expresaron. Ello, bajo la aclaración de que no necesariamente debían presentarse uno, alguno o todos, para la configuración del tipo penal y que debían ser analizados de forma conjunta con toda la prueba producida en el debate. El sentido de los indicadores incluidos en las instrucciones radica adecuadamente en las circunstancias que rodean las construcciones de vida de las personas travestis/trans, las exclusiones sociales y las violencias que padecen de forma estructural y cómo el odio que configura el acto homicida tipificado puede encontrarse vinculado con ellas. En este sentido, se aclaró que los que se describen son «meramente indicadores», a saber, la existencia de: un vínculo de pareja o sexoafectivo ocasional o estable, actual o pasado, entre acusado y víctima; un vínculo familiar, de responsabilidad, confianza o poder del acusado sobre la víctima; un componente sexual directo o simbólico en el hecho, antes, durante o después del crimen; la comisión del hecho en la vía pública y/o en el ejercicio de la prostitución; la presencia de violencia excesiva en el modo de ejecución del delito; manifestaciones verbales, gestuales u otras contra las personas travestis/trans antes, durante o después de la agresión por parte del acusado; y la recepción de acoso o amenaza de la víctima por parte del acusado. Esta instrucción fue completada con la siguiente denominada «Contexto de vulnerabilidad de las personas travestis y mujeres trans». En ella, se explicó que «[a]demás, ustedes deberán tener en cuenta, cuando valoren todas las pruebas del caso, si ha existido respecto de la víctima algún factor de vulnerabilidad», con la aclaración de que estos factores exponen a estas personas a una situación de mayor peligro de sufrir agresiones. Los factores mencionados fueron: la expulsión temprana del hogar; la iniciación en el trabajo sexual desde la pubertad o la adolescencia como medio de subsistencia; la exclusión de los sistemas educativos y sanitarios, del mercado laboral y de la vivienda; el padecimiento y/o riesgo temprano y continuo de infecciones de enfermedades de transmisión sexual; el desarrollo de una actividad en defensa de los derechos de las travestis y/o mujeres trans y/o colectivo LGBTTIQ+; la discriminación generalizada; la criminalización o encarcelamiento; el hostigamiento; la persecución y la violencia policial; la tortura; el asesinato; así como la indiferencia y la estigmatización social. Justamente con la inclusión de ambas instrucciones se cumple con la incorporación del enfoque de géneros. Es que la introducción de estos indicadores a los fines de que el jurado popular pueda dimensionar la construcción de las historias de vida travesti/trans y las condiciones estructurales de violencia y discriminación que padecen, pretenden garantizar el adecuado juzgamiento del hecho con perspectiva de géneros y enfoque de diversidades (ver, al respecto, «Tizza»). Luego, y con este marco explicativo, se instruyó al jurado popular en los siguientes términos: «[p]ara que puedan encontrar al acusado culpable de este delito, la acusación está obligada a probar más allá de toda duda razonable cada uno de los siguientes cinco (5) elementos: (1) M. B. está muerta; (2) M. B. era una persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con aquella asignada al nacer; (3) La muerte de M. B. se produjo como consecuencia de la acción criminal del Sr. D. Ch.; (4) El Sr.

D. Ch. actuó con intención de matar a M. B.; y (5) D. Ch. mató a M. B. por odio hacia la identidad o expresión de género de M. B.». Como ha mencionado la defensa, una vez iniciada la etapa de deliberación, el jurado popular elevó una consulta a la jueza técnica sobre el delito tipificado en el art. 80 inc. 4 del CP con el propósito de que se determinara la especificidad del odio de género o travestidismo. En audiencia virtual la jueza técnica concluyó, con la conformidad de todas las partes, que la instrucción quedaría redactada en los siguientes términos: «[...] travestidismo significa el odio a la travesti, persona que se identifica con un género diferente al que tiene asignado al nacer y hay algunos indicadores que pueden demostrar o que deben ser considerados con el resto de la prueba de ese odio». En este sentido, se mantuvieron los indicadores ya mencionados. La defensa critica que no se especificó que el contexto debía ser probado, tanto objetiva como subjetivamente, y que motivó la conducta homicida del acusado. Sin embargo, estimo que ello no se contrasta con las instrucciones dadas al jurado. Por una parte, porque al abordar los principios de la prueba, se incluyó un apartado específico sobre «motivos» en el que se lo definió como la razón por la que alguien hace algo y que para que concurra el delito de «travestidismo» debía acreditarse concretamente como motivo el odio a la identidad o expresión de género. Por otra, porque luego de explicar todo el contexto de vulnerabilidades que rodea la trayectoria de vida de personas travestis y de mujeres trans en el apartado del derecho aplicable al caso, concretamente se incluyó un título sobre «[!]a intención de matar y el odio». Allí, se abordó en detalle el elemento subjetivo distintivo de la figura penal atribuida que debía ser analizado por el jurado popular para considerar acreditado el tipo penal previsto por el art. 80 inc. 4 del CP. Se expuso así que aquel elemento subjetivo se configura a partir de estados mentales que podían ser inferidos o deducidos de la prueba y que no requerían prueba directa. Ello, en plena consonancia con lo establecido por la doctrina respecto a que el dolo es imputado/atribuido por quien juzga la conducta y no un proceso psíquico del acusado que debe ser comprobado. En este sentido, se afirmó que era una cuestión de hecho que debía ser analizada a través de la prueba producida durante el debate oral, atendiendo a las circunstancias del homicidio y de la conducta del acusado, y que el Ministerio Público Fiscal debía acreditarla más allá de toda duda razonable. En conclusión, debe decirse que las instrucciones gozaron de la debida perspectiva de géneros. De tal manera, y en sentido contrario de lo que plantea la defensa, aquella perspectiva era una condición de la validez de las instrucciones dadas al jurado popular en el caso de autos. De otro modo, la ausencia o falta del enfoque en su enunciado habría producido tensiones respecto del cumplimiento del deber judicial de aseguramiento efectivo del mandato constitucional de igualdad ante la ley, susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado. En otro orden de ideas, considero que también debe rechazarse el cuestionamiento relacionado con que las instrucciones fueron confeccionadas con perspectiva de género en desmedro de los derechos del acusado. Al respecto, debe señalarse que la defensa realiza una valoración aislada y desarticulada de las instrucciones brindadas al jurado popular. Del análisis integral surge que las explicaciones aportadas al jurado no abandonaron el resguardo los derechos constitucionales y convencionales de las personas acusadas en juicio. Así, en el apartado «Principios generales» se desarrolló el concepto de «estado de inocencia» como principio fundamental constitucionalmente reconocido a todas las personas hasta que se dicte una sentencia en su contra; se refirió que la carga de prueba de los hechos atribuidos a Ch. R. era responsabilidad del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante; y, que para condenar se requería que se acreditaran los hechos más allá de toda duda razonable. A ello se agregaron también las instrucciones sobre «principios de la prueba», y en especial la presentada por la defensa. Allí, se explicó que si toda la prueba presentada por parte de la defensa en el debate los dejaba con una duda razonable sobre la culpabilidad de Ch. R. en relación con los hechos acusados, correspondía que lo declararan no

culpable. Por ello, considero que del análisis integral de las instrucciones aportadas surge que al jurado se le explicaron todas las circunstancias relevantes para poder decidir sobre la culpabilidad de Ch. R. por el hecho atribuido en la acusación, esto es el travestimiento de M. B. en resguardo del debido proceso legal y la garantía de defensa en juicio. Pero incluso más, sostener que la inclusión per se del enfoque de géneros en el proceso de administración de justicia –en el caso, a través de las instrucciones impartidas al jurado– tensa con el derecho de defensa de la persona acusada es sostener un aparente conflicto de derechos inadmisibles en un estado democrático de derecho que es, por lo demás, incorrecto. En este aspecto, reitero nuevamente lo que señalé en mi voto ampliatorio en el antecedente «Medina Martínez», en el sentido de que «[l]o que el enfoque de derechos humanos con mirada de género postula es el deber del/la juzgador/a de buscar, sobre todo, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos desde el principio de igualdad; y para eso es necesario analizar la prueba e interpretar las normas ajustando las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos. La perspectiva de género, ni más ni menos, visibiliza estas desigualdades que el operador judicial debe tener en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo». Nada de ello, como se ve, supone relegar ni flexibilizar garantías reconocidas normativamente a favor de las personas acusadas, sino comprender que la forma en que opera el sistema judicial debe incorporar herramientas superadoras de sesgos de género que le impactan negativamente. Sostener lo contrario supone también ignorar que, como también sostuve en pronunciamientos múltiples, la perspectiva de géneros en los casos de persecución penal contra mujeres acusadas de la comisión de un delito es también un imperativo legal. Por otra parte, entiendo que también corresponde el rechazo del cuestionamiento defensivo acerca de que se ha excedido el ámbito de competencia del jurado popular por resolver sobre calificaciones jurídicas y no sobre los hechos objeto de investigación. En este sentido, la defensa afirma que no existió discusión durante el juicio oral respecto a la existencia del hecho, como tampoco de su autoría por parte de Ch. R., sino solamente su encuadre jurídico. Estimo que la crítica no puede tener acogida por diversas razones que paso a exponer. Al respecto se destaca que durante la etapa de discusión de las instrucciones finales, todas las partes litigaron detalladamente cada una de ellas. De la compulsión de la audiencia desarrollada en fecha 14 de setiembre de 2022 surgen las intervenciones activas y detalladas por parte del Ministerio Público Fiscal, de la parte querellante y de la defensa, al discutir cada una de las instrucciones leídas. Así, se advierte que la defensa realizó alrededor de veinte observaciones y correcciones a las instrucciones que había aportado la jueza técnica como boceto para litigar entre las partes. Además, que la jueza hizo lugar a todos sus planteos, con excepción de los que cuestionaban los indicadores de vulnerabilidad de las personas que conforman el colectivo LGBTTIQ+, lo que la defensa se reservó de recurrir en casación, que luego materializó en la impugnación en análisis y que fue abordado con anterioridad. En particular, respecto a las obligaciones y competencia de la judicatura técnica y del jurado popular ninguna de las partes realizó observación alguna. En efecto, si la teoría del caso de la defensa se circunscribía solamente a una discusión de calificación legal que entendía que no era competencia del jurado popular debía exponerlo desde un principio en el debate oral y debía exigir su explicación con claridad en las instrucciones dadas al jurado popular, lo que no ocurrió de forma alguna. Por su parte, en dicho apartado de las instrucciones finales se explicó al jurado que: «[1] En todo juicio penal con jurado, hay dos jueces. Yo soy una. Ustedes son el otro. Yo soy la jueza del derecho. Ustedes son los jueces de los hechos. [2] Como jueza del derecho, es mi deber presidir el juicio. Yo decido qué pruebas la ley les permite a ustedes escuchar y valorar, cuáles no y qué procedimiento se seguirá en el caso. Al terminar la producción de la prueba y tras escuchar los alegatos finales de las partes, es mi deber explicarles las reglas legales de derecho que ustedes deberán observar y aplicar para decidir este

caso. [3] Como jueces de los hechos, su primer y principal deber es decidir cuáles son los hechos de este caso. Ustedes tomarán esta decisión teniendo en cuenta toda la prueba presentada durante el transcurso del juicio. No habrá ninguna otra evidencia. No considerarán nada más que la prueba del juicio. Ustedes están facultados a sacar conclusiones derivadas de su sentido común, siempre que estén basadas en la prueba que ustedes acepten. Sin embargo, no deberán especular jamás sobre qué prueba debería haberse presentado o permitirse suponer o elaborar teorías sin que exista prueba para sustentarlas. [4] Decidir los hechos es exclusiva tarea de ustedes, no la mía. La ley no me permite comentar o expresar mis opiniones con respecto a cuestiones de hecho. Yo no puedo participar de modo alguno en esa decisión. Por favor, ignoren lo que pueda haber dicho o hecho que los haga pensar que prefiero un veredicto por sobre otro. [5] La prueba no tiene que dar respuesta a todos los interrogantes surgidos en este caso. Ustedes sólo deben decidir aquellas cuestiones que sean esenciales para resolver si el o los delitos han sido o no probados más allá de toda duda razonable». «[6] Su segundo deber consiste en aplicar a los hechos que ustedes determinen la ley que yo les impartiré en estas instrucciones. Es absolutamente necesario que ustedes comprendan, acepten y apliquen la ley tal cual yo se las doy y no como ustedes piensan que es, o como les gustaría a ustedes que fuera. Esto es muy importante, porque la justicia requiere que, a cada persona, juzgada por el mismo delito, la traten de igual modo y le apliquen la misma ley. [7] Si yo cometiera un error de derecho, todavía puede hacerse justicia en este caso. La Oficina Judicial registra todo lo que yo digo. La Corte Suprema de Justicia puede corregir mis errores. Pero no se hará justicia si ustedes aplican la ley de manera errónea. Sus decisiones son secretas. Ustedes no dan sus razones. Sepan que nada de lo que digan en sus deliberaciones será registrado. La deliberación es secreta, la votación es secreta y Uds. no deberán dar las razones de su decisión. [8] Entonces, ustedes tienen el deber de aplicar la ley que yo les explicaré a los hechos que ustedes determinen para que alcancen el veredicto. [9] Por último, deben saber que el jurado es independiente, soberano e indiscutiblemente responsable por su veredicto, libre de cualquier interferencia o presiones del tribunal, de las partes o de cualquier otra persona por sus decisiones. Ningún jurado podrá ser jamás castigado o sujeto a penalidad alguna por los veredictos que rindan, a menos que aparezca que lo decidieron corrompidos por vía de soborno». Ello a su vez se complementó con todo el apartado identificado bajo la letra d en el que se describió el derecho penal aplicable a los hechos investigados. Se explicó en detalle cada uno de los posibles tipos penales y sus características, como también el exceso en la legítima defensa, que debía tomar en consideración el jurado popular al resolver sobre la culpabilidad de Ch. R.. No se advierte de qué manera estas claras instrucciones podrían haber confundido al jurado al complementarse con las instrucciones que los señalaban como «jueces de los hechos», como pretende la defensa. Las instrucciones fueron claras en emplear la expresión «jueces de los hechos» para explicar la diferente función que cumple en este procedimiento el juez profesional o técnico y el jurado popular. Además, considero que tampoco puede tener acogida el cuestionamiento respecto a la agravante prevista en el art. 41 bis del CP. La defensa sostiene en esta instancia que las instrucciones resultaron confusas y, por ello, el jurado popular no comprendió el alcance de la agravante. Afirma que, según su criterio, esa agravante debe aplicarse a la figura simple; lo que impide que se apliquen los tipos penales más gravosos previstos en el art. 80 del CP. El cuestionamiento debe ser rechazado por razones formales y sustanciales. Las razones formales se vinculan con que la defensa no cuestionó ni realizó observación alguna a la instrucción que se impartió sobre esta agravante durante la audiencia de su litigación (ver, al respecto, la audiencia desarrollada en fecha 14 de setiembre de 2022 a partir del minuto 1:11:45). A partir de allí, la jueza técnica instruyó al jurado en los siguientes términos: «[l]a agravante del homicidio se aplica cuando se ha cometido el hecho con violencia o

intimidación contra una persona, utilizando un arma de fuego. El fundamento de agravación se basa en el mayor poder de agresión que produce un arma de fuego, es decir, su empleo posibilita un mayor grado de superioridad del autor sobre la víctima». Seguidamente, explicó que «a) Si después de ustedes analizar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida, y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, están convencidos y convencidas que la fiscalía y la querrela han probado más allá de duda razonable que el acusado cometió el hecho que se le imputa con esta agravante, deberán rendir un veredicto de culpabilidad por homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego. b) Pero si ustedes estiman, luego de un análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida, y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Público Fiscal no probó más allá de duda razonable que el acusado no cometió el delito que se le imputa, ni ninguna de las agravantes o si tienen duda razonable en cuanto a su culpabilidad, deberán declararlo no culpable». Todas las partes prestaron conformidad a los términos en los que fue explicada la agravante prevista por el art. 41 bis del CP, por lo que no puede prosperar la pretensión de la defensa cuando en esta instancia, y por primera vez, plantea su disconformidad siendo que existió una oportunidad procesal específica de discusión para ello y no fue utilizada. A ello se agrega que, en el orden sustancial, no se advierten vicios en el contenido de la instrucción brindada respecto del art. 41 bis del CP. En el recurso casatorio, la defensa pretende, sin argumentos suficientes, una interpretación de la agravante, que no se contrasta con las exigencias del precepto legal. En este sentido, debe señalarse que la norma que prevé aquella circunstancia agravante, que se encuentra en la parte general del Código Penal, establece su procedencia «[c]uando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego [...]», sin establecer condición específica que refiera una alusión exclusiva al tipo penal previsto en el art. 79 del CP, es decir a la figura del homicidio simple. En consecuencia, corresponde también el rechazo de esta crítica defensiva. No obstante, considero que el planteo formulado pone en evidencia la complejidad que se descubre detrás del uso de un arma de fuego en la comisión del travesticidio que se analiza. De acuerdo con los datos informados en el documento previamente citado de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, casi un tercio de los treinta y dos travesticidios/transfemicidios con causas iniciadas durante 2016 a 2021 fueron cometidos usando armas de fuego –nueve en total– (ver, al respecto, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Oficina de la Mujer, Informe Especial travesticidios/transfemicidios Argentina 2016-2021). Por su parte, de acuerdo con datos del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, dependiente de la misma oficina, casi una de cada cuatro víctimas de femicidios perpetrados en la Argentina entre 2017 y 2020 fue asesinada con armas de fuego (24%); en tanto la presencia de armas de fuego en la comisión de femicidios aumenta al doble las posibilidades de que el hecho derive en un caso de femicidio múltiple (CSJN, Femicidios con armas de fuego, 22 de abril de 2022). Como se advierte, la disponibilidad de armas de fuego se presenta como un factor de preocupación al analizar el fenómeno de la violencia letal perpetrada contra mujeres cis y trans por razones de género; máxime si tenemos en consideración que el 99% de los usuarios autorizados administrativamente son varones –y no mujeres– (INECIP, Cuando el macho dispara – armas de fuego y violencias de género en la Argentina, 2019). Ahora bien, en el caso de análisis, de conformidad con lo que surge de las constancias de la causa, el arma utilizada por el acusado en el hecho que se le atribuyera, era su arma reglamentaria, en tanto se desempeñaba como policía de la provincia de Mendoza. Al respecto, debe decirse que la disponibilidad directa del arma deriva de la vigencia del «estado policial» que tienen todas aquellas personas que se desempeñan en la institución policial provincial. Estimo importante señalar que el personal de esta institución también se encuentra

atravesado por la problemática vinculada con la violencia de géneros, toda vez que de acuerdo con la información publicada en el sitio web oficial de la Inspección de Seguridad de Mendoza –en el apartado «Estadísticas»– en el año 2021 se iniciaron ciento cuarenta y un sumarios a policías por casos de violencia de género, y en el año 2022 ciento diecinueve sumarios por igual motivo (ver, al respecto, <https://www.mendoza.gov.ar/igs/estadisticas/>). Así las cosas, no puede dejar de advertirse la urgencia que supone en el diseño de políticas preventivas integrales la consideración del emergente expuesto. Respecto al cuestionamiento sobre la carencia de instrucciones sobre concurso ideal, considero que también corresponde su rechazo. Como ya expuse las instrucciones finales fueron detalladamente litigadas por las partes en la audiencia pertinente. En esa ocasión la defensa no realizó ninguna propuesta u observación en relación con la necesidad de explicarle al jurado popular sobre concurso ideal, por lo que ahora no puede agravarse por ello. Además, al desarrollar el agravio en su recurso no ha demostrado la trascendencia, implicancia y perjuicio concreto que ello produjo. El planteo en esta instancia resulta una crítica descontextualizada del litigio que antecede esta sentencia y sin razones suficientes para hacerle lugar. En relación con la crítica formulada en torno a la falta de realización de la audiencia de cesura, luego del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado, tampoco puede ser recibido. El cuestionamiento defensivo asegura que se impidió arbitrariamente la oportunidad procesal para realizar planteos, en violación del debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, la defensa efectúa una lectura aislada de las reglas procesales de aplicación del sistema de enjuiciamiento ante jurados populares. En efecto, luego de la declaración de culpabilidad por el jurado, corresponde la determinación de la sanción penal. En este sentido, el art. 38 de este cuerpo normativo –con la modificación establecida por ley 9.387– afirma en su primer inciso que si el veredicto de culpabilidad resultara por un delito que tenga prevista como sanción la pena de prisión perpetua, inmediatamente después el juez o la jueza impondrá la pena; que es lo que ocurrió en el caso. Sólo en el caso en que el veredicto de culpabilidad del jurado sea por delitos que no tengan prevista la sanción de prisión perpetua corresponde la fijación de una nueva audiencia a los fines de que las partes ofrezcan prueba exclusivamente a los fines de litigar sobre la pena a imponer (art. 38, inc. b de la ley 9.106, con la modificación de la ley 9.387). En consecuencia, no se advierte incumplimiento legal alguno ni la defensa explica de qué modo se vulneró el derecho de defensa a Ch. R. en el caso en concreto. A ello debe agregarse que la modificación introducida a ese artículo mediante la ley 9.387 –ocurrida en abril del 2022– se circunscribió a reemplazar la identificación del tipo penal previsto en el 80 del CP por el tipo de sanción a imponer para distinguir cuándo corresponde fijar audiencia a los fines de determinar la pena a imponer. Es decir, se reemplazó la mención del art. 80 del CP por la referencia a la pena de prisión perpetua para realizar la distinción de supuestos. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la cuestión planteada, si bien comparto la decisión a la que arriba el colega preopinante por las argumentaciones que sustentan su voto, y en consecuencia, considero que corresponde la desestimación del recurso de casación interpuesto por la defensa de Ch. R. y la confirmación de la sentencia impugnada, entiendo oportuno realizar las siguientes consideraciones.

Por un lado, con respecto a la importancia de la institución del juicio por jurados y su compatibilidad con el derecho del acusado a la revisión de la sentencia condenatoria, me remito, en lo pertinente, a mi voto

en el precedente «Peteán Pocoví» e «Hisa».

Por otra parte, si bien en anteriores precedentes en materia laboral me he pronunciado sobre discriminación laboral por razones de género y orientación sexual –ver, al respecto, «Benavidez Porcel María Belén» en juicio N° 157.973 «Benavidez Porcel María Belén c/Berca Armando Luis Ramón y otro p/Accidente p/Recurso extraordinario provincial»– atento lo novedoso del planteo sujeto a análisis de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en relación con el delito de travestidido/transfemicidio previsto en el art. 80 inc. 4 del CP, y el contexto de extrema vulnerabilidad en que se llevó a cabo el asesinato de M. B. a manos de un funcionario de policía, no puedo soslayar el abordaje de los cuestionamientos defensivos respecto de las instrucciones finales.

Ello, en cuanto a indicadores contenidos en la explicación del delito mencionado –proporcionadas por la jueza técnica al jurado popular–, al entender la defensa que no formaron parte de la acusación, del tipo penal, ni de la dogmática sobre la materia (punto a.2 del recurso).

Al respecto, en el punto d de las instrucciones especiales, relacionadas con la figura del homicidio por odio a la identidad o expresión de género (travestidido/transfemicidio), la jueza técnica explicó en lenguaje claro y preciso las definiciones legales de «homicidio» y de la agravante por odio hacia la identidad o expresión de género, y las conceptualizaciones de «persona travesti o mujer trans», «identidad de género», «expresiones de género» y «odio a la identidad o expresión de género contra travestis o mujeres trans».

Seguidamente, indicó que para acreditar el motivo de **odio a la identidad o expresión de género o travestidido**, podía tenerse presente indicadores relacionados, tales como: el tipo de vínculo y el componente sexual directo o simbólico entre acusado y víctima; si el lugar donde se cometió el hecho fue en la vía pública y/o en ejercicio de la prostitución; las características del procedimiento homicida, como la violencia excesiva, las expresiones vertidas por el acusado contra personas travestis o mujeres trans; y, si la víctima fue acosada o amenazada por el acusado.

Asimismo, como se destaca en el voto preopinante, la juzgadora explicó que los mencionados se trataban de «meros indicadores» que podían evaluarse o analizarse en conjunto e, incluso, no tenerse en cuenta ninguno, a la vez que debían valorarse con el conjunto de los elementos probatorios incorporados al debate y demás explicaciones brindadas en las instrucciones finales relacionadas con el contexto de vulnerabilidad de personas travestis y mujeres trans, la intención de matar y el odio, para la comprensión del delito previsto en el art. 80 inc. 4 del CP, y así tomar la decisión de emitir un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad respecto del hecho por el que fue acusado Ch. R..

Pues bien, como expuse al comienzo, la presente es la primera ocasión en que esta Sala Segunda de la Suprema Corte interviene en la revisión de una sentencia y un veredicto de culpabilidad del jurado popular respecto de un funcionario policial por un crimen cometido contra una persona perteneciente al colectivo LGBTTIQ+, por ser una mujer travesti/transgénero.

En el ámbito nacional, aún se encuentra pendiente de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la aplicación de la figura del travestido/transfemicidio prevista en el inc. 4 del art. 80 del CP en el caso del asesinato de Diana Sacayán. Sin embargo, hechos de violencia y asesinatos a personas LGBTTIQ+ por discriminación estructural y estigmatizaciones han existido desde tiempos antiguos (ver, al respecto, **Corte IDH, caso «Vicky Hernández y Otras vs. Honduras»**, de 26 de marzo de 2021, párr. 67) y en la medida que sus derechos humanos fueron reconocidos y garantizados constitucional, convencional y legalmente

fueron tratadas como personas humanas con derechos (Convención Americana de Derechos Humanos, Principios de Yogyakarta y Principios de Yogyakarta +10, Leyes 26.743 y 26.618, entre otros).

No obstante ello, se registran altos índices de violencia física y discriminación contra personas LGBTTIQ+ en el continente americano y aún no se logra una respuesta eficiente e integral para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia que padecen, de acuerdo al estándar de debida diligencia (**Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/II.rev.2. Doc.16. 12 de noviembre de 2015. párr. A.1).**

Así, por ejemplo, según el «Informe Anual de Crímenes de Odio motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género» que elaboró el Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT+ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presentado en junio de 2022, en Argentina ocurrieron ciento veinte (120) crímenes de odio, en los que la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de todas las víctimas fue el motivo discriminatorio para la vulneración de sus derechos humanos y la violencia. También se estableció que el 80 % de los casos correspondía a mujeres trans (travestis, transexuales y transgéneros), el 12 % a varones gays cis; el 4% a varones trans; el 2 % a lesbianas y el 1 % a personas bisexuales y no binarias. En cuanto a los crímenes de odio registrados, el 71 % de los casos correspondía a lesiones al derecho a la vida (asesinatos, suicidios y muertes por violencia estructural) y el 29 % a lesiones al derecho a la integridad física que no terminó en muerte. Cabe destacar que el 86 % de las lesiones al derecho a la vida son a mujeres trans; el 9 % a varones gays cis y el 5 % a varones trans, es decir, la violencia y discriminación hacia las mujeres trans se manifiesta en su máxima expresión y con especial odio, saña y brutalidad (Defensoría del Pueblo. Informe Anual de Crímenes de Odio motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género. Observatorio Nacional de Crímenes de odio LGBT+. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <https://defensoria.org.ar/noticias/se-presento-el-informe-anual2021-del-observatorio-nacional-de-crimenes-de-odio-lgbt-2/>).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cuanto a situaciones de vulnerabilidades de personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos se apartan del estándar corporal masculino o femenino, elaboró informes en base a monitoreos de situaciones alarmantes y generalizadas que vivenciaron debido a prejuicios, estereotipos, intolerancia y discriminaciones estructurales de sociedades de la región, que derivaron en diversas manifestaciones de violencias y violaciones a sus derechos humanos.

Señaló que para avanzar en una agenda de igualdad, inclusión y no discriminación en que se les asegure una vida libre de toda forma de violencia, terror y miseria y puedan fortalecer sus capacidades individuales y desarrollar sus planes de vida con dignidad, plena autonomía y respeto a su voluntad, los Estados deben tomar medidas integrales para el abordaje efectivo de la discriminación y violencia que enfrentan las personas LGBTTIQ+ que viven en la pobreza. Junto a ello, subrayó la obligación estatal de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos perpetradas por actores estatales o privados que les aseguren una investigación rigurosa y efectivo acceso a la justicia (**CIDH, Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, OAS/Ser.L/V/II.170. Doc.184. 7 de diciembre de 2018, párrs. 3 a 13).**

En tal sentido, se establecen como pilares fundamentales estándares interamericanos sobre derechos de las personas LGBTTIQ+, tales como el principio de no discriminación, la igualdad ante la ley, el derecho a

la vida y a la integridad personal, comprendidos en los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano.

Así pues, conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el principio de igualdad y no discriminación de personas LGBTTIQ+ ingresó en el dominio del *ius cogens* y «sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico» (Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Serie A No. 24, párr. 61; Corte IDH caso «**Atala Riffo y niñas Vs. Chile**», de 24 de febrero de 2012, párr. 79; caso «**Flor Freire Vs. Ecuador**», de 31 de agosto de 2016, párr. 109; caso «**Duque Vs. Colombia**», de 26 de febrero de 2016, párr. 91).

Además, la Corte IDH estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas en el art. 1.1 por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y por tanto, «ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual» (caso «**Duque Vs. Colombia**», párr. 104; caso «**Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**», párr. 91). Ello así, «si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención» (caso «**Flor Freire Vs. Ecuador**», párr. 112; caso «**Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras**», párr. 65).

Ligado a lo anterior, la obligación de garantizar el acceso a la justicia y de debida diligencia reforzada en la investigación, juzgamiento y sanción de crímenes cometidos contra personas LGBTTIQ+, conlleva el análisis de estereotipos negativos de géneros a través de una mirada abarcativa de circunstancias y variables que las afectan por discriminaciones y desigualdades por razones de géneros y apartamiento del modelo patriarcal heteronormativo y hegemónico arraigado en las sociedades.

Es entonces desde una perspectiva de géneros y diversidades sexuales, contextualizada en situaciones particulares, que hay que analizar múltiples vulnerabilidades en que se encuentran inmersas personas LGBTTIQ+, al cruzar su orientación sexual, identidad y/o expresión de género con otras categorías sociales que las afectan, tales como la pobreza, la dificultad en el acceso a la salud, al trabajo, a la educación, a la cultura, a un trato digno y respetuoso, e incluso las colocan a merced de discursos de odio y violencias extremas.

De tal manera que en la medida que no existan prejuicios desde el inicio de las investigaciones y en juzgamientos de crímenes y hechos de violencia contra personas LGBTIQ+, por aplicación de estándares específicos en la materia, y en consecuencia, se aplique un «enfoque diferenciado» para evitar suposiciones sesgadas que obstaculicen la determinación si el crimen se cometió en razón de la orientación sexual o la identidad de géneros de las víctimas, se identificarán los motivos, circunstancias, posibles responsables, y se categorizará como crimen de odio o por prejuicio a la vez que se visibilizarán estructuras de poder que reproducen estereotipos homofóbicos que forman la base del prejuicio (CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 26. 12 de noviembre de 2015, párrs. 480 a 485).

Sentado lo que antecede, considero que los indicadores contenidos en las instrucciones finales se

enmarcan en los principios y enfoque de géneros y diversidades sexuales referidas, explicados en lenguaje claro y preciso por la jueza técnica al jurado popular para la comprensión del delito de homicidio agravado por odio de género o a la orientación sexual o identidad o expresión de género previsto en el inc. 4 del art. 80 del CP, por el que fue acusado Ch. R..

Pues, en el proceso de valoración de la prueba en su conjunto para analizar si el homicidio se cometió por prejuicios o por odio a la orientación sexual, identidad o expresión de género real o percibida de la víctima, en una cultura donde los actos de violencia y ataques contra personas LGBTTIQ+ están naturalizados, la certeza surgirá de indicios valiosos combinados con otros elementos probatorios para determinar la existencia de dicha motivación.

Al respecto, la CIDH considera como elementos indicativos de un crimen por prejuicio, la brutalidad del crimen y signos de ensañamiento, insultos o comentarios realizados por el acusado en referencia a la orientación sexual y/o identidad de género de la víctima, así como si el lugar donde se desarrolló la violencia era frecuentado por personas trans que ejercen trabajo sexual, entre otros (CIDH, ob. cit., párr. 503 a 504).

Con lo dicho, cabe agregar que el estándar de debida diligencia reforzada también incluye procurar la reparación de la víctima y/o familiares y la prevención de crímenes y violencia contra personas LGBTTIQ+ a través de medidas integrales y coordinadas entre instituciones y organismos que intervienen en la atención, asistencia y abordaje de situaciones de violencia.

Al respecto, la CIDH afirma que la obligación de investigar constituye también una forma de reparación por el derecho de las víctimas y familiares de saber la verdad de lo ocurrido y las motivaciones de la persona acusada para cometer el crimen, el que es extensivo a la sociedad en general y, a su vez, previene la repetición del asesinato.

También destaca que la mayoría de mujeres trans asesinadas no tienen familiares que se presenten a reclamar el cuerpo o buscar justicia en nombre de ellas por la pérdida de vínculos que experimentan, y el reclamo recae en la «familia social» de la persona trans fallecida que comprende a otras mujeres trans que también son discriminadas.

De ahí que la Corte IDH sostuvo que «en un contexto de discriminación estructural las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación de tal forma que las mismas tengan efectos restitutivos y correctivos» (CIDH, ob. cit., párrs. 510 a 512).

La CIDH menciona como medidas necesarias establecer unidades especializadas en las fiscalías, servicios públicos de asistencia jurídica, protocolos y capacitaciones específicas dirigidas a la policía, agentes de seguridad del Estado y operadoras y operadores judiciales encargadas/os de aplicar el marco normativo convencional y legal vigente, para erradicar prácticas discriminatorias arraigadas de maltrato e irrespeto contra las personas LGBTTIQ+ que son víctimas o testigos de crímenes y violencias (CIDH, ob. cit., párrs. 31 a 53).

En tal sentido, sería conveniente la implementación de medidas de reparación satisfactivas y de no repetición en casos como el presente, que surgen de precedentes de la Corte IDH, tales como: i) la publicación de la sentencia en lenguaje claro y sencillo en el Boletín Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional (conf. caso «**Duque Vs. Colombia**», párrs. 202/203); ii) la sistematización y difusión de buenas prácticas para la identificación de personas conforme su identidad, orientación y/o expresión de

género real o autopercibida; iii) el diseño, implementación y control de cumplimiento de un «Protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI[TQ+] víctimas de violencia» (caso «**Vicky Hernández y Otras vs. Honduras**», párr. 176); iv) la implementación de programas de formación, sensibilización y capacitación continua y permanente, proporcionada por expertos/as en la materia, destinada a funcionarios/as públicos y operadoras/es judiciales en materia de violencia por prejuicio contra personas LGBTTIQ+ «desde enfoques diferenciados basados en la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, o características sexuales o aquellas relacionadas con el hecho de ser intersex, para que no se repitan ejecuciones extrajudiciales en contra de personas LGBTI» (conf. caso «**Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras**», párr. 167); v) la adecuación de normativa y política interna de los distintos organismos del Estado a las disposiciones de la CADH y demás estándares en materia de perspectiva de géneros y diversidades sexuales; vi) la consulta a familiares de la víctima sobre la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en los supuestos en que ella se configure, y en su caso, invitar al evento a las organizaciones que representan a la víctima (cfr. caso «**Atala Riffo y niñas Vs. Chile**», párr. 263).

Particularmente, en materia de aprendizaje y formación, como expuse en el **precedente «Tizza»**, «el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento, de deconstrucción de modelos y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales, en especial, en temas vinculados a cuestiones de género.

Es por ello que frente a este constante cambio de paradigma que experimenta la sociedad, en particular en el ámbito socio cultural -al que se debe prestar especial atención por su necesaria incidencia en la interpretación de los hechos y de las distintas normas que los regulan-, entiendo necesario la incorporación de nuevos modelos de aprendizaje que potencien las habilidades de los miembros del jurado para resolver los posibles casos conflictivos sobre los que deban deliberar, tanto en el aspecto probatorio de los hechos que conforman el objeto procesal, como en su correcto encuadre jurídico». «Es decir, la complejidad de las situaciones sociales al igual que los abordajes jurídicos-normativos requiere de la adopción de nuevas formas del entendimiento, de comprensión.

Ello implica generar o adoptar mecanismos o herramientas de impacto cognitivo y en el lenguaje que permita una interpretación íntegra y sencilla de hechos, pautas y normas».

Por ello, «[...] resulta de utilidad la herramienta de **design thinking o pensamiento de diseño**. Ello en tanto es una metodología utilizada por los diseñadores para resolver problemas complejos que, en vez de centrarse en éstos, se orienta a la acción, propiciando el avance hacia la creación del escenario de futuro preferido. (García de la Serrana, Jorge Irigaray, «**Design thinking: qué es, características y fases**», 27/7/20, EAE Business School- Harvard Deusto, en: <https://retos-directivos.eae.es/design-thinking-que-es-caracteristicasy-fases/>)». «Ahora bien, partiendo de la premisa que los integrantes del jurado popular carecen de conocimientos teóricos jurídicos, a mi entender, al proceso que se viene instaurando de la utilización de un lenguaje claro y sencillo en el proceso, y en particular, al momento de producirse las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado (ley 9.106, arts. 20, 32, 33 y 34; Manual de información ciudadana sobre juicio por jurado -ver págs. 15, 16 y 17-), es menester -para su mayor comprensión- la implementación de las herramientas metodológicas descritas, a fin de conformar adecuadamente el conocimiento sobre el cual los integrantes del jurado cimienten un juicio de convicción sobre la responsabilidad de los acusados».

Específicamente, en cuanto a la oportunidad de capacitación al jurado sobre perspectiva de géneros, corresponde que me remita a lo señalado en mi voto en el precedente «Acuña».

En definitiva, me interesa destacar que las instrucciones finales proporcionadas al jurado popular con perspectiva de géneros y diversidad sexual a la luz de los estándares internacionales e interamericanos, tal como se realizó en el presente caso, y la consideración de las recomendaciones mencionadas, contribuye a fortalecer el acceso a la justicia de personas LGBTTIQ+ y a la erradicación de desigualdades estructurales y discriminaciones contra este sector vulnerable de la población. Por las razones expuestas, me pronuncio por la negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa de Ch. R., anticipo que comparto la solución a la que se arriba en el voto que lidera el presente acuerdo, en cuanto propone el rechazo sustancial del mismo y la confirmación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, así como el veredicto de culpabilidad del jurado popular que la compone.

Sin perjuicio de ello, las particularidades que plantea el presente, desde que el acusado ha sido condenado a través de la sentencia impugnada porque un jurado popular lo encontró culpable de haber sido el autor material del homicidio de una mujer transexual, estimo pertinente efectuar aquí una serie de consideraciones vinculadas a lo siguiente: primero, con los **límites a la función de revisión** de este Cuerpo cuando se trata de examinar en este procedimiento la valoración probatoria efectuada; y, segundo, respecto de la **garantía constitucional de igualdad** y su impacto en la confección de las instrucciones que se le suministran al jurado en este universo de casos.

Respecto del primer punto, debo decir que en oportunidades anteriores a la presente, me he pronunciado extensamente sobre el ámbito y la extensión que delimita el análisis casatorio de la valoración de la prueba realizada en la instancia previa, cuando se trata de una sentencia derivada de un veredicto de culpabilidad emitido por un jurado popular (ver en lo particular, «**Petan Pocoví**», «**Tizza**», **entre otros, y más recientemente, «Navia**», «**Lucero Videla**»).

En ese sentido, debo destacar que este Tribunal –con diferentes integraciones– ha sostenido que la revisión de la valoración probatoria realizada por el jurado popular –que, a diferencia de los tribunales de jueces profesionales, no exterioriza su mérito de la prueba– no consiste en una «superposición» del criterio del tribunal de casación con el del jurado popular, sino en una evaluación acerca de la razonabilidad de la hipótesis que el jurado consideró acreditada, en relación con las pruebas que fueron producidas durante el juicio.

Ello por considerar que la dedicación de ese mayor esfuerzo, dado el incremento en la dificultad de análisis que representa la tarea de revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, cumple mucho mejor –y en forma objetiva– la revisión amplia de lo decidido en la instancia anterior, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará, en definitiva, si la solución arribada por el jurado en su veredicto es posible.

De ahí que correctamente se ha interpretado en los precedentes mencionados, que dado el plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular, la única ocasión en que en esta instancia podemos examinar el resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado popular, es cuando ésta acoge la teoría del caso de la acusación o cuando, aún sin acogerla completamente, su veredicto es de culpabilidad

(art. 41, primera parte, de la ley 9.106).

Pues, cuando se trata de un veredicto de no culpabilidad, la solución al respecto surge del texto expreso de la ley. Aquí, el legislador provincial ha establecido, en forma excluyente, que «[s]i el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno» (conf. art. 38, inc. d de la ley 9.106).

Por otro lado, específicamente en lo que se refiere al alcance y la amplitud de la labor de revisión extraordinaria de los veredictos condenatorios emitidos por un jurado popular, en los fallos individualizados precedentemente se ha hecho hincapié en advertir que, ese control casatorio, debe ejercerse con una gran «deferencia» por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado.

Tal decisión merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la **audiencia de voir dire**, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime.

Por lo tanto, advertidos de ese particular respeto que merece la decisión del jurado popular, es que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no puede consistir en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–.

Sino en una evaluación de la posibilidad de ocurrencia de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada, y que dio lugar a su veredicto de culpabilidad.

Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se deriv[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. **art. 41, inc. d, ley 9.106**).

Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate (ver al respecto, mi voto en «**Petean Pocoví**», **el voto de la mayoría en «Tizza**», **el voto de la mayoría del Pleno del Tribunal en «Acuña**», **«Zúñiga**», **«Vildoza**» e **«Hisa**»; **todo de conformidad con lo señalado en «Canales» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**).

De ese modo, cuando lo que se cuestiona es una eventual arbitrariedad del veredicto –caso de autos– debe observarse la aludida regla de la deferencia en la instancia revisora. Lo que no implica de modo alguno una limitación al recurso del acusado, ni un impedimento para la revisión de una sentencia emitida como consecuencia de un veredicto de culpabilidad del jurado popular.

Sino que compromete y obliga a que la tarea revisora se centre en determinar si aquella decisión del jurado popular que se cuestiona, se encuentra dentro del elenco de opciones probables y racionales que surgen

de las evidencias producidas durante el debate. Labor en la que debe guardarse la especial deferencia al buen juicio y al sentido común del colectivo del jurado.

Para cumplir acabadamente con esa tarea, debe determinarse lo siguientes: a) si de acuerdo a las pruebas producidas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la prueba.

Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada. Ahora bien, la aplicación de las consideraciones expuestas al caso bajo estudio es lo que me permite compartir en esta instancia el voto que me antecede.

Esencialmente por cuanto allí se exponen las razones por las cuales la sentencia impugnada debe ser confirmada, desde que el veredicto de condena resulta una consecuencia posible del material probatorio producido durante el debate con las instrucciones brindadas al jurado popular y la defensa no ha logrado acreditar vicios en las mismas que justifiquen su anulación. Sentado ello, y como segundo aspecto a destacar por las particularidades del caso, también debo mencionar que la perspectiva de género aplicada a las instrucciones impartidas al jurado popular reconoce, como fundamento normativo, el art. 7 del Constitucional de Mendoza, donde se afirma que «[t]odos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes».

En ese sentido, no puedo dejar de destacar aquí algo sobre lo que – también– ya me he pronunciado con anterioridad. Esto es, que «[...] toda información para resolver en deliberación de jurados debe necesariamente ser producida en el debate, oralmente y debidamente litigadas por las partes y comunicadas en audiencia pública por el juez técnico, incluso cuando se trate de “[l]as preocupaciones en torno a que los jurados reciban la información pertinente en materia de igualdad de género deben atenderse en las instrucciones. Es allí donde es importante garantizar que se expliquen correctamente al jurado los conceptos centrales con perspectiva de género, exigiéndole que atienda a estos criterios a la hora de tomar su decisión.

Esas instrucciones son obligatoriamente litigadas por las partes frente a los jueces, tal como exige la ley. Por eso es imprescindible que las personas que participan del sistema (por la fiscalía, defensa y conducción técnica de los juicios) estén capacitadas en materia de género. Más, sería un error entender que es a las personas que participan del jurado a quienes se debe dar tal capacitación.

No se le exige al jurado conocimientos especiales sobre ninguna materia, ya que de hacerlo se estaría atentando seriamente contra su naturaleza y su legitimidad” (**PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho»**, en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020).

En definitiva, sólo en función de las pautas establecidas es posible garantizar la imparcialidad del jurado, la igualdad de armas entre las partes, el debido proceso legal y el control de la decisión por parte del tribunal revisor» (ver, al respecto, mi voto, al que adhirieron los doctores Dalmiro Garay Cueli, Pedro J. Llorente y María Teresa Day en el **precedente «Acuña»**).

Por estas razones, como lo adelantara al comienzo del presente voto, considero que debe ser contestada

de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de julio de 2023.-

17- FIGUEROA ARRIGA. 06-07-23. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7 y 45 del CP.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Valoración de la prueba. Juicio por Jurado. Autoría. Instrucciones.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **pena de prisión perpetua**, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable del delito de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7 y 45 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2169, pronunciada por el TPC N° 1-1-2° CJ.

Precedentes citados

Juicio por jurados

a-SCJM

- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:

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

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Vildoza. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

b-CSJN

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

c- CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM. (JJ)

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

- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Mendoza. 06-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200406_FcMJA.pdf
- Morales Nievas. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200723_FcMorales.pdf
- Ibáñez Benavidez. 30-12-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Pajón Retamales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf
- Gutiérrez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=446>
- Ibáñez Benavidez y ot.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Quispe Espinoza. 02-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=524>
- Vázquez Correa: 20-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210920_FcVCA.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Zúñiga Navarro. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220407_FcZNR.pdf
- Farías Toledo. 19-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220419_FcFAP.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Cataldo Ortiz. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220729_FcCOR.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Méndez Castro. 13-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221013_FcMC.pdf
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221202_FcPRM.pdf
- Gil Pereg: 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf
- Navia. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf
- Duré. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcDRC.pdf
- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Figueroa Arriga 06-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf
- Oviedo. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf

b-CSJN:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina. 14-05-13.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf
- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. 20-06-05:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf
- Martínez Colorado Vs. Guatemala.
- Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. 11-11-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf
- Rodríguez Revolorio Vs. Guatemala. 14-10-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_387_esp.pdf
- Jenkins Vs. Argentina. 26-11-19.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf
- Flor Freire Vs. Ecuador. 31-08-16.
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=418&lang=es

- Suarez Rosero Vs. Ecuador. 12-11-97

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315

- Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. 02-09-04.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221

Parágrafos destacados

“...Asimismo, me interesa destacar que tal como señalé en el **precedente «Ponce Rubio»**, que en el supuesto de que el cuestionamiento resulte una eventual arbitrariedad del veredicto es necesario observar la regla de la deferencia en la instancia revisora. En este caso debe determinarse si, a) de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio resulta posible llegar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado y, b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en alegatos e instrucciones, el jurado tuvo a su disposición los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para llevar a cabo una deliberación válida y dictar aquel veredicto posible conforme la evidencia. En caso de que la respuesta sea afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada...”

Doctrina citada

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

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

Fallo:

CUIJ: 13-06926307-5/1((018601-34815)) F. Y QUER. PART. C/ FIGUEROA ARRIGA ENZO LEONARDO P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA... (34815) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106171904*

En Mendoza, a los seis días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06926307-5 caratulada “F. c/ FIGUEROA ARRIGA ENZO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Enzo Leonardo Figueroa Arriga interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.169, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable del delito de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7 y 45 del CP), que se le atribuyó en autos N° P-34.815/21.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia n° 2169 impugnada da cuenta de las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado, del veredicto unánime que éste dictó, así como de la pena y costas impuestas a Enzo Leonardo Figueroa Arriga. En las instrucciones iniciales, que forman parte de la sentencia impugnada, se hizo saber al jurado que «[...] se acusa al señor Enzo Leonardo Figueroa Arriga del delito de homicidio agravado en perjuicio de Esteban Emilio Olivera [...]» (ver fundamentos, pág. 2). Por otra parte, en el alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal se le atribuyó a Figueroa Arriga que «[...] un día jueves 8 de abril del año 2021, [a las] ocho y diez de la mañana, el señor Esteban Olivera, una persona joven, se dirigía como todos los días a su trabajo. Iba caminando justamente por Avellaneda y Sargento Cabral de Las Heras. Iba con sus pertenencias, su campera, un teléfono, unos auriculares y una mochila donde llevaba todas las herramientas de trabajo. Esa era la preocupación con la que él salió de su casa, en un horario en el que pocos podían presumir que sería abordado de la manera salvaje que lo fue a plena luz del día. Pero, [...] había dos personas más –como se les dijo– que tenían otros planes, que era justamente intentar robarle al señor Olivera, y, ahí es donde aparece en escena el imputado, [...] Enzo Leonardo Figueroa Arriga conocido en el barrio como «Leo» o «Leito». Ahí es donde habían tenido un plan, que es el que ejecutan y es que entre los dos [...] encierran [a] Esteban viene [que venía] escuchando música. Al principio ni siquiera advierte lo que le dicen, y ahí es donde viene el primer disparo a la pierna. Ahí Esteban intenta de alguna manera reaccionar, atina, se produce un mínimo movimiento donde él intenta defenderse e inmediatamente después le efectúan el segundo disparo letal a la zona del tórax, y cae al piso absolutamente desplomado, sin ninguna chance de supervivencia» (ver alegatos de apertura, audiencia

del 27 de junio de 2022). En la acusación también se dijo luego que «[...] como se les dijo, [y] también [fue] estipulado [entre las partes], se utilizó un arma de fuego. Estos disparos se efectuaron a treinta o a lo sumo cincuenta centímetros de distancia. Literalmente lo ejecutaron. Así es que en definitiva Esteban Olivera [...] falleció como consecuencia pura y exclusivamente de los disparos de los que fue víctima [...]. Fue un trabajo en equipo» (ver alegatos de apertura).

En definitiva, y de acuerdo con lo que refirió el Ministerio Público Fiscal, se le endilgó al acusado que «esa mañana [en referencia al día jueves 8 de abril del año 2021, Figueroa Arriga] junto a su compañero abordaron a Olivera con intenciones de robo y, al no poder sustraerle el teléfono celular, Figueroa Arriga decidió terminar con la muerte de la víctima para huir posteriormente con su compañero del lugar del hecho».

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Enzo Figueroa Arriga formula recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 41 inc. d de la ley 9.106.

Ello, por cuanto considera que el veredicto se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate. Refiere que la modalidad delictiva y el resultado de las acciones desplegadas no fueron cuestionadas por esa defensa.

Explica que su teoría del caso se basó en sostener que Figueroa Arriga estuvo en el lugar del hecho, pero no fue quien disparó sino el otro sujeto que intervino en el hecho, el verdadero autor y a quien habría acompañado el acusado.

Afirma que en este sentido fue primordial el testimonio de Jesús Arredondo, **único testigo presencial** del hecho, quien reconoció a Figueroa Arriga y no fue quien disparó.

Pese a ello, el jurado popular rechazó el planteo de la defensa y condenó a su defendido por el delito de homicidio *criminis causae* como autor.

Señala que la acusación sostuvo que Esteban Olivera fue abordado por Figueroa Arriga quien, portando un arma de fuego, intentó sustraerle su teléfono celular.

Asimismo, que Figueroa Arriga le efectuó un disparo a Olivera en la zona del muslo izquierdo y, al no lograr sustraerle el teléfono, disparó en la zona de la cara anterior izquierda del tórax, lesión que provocó su deceso. Refiere que esta plataforma fáctica es la referida en las instrucciones al jurado en la primera alternativa propuesta. Específicamente, señala que de acuerdo con aquella instrucción, para que el veredicto considerara a Figueroa Arriga como autor del hecho, el jurado debía sostener que había sido él quien apuntó y disparó contra Olivera.

Si, contrariamente, se sostenía que Figueroa Arriga no había sido quien disparó, sino el segundo sujeto que acompañó, la única opción posible era dictar un veredicto de culpabilidad como cómplice.

En consecuencia, entiende que no se les brindó a los miembros del jurado popular la posibilidad de considerar que Figueroa Arriga era el segundo interviniente, quien no disparó, y que aun así pueda ser condenado en carácter de autor.

Manifiesta que el jurado popular valoró que Figueroa Arriga fue quien disparó y no quien iba de acompañante, y es allí donde a juicio de la defensa se equivoca en la valoración de la prueba.

Detalla el testimonio de Jesús Arredondo, único testigo presencial del hecho, y que destacó dudas sobre

si Figueroa Arriga fue el autor de los disparos. Pone de resalto que el testigo no quería que se cometiera otro acto de injusticia.

El testigo aludió a la descripción de un tatuaje en el cuello, el color de la campera y preguntas sobre la edad y que al escuchar las versiones de la Fiscalía y la defensa le pareció que tenía sentido la de esta última, por la ropa y por el tatuaje que a él le pareció clave.

En este orden, sostiene que Arredondo identificó a quien disparó como la persona que está libre y al acusado, por su tatuaje, como el segundo sujeto.

Añade que el tatuaje en el cuello pudo ser visto en toda la audiencia de debate y que el acusado lo exhibió específicamente al declarar y al momento de la clausura. Se trata de un tatuaje de grandes proporciones que pudo ser visto desde lejos y por todos quienes participaron en el debate oral.

Considera que el Ministerio Público Fiscal quiso hacer ver que Arredondo se confundió en la entrevista de preparación de testigos con la defensa o que allí se habría contaminado con la información del caso. Refiere que Arredondo fue claro en describir cómo fue esa entrevista, que se le hicieron preguntas.

Destaca que esa defensa sólo le dijo al testigo que Figueroa Arriga iba a reconocer el hecho, pero no el contenido de su declaración, ni la estrategia defensiva, sino sólo para que estuviera tranquilo por su seguridad y que se presentara a declarar.

Destaca, asimismo, que se le pidió que diga la verdad y que no se lo persuadió de lo que tenía que decir. Afirmar, también, que la lógica metodológica indica que fue Figueroa Arriga quien salió corriendo en primer lugar y que así lo dijo Guillermo Sosa, quien primero vio correr a Figueroa Arriga y, además, así se pudo ver en los videos de la huida por las vías del tranvía. De ello, se sigue que Figueroa Arriga no es quien llevaba el arma con la que se disparó contra Olivera.

Añade que no hay prueba relevante para identificar cuál de los dos sujetos fue el que disparó y que, para poder determinar quien disparó, es necesario escuchar la declaración de Arredondo y del acusado, quien reconoció su participación y negó haber sido el autor del disparo.

Afirmar que la proposición fáctica de que Figueroa Arriga apuntó y disparó con su arma a Olivera no sólo no se prueba con testimonio de Jesús Arredondo, sino que justamente se contradice. En función de lo expuesto, considera que, en definitiva, el veredicto de culpabilidad según el cual Figueroa Arriga sería el autor de los hechos atribuidos no puede sustentarse en la prueba rendida en debate oral.

De tal manera, solicita que se revoque la sentencia condenatoria y se condene a su asistido como partícipe secundario del delito de homicidio criminis causa y se disponga el reenvío de la causa para que se lleve adelante un nuevo juicio de cesura.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, luego de analizar los agravios promovidos, señala que, si bien el recurso casatorio procede formalmente, no debe prosperar en el fondo. Refiere que la teoría del caso de la defensa fue explicada en las instrucciones impartidas al jurado, como segunda hipótesis.

Según aquélla, quien habría efectuado los disparos no habría sido el acusado, sino una persona que no se encuentra identificada –señalada por el acusado como «Bruno»– y que la colaboración de Figueroa Arriga en el hecho no habría sido esencial.

En relación con la declaración de Arredondo –quien, en la versión de la defensa, reafirmaría su teoría del caso– señala que el testigo dijo que quien disparó era el que llevaba en su mano una pistola calibre .22.

Esa persona era quien iba de chaqueta gris, pantalón tipo «chupín» y zapatillas deportivas. Sostiene que esa persona es Figueroa Arriga no sólo por lo que dijo Arredondo, quien cuando declaró en la primera oportunidad –esto es, a los veinticinco días del hecho– no estaba confundido, sino además, porque considera que surge de otras pruebas analizadas en conjunto.

Destaca así las escuchas telefónicas y, concretamente, una de ellas, en la que la madre de Figueroa Arriga dice haber quemado la ropa del acusado en un esfuerzo por eliminar prueba incriminante para no ser reconocido por las cámaras que lo habían tomado. Refiere que allí se escucha la discusión en torno a las zapatillas de las que no se quería deshacer el acusado.

De tal manera, la descripción efectuada por Arredondo y la exhibición de las zapatillas secuestradas y mostradas al jurado, da la pauta de que quien llevaba el arma calibre .22 era Figueroa. Considera también que es necesario valorar la declaración de Guillermo Sosa, quien fue presionado por la madre de Figueroa Arriga para que cambiara la declaración y fue amenazado con un arma por el padre de la persona de nombre «Bruno» para que hiciera lo propio.

Asimismo, refiere que aquel testigo fue coherente al referir que la persona a quien se cruzó y que llevaba la pistola .22 en la mano era Figueroa Arriga. Entiende que el cambio en la versión del testigo Arredondo durante el debate –luego de entrevistarse con la defensa de manera previa- podría explicarse por el temor ya que sabía que Sosa –el otro testigo– había sido amenazado.

Agrega que las escuchas terminan de confirmar la teoría de la Fiscalía, puesto que dan cuenta de una persona prófuga, que quemaba la ropa que llevaba puesta, la reticencia a quemar las zapatillas, que se escondió y al ser hallado por la policía tenía su fisonomía cambiada.

Señala, además, que no se puede hablar de participación secundaria como propone la defensa. Destaca en este orden que Figueroa Arriga asumió un plan criminal –esto es, un acuerdo con división de funciones– y que quien toma parte de una empresa delictiva debe hacerse cargo de los resultados como coautor.

Así, sostiene que el agravio defensivo resulta una mera discrepancia con el veredicto del jurado, puesto que no surge como arbitrario a la luz del plexo probatorio rendido durante el juicio y analizado en la deliberación secreta, de acuerdo a las precisas instrucciones impartidas conforme lo establecido en la manda legal.

En función de lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada.

En consecuencia, el veredicto de culpabilidad del jurado popular, así como la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 1, deben ser confirmados.

Ello así, puesto que no advierto la presencia de los vicios denunciados por la recurrente ni de falencias que motiven la anulación de la resolución, conforme paso a exponer.

El núcleo de la crítica de la defensa radica en la valoración de la prueba.

La defensa sostiene que se ha producido un notorio apartamiento de las pruebas producidas durante el debate por parte del jurado popular.

Concretamente, sostiene que de las pruebas rendidas no es posible que el jurado concluyera en que su asistido fue quien disparó a Esteban Olivera, y no quien iba de acompañante.

Rescata como primordial el testimonio de Jesús Arredondo –único testigo presencial– quien reconoció al acusado y dijo que no fue quien disparó.

Ahora bien, entiendo que es posible reconstruir el razonamiento seguido por los miembros del jurado popular que dictó el veredicto condenatorio respecto de Figueroa Arriga y dar una respuesta acabada a la crítica formulada por la recurrente en relación con el error asignado a la decisión del jurado popular a partir de los elementos de prueba que obran en la causa y que dan sustento a la teoría del caso de la acusación.

Conviene en este punto recordar lo expuesto en el precedente **«Petean Pocoví»**, donde señalé que «[...] el juicio por jurados, con sus características y particularidades, constituye un modelo de enjuiciamiento con serias y trascendentales diferencias respecto del modelo de juez profesional al que estamos acostumbrados, y, sin embargo, igualmente válido desde el punto de vista jurídico-constitucional.

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

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

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

Asimismo sostuve que «[d]el mismo modo en que la Constitución Nacional prevé la realización de juicios por jurados en casos criminales, también dispone una serie de derechos y garantías vinculados al proceso penal e incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos que estipulan una particular manera de llevar adelante el enjuiciamiento de ciudadanos en nuestro país. Esto significa que el juicio debe ser el resultado de un debido proceso, que ha sido definido sintéticamente por la Corte Federal como la exigencia de «observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia» (conf. **«González, Miguel Ángel»**, Fallos 342:1501 y sus citas, entre otros).

La caracterización detallada del debido proceso excede el propósito de este voto, pero a modo enunciativo

debe tenerse presente que implica al menos el respeto del principio de legalidad, de la prohibición de doble juzgamiento, del derecho a ser oído, a acceder a un recurso efectivo, a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente y dentro de un plazo razonable, a que se presuma la inocencia del acusado, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y permitiendo el derecho de defensa, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. De este modo, el debido proceso importa el establecimiento de límites concretos y claros a la facultad de determinar el modo en que se llevan adelante los procesos criminales que suponen la administración pública de penas».

Finalmente, destaqué que, si bien el juicio por jurados populares parece poner en juego dos derechos del acusado –el derecho a un fallo razonado y el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria– a mi entender, el modelo previsto por la ley 9.106 no conculca ninguno de estos derechos.

En efecto, en relación con la posibilidad de revisión en segunda instancia expuse que el material revisable abarca todos los actos procesales que dan lugar al juicio, como también los que se llevan a cabo durante las audiencias con el jurado, sin limitarse al veredicto del jurado.

De tal manera, la defensa está en condiciones de controlar y exigir el control de los actos procesales y, puede ser evaluado en su razonabilidad y apego a la prueba de conformidad con lo dispuesto por el art. 14 de la ley 9.106.

b.- Dicho esto, conviene señalar que en esta causa se atribuyó a Enzo Leonardo Figueroa Arriga que en fecha 8 de abril de 2.021, aproximadamente a las 8.10 hs, abordó, junto con otro sujeto, a Esteban Emilio Olivera cuando caminaba por calle Avellaneda esquina con calle Sargento Cabral del departamento de Las Heras, provincia de Mendoza. Uno de los sujetos portaba un arma de fuego. Ambos intentaron sustraer el teléfono celular a Olivera.

Allí, Enzo Leonardo Figueroa Arriga efectuó un disparo a Esteban Olivera en el muslo izquierdo y, para lograr sustraer el teléfono, disparó nuevamente en la cara anterior izquierda del tórax, lesión que provocó su muerte. El hecho señalado fue descrito en la hipótesis acusatoria sostenida por los representantes del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular al momento de llevar a cabo los alegatos de apertura (audiencia de fecha 27 de junio de 2.022 a partir del minuto 20).

En esa ocasión, el representante del Ministerio Público Fiscal refirió que al no haber logrado la consumación del delito –sustracción del teléfono celular–, Figueroa Arriga decidió terminar con la vida de la víctima (minuto 31.06).

Por su parte, la teoría del caso de la defensa postuló que su defendido se encontraba presente en el lugar del hecho, sin embargo, no habría sido quien realizó el disparo sino que fue una persona de nombre «Bruno», el otro sujeto interviniente en el hecho.

Éste sería quien, según la defensa, habría sacado el arma, apuntado a Esteban Olivera, pedido el celular y efectuado el disparo que ocasionó la muerte a este último. Afirma, por su parte, que intertanto, Figueroa Arriga continuó caminando a la par de aquéllos y diez metros después salió corriendo hacia la Villa Güemes donde vivía.

Además que Figueroa Arriga no sabía que iban a robar, sabía que aquella persona de nombre «Bruno» tenía un arma, pero que nunca habían disparado (ver registro audiovisual N° 8 del debate de fecha 27 de junio de 2022 a partir del minuto 39.20).

Al ejercer el acusado su defensa material, en lo aquí pertinente, señaló que «[...] ese día iba con Bruno,

pero en ningún momento me acerqué a la persona, en ningún momento tuve reacción en nada. Sólo caminé más adelante y cuando escuché los disparos me asombré, no me asombré porque estaba robando, solo me dio miedo. Sólo corrí porque me dio miedo, en ningún momento me acerqué al señor. Bruno le robó a esa persona y corrí del miedo que me dio [...]. Nunca hemos robado así, hemos hecho robos anteriores y nunca he disparado a una persona. Nunca he lastimado [...]. La intimidábamos hablándole nada más y corríamos [...]. Nos daban las pertenencias que queríamos y corríamos. Nada más. Pero nunca hemos lastimado a ninguna persona. Nunca nada» (registro audiovisual del día 28 de junio de 2022). A preguntas de la defensa respondió, que a «Bruno» lo conocía del barrio, y que antes del hecho se había reunido dos o tres veces con él.

Añadió, al ser requerido, que ambos salían a robar con un arma oxidada. En cuanto a su labor en los hechos, expresó que se quedaba al lado de las personas y revisaba sus bolsillos. En relación con las armas que llevaban, señaló que «Bruno» llevaba un arma oxidada, con cintas, y que él llevaba una réplica. Respecto al hecho que aquí se investiga, manifestó que su compañero no le dijo que le iban a robar a esa persona, que nunca había realizado un disparo y que lo ocurrido le dio miedo.

Luego, relató las vestimentas que lucía ese día: «[un] conjunto Nike con un globo que era de un equipo, de París, equipo de fútbol. Todo negro con rayas gris, la parte de arriba y de abajo».

Al ser preguntado sobre cuándo se dio cuenta que «Bruno» iba hacia la víctima, expresó que «cuando escucho el disparo, escucho que le empieza a hablar a la persona y saca el arma, y me cruzo la calle y salí corriendo. Si me hubiera quedado ahí al lado hubiera sido diferente». A preguntas de la Fiscalía (a partir del minuto 10.02) señaló que «Bruno» llevaba un arma Bersa calibre .22 y él una réplica de una pistola calibre .38.

Aclaró que creía que le decían réplica porque el arma no funcionaba. Al ser preguntado por qué quería quemar la ropa, señaló que le dio miedo que lo detuvieran y lo alejaran de su familia. Sobre la mecánica de los hechos que perpetraban junto con aquella persona llamada «Bruno», específicamente sobre la decisión acerca de a quién robaban y a quién no, narró que se acercaban los dos, «Bruno» intimidaba hablándoles a las víctimas y entonces le sacaban las pertenencias. Nunca sacaban armas.

De lo expuesto, se sigue que las versiones sustentadas por los acusadores y la defensa concuerdan en algunos aspectos y difieren en otros. Coinciden en relación con la existencia del hecho y la intención de sustraer objetos de Esteban Olivera. Difieren en cuanto a quien llevó a cabo los disparos, por ello la defensa afirma que la participación de Figueroa no es en calidad de autor.

En este orden, corresponde señalar que las partes al momento de la audiencia preliminar, el fiscal, la parte querellante, la defensa y el acusado acordaron los aspectos no controvertidos de los hechos. Esto es que «[...] el jueves 8 de abril de 2.021, aproximadamente a las 8.10 horas, Esteban Emilio Olivera caminaba por calle Avellaneda esquina con calle Sargento Cabral del departamento de Las Heras, Provincia de Mendoza, cuando fue abordado por dos sujetos, siendo que uno de ellos portaba un arma de fuego, quienes intentaron sustraerle su teléfono celular al Sr. Olivera.

Allí uno de los dos sujetos le efectuó un disparo a Esteban Olivera en la zona del muslo izquierdo y, al no lograr sustraerle el teléfono celular, le efectuó un disparo en la zona de la cara anterior izquierda del tórax, lesión que le provocó posteriormente su fallecimiento».

A partir de ello, los representantes del Ministerio Público Fiscal y el querellante particular aseguraron que

fue Figueroa Arriga quien disparó el arma de fuego contra Esteban Olivera, y refirieron la conexión subjetiva requerida por el art. 80 inc. 7 del CP.

En este sentido, sostuvieron que el acusado disparó por no haber logrado su propósito y para sustraer el teléfono móvil de la víctima. Por su parte, la defensa afirma, sin negar la intervención del acusado en los hechos, que éste no fue el autor de los disparos.

En efecto, Figueroa Arriga no negó su presencia al momento del hecho, pero refirió que ignoraba que su compañero en el evento iba a tratar de sustraer el teléfono celular a la víctima y que no sabía que dispararía. La defensa entiende que el jurado, al momento de emitir su veredicto, se apartó de las instrucciones y la prueba.

Instrucciones

c.- Ahora bien, analizadas las instrucciones, en particular aquella que la defensa considera inobservada por el jurado, advierto que las diversas alternativas, en función de las teorías del caso de las partes, fueron otorgadas a los miembros del jurado conforme surge de la sentencia cuestionada.

En efecto, y en lo que aquí interesa, debe señalarse que al jurado se le explicó en qué consistían tanto el delito de homicidio *criminis causa*, como los delitos menores de robo calificado por homicidio y robo con arma de fuego en tentativa.

Por su parte, se le expuso las diversas formas de intervención delictiva, particularmente en cuanto a las categorías de «autores» y «cooperadores o cómplices».

Al respecto, entiendo que tales instrucciones se brindaron en la forma que establecen los arts. 32, 33 y cc. de la ley 9.106, sin que las partes opusieran objeciones (ver registro audiovisual), de manera tal que la crítica esgrimida en contra de las instrucciones y su interpretación por parte del jurado no logran conmover la sentencia cuestionada.

En este sentido, la teoría del caso de la defensa fue explicitada en las instrucciones impartidas al jurado como la segunda hipótesis. Se le planteó al jurado como alternativa la posibilidad de que quien efectuara los disparos no fuera Figueroa Arriga, sino una persona NN o llamada «Bruno», y que el acusado sólo habría colaborado de forma no esencial en el hecho.

La defensa sostiene en esta instancia que la decisión del jurado es arbitraria porque su teoría del caso tiene sustento en la declaración que Jesús Arredondo prestó en el curso del debate.

De su revisión en esta instancia se desprende que este testigo, pese a haber reconocido al acusado en rueda de reconocimiento como el autor de los disparos, en el debate varió el sentido de su declaración y señaló que, luego de haber escuchado la versión de la defensa, consideraba que ésta se ajustaba más a lo que había ocurrido.

También, luego de ser requerido por la Fiscalía, señaló que tuvo conocimiento de las amenazas sufridas por otro testigo del hecho, Guillermo Sosa. Ahora bien, concuerdo con el Procurador General en que las declaraciones de Jesús Arredondo no resultaron el único medio de prueba que el jurado popular tuvo a su disposición al momento de dictar veredicto y tener por acreditado que fue el acusado el autor de los disparos.

En este sentido, es preciso señalar los dichos de Guillermo Sosa, quien al declarar en audiencia de debate dijo que el día y hora de los hechos se dirigía a trabajar cuando escuchó disparos, entonces quiso regresar a su casa y, cuando iba a hacerlo, vio a dos personas que corrían y entraban en un pasaje.

Destacó que una de ellas, a quien conocía desde hace años por ser vecinos, era Figueroa Arriga y llevaba un arma calibre .22 (minuto 29.46 del registro audiovisual del video n° 6 del debate de fecha 28 de junio de 2022).

Seguidamente, refirió que se acercó a la víctima, quien murió en ese momento. Sosa añadió que le profirieron amenazas para que variase el contenido de sus declaraciones y explicó que, al practicarse el reconocimiento en rueda de personas, estaba atemorizado y no pudo decir si la persona que le mostraban era a quien él se refería.

Finalmente, señaló también la cercanía de su vivienda con la de la familia del acusado y de la otra persona vinculada en la causa e interviniente en el hecho. Tal declaración, vinculada con otros elementos de prueba brinda sustento a la hipótesis de la acusación en torno a que el autor de los disparos fue Figueroa Arriga.

En esos otros elementos se encuentran las escuchas telefónicas, en las que la madre del acusado Figueroa Arriga refirió haber quemado la ropa de su hijo –cabe recordar que en las primeras declaraciones se alude a la vestimenta de los sindicados en el hecho y se refiere que el autor de los disparos llevaba zapatillas «de marca».

Asimismo, la negativa de Figueroa Arriga de deshacerse de las zapatillas –que luego fueron secuestradas–, pese a la insistencia de su madre, como también las indicaciones dadas por ésta para que cambiase su aspecto en razón de que lo estaban buscando. De lo expuesto, no se verifica el agravio defensivo en cuanto atribuye arbitrariedad al veredicto de culpabilidad del jurado por haberse apartado de la prueba producida y las instrucciones.

Ello, en tanto de las pruebas producidas durante el debate surge que los miembros del jurados tuvieron la posibilidad de verificar la hipótesis de la acusación relativa a que fue Figueroa Arriga quien ejecutó los disparos era la que se encontraba corroborada por los medios de prueba.

De tal manera, la decisión del jurado aparece, en función de los elementos de prueba que sustentan la acusación, plausible y, por lo tanto, la crítica de la defensa formulada en torno al veredicto de culpabilidad debe ser rechazada.

En función de lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto la solución a la que arriba el ministro preopinante en el sentido que debe confirmarse la sentencia condenatoria derivada del veredicto de culpabilidad del jurado popular.

En relación con la institución del juicio por jurados, entiendo oportuno remitirme a las consideraciones realizadas mis votos en los precedentes «**Petean Pocoví**», «**Tizza**», «**Acuña Víctor**», «**Hisa**», entre los más relevantes.

Asimismo, me interesa destacar que tal como señalé en el **precedente «Ponce Rubio»**, que en el supuesto de que el cuestionamiento resulte una eventual arbitrariedad del veredicto es necesario observar la regla de la deferencia en la instancia revisora.

En este caso debe determinarse si, a) de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio resulta posible llegar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado y, b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en alegatos e instrucciones, el jurado tuvo a su disposición los instrumentos mínimos necesarios y

esenciales para llevar a cabo una deliberación válida y dictar aquel veredicto posible conforme la evidencia. En caso de que la respuesta sea afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia no puede ser revocada.

En el mismo sentido me expedí en el **precedente “Navia”**, en el que en relación al alcance y amplitud de la labor de revisión extraordinaria de los veredictos condenatorios vertidos por jurado popular, señalé que debe llevarse a cabo con una gran «deferencia» en razón del rol del jurado en la determinación de los hechos.

En tanto su decisión merece irrestricto respeto, desde que ella es «consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime (v., al respecto, mi voto en «Tizza», **luego reafirmado por la mayoría que resolvió en Plano en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»**)».

Así el respecto por la decisión del jurado popular, determina que la tarea de revisión no se trate de un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en un análisis de la posibilidad de la teoría del caso que el jurado popular tuvo por probada y que dio lugar al veredicto de culpabilidad.

Así nos toca comprobar la “que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate” (ver al respecto, mi voto en «**Petean Pocoví**», el voto de la mayoría en «**Tizza**», el voto de la mayoría del Pleno del Tribunal en «**Acuña**», «**Zuñiga**», «**Vildoza**» e «**Hisa**»; todo de conformidad con lo señalado en «**Canales**» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «**V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Reitero que esto no supone limitar el recurso del acusado, ni un obstáculo para la revisión de una sentencia emitida por un jurado popular; sino que el compromiso de la tarea de revisión debe centrarse en determinar si la decisión del jurado popular está dentro del elenco de opciones probables y racionales que se desprenden de las pruebas que se producen en el debate.

En esta tarea debe guardarse la especial deferencia al buen juicio y al sentido común del colectivo del jurado.

Para ello, corresponderá determinar: a) si de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la prueba. Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia debe ser confirmada. Tal circunstancia se verifica en la presente y, también por ello el recurso debe ser rechazado.

Por todo lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. **ASÍ VOTO.**

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Enzo Leonardo Figueroa Arriga.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

18- GARCIA TORRES. 02-08-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGTJ.pdf

Lex: Art. 84 bis del CP.

Vox: Homicidio culposo agravado. Conducción imprudente y antirreglamentaria de vehículo automotor. Pena natural. Calificación legal.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores por el término de diez años como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antirreglamentaria de vehículo automotor (art. 84 bis CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1872, pronunciada por el TPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Barrera Scatareggia. 16-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220516_FcZSD.pdf
- Dominguez Castillo. 19-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180619_FcDCN.pdf

Parágrafos destacados

“...La defensa, aunque no cuestiona la existencia del hecho, sí pone en duda algunos de los extremos del hecho. La estrategia defensiva, en consecuencia, apunta a mejorar la situación procesal de Juan García Torres mediante un **cambio de calificación con base en una modificación de la plataforma fáctica** dada por probada. La validez de esta estrategia argumentativa ya ha sido refutada por este tribunal en numerosas oportunidades. Es que, quien invoca un **vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal de juicio sin poder desconocerlos ni modificarlos...**”

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

Fallo:

CUIJ: 13-06794542-9/1((018602-785929)) F C/ GARCIA TORRES JUAN ALBERTO P/ HOMICIDIO CULPOSO (785929) (785929/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106048683*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06794542-9/1, caratulada "F. C/ GARCÍA TORRES S/ CASACIÓN".

La defensa técnica de Juan Alberto García Torres interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 1.872 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antirreglamentaria de vehículo automotor (art. 84 bis CP) que se le atribuyó en la causa P-785.929/19.

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que «[...] [s]iendo el día veintinueve de diciembre de 2019, a las 22:45 hs., aproximadamente, Juan Alberto García conducía el vehículo marca VW Polo dominio EXZ405 por calle Lamadrid de Costa de Araujo, Lavalle, Mendoza, categorizada por la Ley de Tránsito 9024 anexo I como "camino"; en dirección sur a norte, con las luces bajas apagadas y por el carril contrario de circulación, invadiendo de este modo el costado oeste, violando con su accionar los art. 42 inc. B, 51 inc. A, 52 inc. 3, 10 y 11 de la Ley de Tránsito 9024, momento en que embistió con su vehículo a Lucero Demaris Márquez, quien se encontraba caminando en igual sentido de circulación por el carril oeste próxima a la banquina, impactando su cuerpo sobre el sector frontal izquierdo del lado del conductor, provocando tal maniobra la muerte de la misma.

Para luego de ello, Juan Alberto García continuar su marcha retomando el carril derecho y detener su vehículo a unos 80 metros de distancia aproximadamente, dejándolo abierto descendió del mismo y posteriormente se dio a la fuga hacia el interior de una finca aledaña» (véase requerimiento de citación a juicio en expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró, entre los principales elementos, las declaraciones de los testigos presenciales, la declaración del acusado, el informe de Policía Científica y el acta de procedimiento.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En ese sentido, sostiene, en primer lugar, que en la sentencia cuestionada el juez de la instancia anterior

considera incorrectamente acreditadas una serie de extremos de la conducta llevada a cabo por el acusado el día de los hechos, a saber: el consumo de alcohol, la circulación sin luces encendidas, la invasión del carril contrario de circulación y el haberse dado a la fuga. Acto seguido, postula que las consideraciones anteriores repercuten en la calificación jurídica del caso.

Para la defensa el acusado habría de ser juzgado a la luz de lo prescripto por el apartado primero del art. 84 bis CP.

Finalmente, la defensa pone de relieve que, al modificarse el encuadramiento jurídico, a su vez, debería tener incidencia en la escala penal que habría de utilizarse como referencia para individualizar la sanción a imponer.

En este sentido, solicita que se imponga una pena que coincida con el mínimo de la escala penal –dos años–.

Se agravia, adicionalmente, en que el juez no tuvo en cuenta la pena natural sufrida por el autor, dada la relación de parentesco que tenía con la víctima.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que, si bien el recurso de casación formulado procede formalmente, corresponde su rechazo en el fondo.

En particular, refiere que el hecho, así como las circunstancias agravantes y la autoría se encuentran debidamente acreditadas y que no corresponde cambio de calificación alguno.

Agrega que la pena impuesta fue fundada debidamente por el juez sentenciante y que, al individualizarse, se ponderaron los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 CP.

Por todo lo anterior, entiende que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada (véase expte. digital).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria.

La defensa, aunque no cuestiona la existencia del hecho, sí pone en duda algunos de los extremos del hecho. La estrategia defensiva, en consecuencia, apunta a mejorar la situación procesal de Juan García Torres mediante un **cambio de calificación con base en una modificación de la plataforma fáctica** dada por probada. La validez de esta estrategia argumentativa ya ha sido refutada por este tribunal en numerosas oportunidades. Es que, **quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal de juicio sin poder desconocerlos ni modificarlos.**

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio sustantivo atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda definitivamente fijado por el tribunal de mérito (entre muchos otros precedentes, este temperamento se ha mostrado con especial claridad en «**Barrera Scatareggia**» y

«Domínguez Castillo»).

A pesar de las objeciones que es posible oponer a la arquitectura del recurso y la estrategia defensiva que a él subyace, al efecto de garantizar el derecho al recurso, me interesa no dejar de analizar los fundamentos de la sentencia puesta en tela de juicio.

En relación con ellos, cabe decir que el juez ha valorado integralmente los elementos de prueba colectados a lo largo del proceso, los cuales acreditan de manera clara la realización del hecho ilícito y la autoría del acusado.

En el nivel de la valoración de la prueba la defensa critica, en primer lugar, que se encuentre acreditado que Juan García conducía ebrio.

En este sentido sostiene que el grado de alcoholización no pudo obtenerse, en tanto el dosaje arrojó resultado negativo, pues se realizó varias horas después de producirse el hecho.

A pesar de ello, el juez consideró acreditado la conducción bajo los efectos del alcohol a partir de las declaraciones de testigos y la del propio acusado.

Entre los testigos, en particular, cabe mencionar a Víctor Hugo Tolaba quien manifestó que luego de embestir a la víctima, el imputado frenó y descendió del vehículo, pudiendo observar que «estaba re en pedo» porque tambaleaba y decía «qué hice, que hice» para luego salir corriendo hacia la finca Espert.

Del mismo modo se refirió a esta circunstancia Víctor Oscar Márquez Cruz quien mencionó que al momento del accidente advirtió que García estaba borracho, aunque consciente de lo que había hecho.

Asimismo, Miguel Ángel Márquez Cruz relató que el día del hecho, entre la tarde y la noche, llegó García con su vehículo y le dijo que venía de una fiesta o comedor libre donde había estado tomando. Que se tomaron dos cervezas y entró a buscar una tercera, pero notó que García ya no estaba.

Que a continuación escuchó un ruido muy fuerte, como una explosión y a los minutos ingresó García sin tocar la puerta y gritó «...la maté, la maté a la Lucero».

Agregó que cuando estaban tomando la primera cerveza le advirtió a García que tuviera cuidado porque «...ya estaba re tomado, ya venía tomando de antes y que tuviera cuidado porque se iba a mandar una cagada manejando» (véanse los fundamentos, p. 5).

Por su parte, el propio Juan García Torres al declarar afirmó que al momento del hecho estaba un poco ebrio, pues había tomado dos cervezas (fs. 131/132, expte. digital).

De este modo, es posible tener por acreditado que el acusado conducía ebrio al momento del hecho, aunque no determinar el específico grado de alcoholización que padecía.

En consecuencia, si bien la prueba no alcanza para tener por probado el umbral exigido por el segundo párrafo del art. 84 bis CP, que exige que el contenido de alcohol en sangre sea mayor a 1 gr/l y, por lo tanto, no es posible agravar el homicidio imprudente, al menos, a partir del grado de alcoholización con el que se desplazaba el acusado; el juez en ningún momento afirmó lo contrario.

Ahora bien, lo que sí se encontró acreditado el juez es la fuga del acusado del lugar de los hechos y, en este sentido, debidamente consideró que dicha circunstancia agravaba el hecho conforme el segundo párrafo del art. 84 bis CP.

Es que la actitud posterior del acusado, inmediatamente atropellada la víctima, fue la de continuar su marcha por el carril derecho para luego detenerse a unos ochenta metros de distancia aproximadamente,

descender del vehículo y abandonar el lugar en dirección a una finca aledaña.

En este sentido, el juez de la instancia anterior valoró lo declarado por Víctor Hugo Tolaba Ceballos quien afirmó que el día del hecho se quedó observando cuando su hijo –Víctor Hugo Tolaba– y Lucero Demaris Márquez se dirigían hacia la casa que alquilaban y, en un momento, apareció un auto detrás de ellos que circulaba por el carril contrario.

Luego, escuchó un ruido muy fuerte y vio algo que saltó hacia arriba del auto. Posteriormente, oyó que su hijo pedía auxilio, por lo que corrió hacia el lugar, donde advirtió que el vehículo se había detenido y, del mismo, descendió García a quien insultó y este respondió «¿Qué, la maté?», para luego alejarse del lugar (p. 5 de los fundamentos).

Y, del mismo modo que el acusado reconoció la conducción bajo los efectos del alcohol, también lo hizo con el haber abandonado el lugar del hecho, aunque intentó justificar su comportamiento explicando que los familiares de la víctima pretendían agredirlo.

Este es el argumento que reitera la defensa en esta instancia, es decir, que su defendido no tuvo otra opción que escaparse del lugar para salvaguardar su integridad física.

Sin embargo, no existe elemento alguno que habilite a pensar en este sentido. Por un lado, en el desgrabado del CEO no se hace mención alguna a esta circunstancia, por el contrario, se deja constancia que la novedad habría ingresado al 911 el día 29 de diciembre de 2019 a las 22:45 hs. y que el conductor del vehículo se habría dado a la fuga (fs. 100/104).

Por otra parte, según se desprende del acta de procedimiento de fs. 30, la aprehensión del acusado se produjo el día 30 de diciembre de 2019, a las 7:45 hs., luego de tareas de rastillaje, patrullajes esporádicos y puestos fijos en las inmediaciones de su domicilio, es decir, nueve horas después de ocurrido el hecho. Finalmente, el juez agregó que «de ser cierto que el imputado fue agredido por familiares de la víctima, podría haber acudido a las autoridades policiales (personal o telefónicamente). Sin embargo, optó por alejarse del sitio y ocultarse hasta ser finalmente aprehendido» (p. 6 de los fundamentos).

En suma, el juez ha fundamentado suficientemente las razones por las que consideró que el acusado se había dado a la fuga inmediatamente producido el hecho, configurándose –a diferencia de lo que sucede con el grado de alcoholización– una de las circunstancias que agravan el homicidio imprudente ejecutado por la conducción de un vehículo automotor, el darse a la fuga inmediatamente producido el hecho.

La defensa continúa y pone en duda que el autor condujera sin luces y que hubiera invadido el carril izquierdo. La defensa reitera su toma de postura al momento de alegar y explica que el acusado se quedó sin luces con base en un problema eléctrico que habría afectado al rodado momentos antes del hecho; un problema vinculado con el equipo de sonido, comúnmente denominado estéreo.

Este problema no solo habría dejado sin las luces reglamentarias al vehículo que conducía Juan García, sino que al intentar solucionarlo le habría provocado la pérdida del dominio del coche hacia el carril contrario. Como es fácil advertir, la versión defensiva no puede ser tomada en serio, en tanto a la insólita situación que se propone como explicación de los hechos se suma que no se encuentra asentada en ningún elemento de prueba, pues no se verificó defecto alguno en el sistema eléctrico del rodado. Por el contrario, el informe de Policía Científica de fs. 146/158 indica que el sistema lumínico del automóvil funciona correctamente.

Dicho esto, considero acreditada la materialidad del hecho que se cobró la vida de una víctima por la

conducción imprudente de un vehículo automotor, agravada por la fuga del lugar de los hechos. Así, el temperamento del juez expresado en la segunda cuestión de la sentencia puesta en tela de juicio, es decir, la calificación dada a los hechos probados, debe igualmente confirmarse.

En este sentido, el juez sentenciante dijo que: «Llegado a este punto, puede afirmarse que la conducta del encartado encuentra adecuación en las previsiones del art. 84 bis del Código Penal, es decir, la de autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado, toda vez que mediante la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor causó la muerte de una persona para luego darse a la fuga. En el caso, como ha quedado explicitado precedentemente, la conducción fue antirreglamentaria por cuanto el imputado conducía con las luces apagadas, por el carril contrario de circulación (contramano) y sin habilitación para conducir».

A ello, agregó que «[l]a circunstancia agravante consiste en haberse dado a la fuga, abandonado a la víctima luego del atropello sin intentar brindarle asistencia, tal como fue expuesto y tratado en la primera cuestión» (p. 8 de los fundamentos).

Finalmente, tampoco existe una crítica que haga desvirtuar el razonamiento del juez en relación con la pena impuesta al acusado. Esto, por cuanto aquélla se basa en los estándares que se derivan de los arts. 40 y 41 CP, los cuales fueron ponderados a la luz de la escala penal derivada de lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 84 bis CP, la cual oscila entre los tres y los seis años de prisión e inhabilitación especial de cinco a diez años.

En este sentido, el juez para imponer la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por diez años consideró como circunstancias atenuantes la situación socio-económica del acusado y el escaso nivel de educación formal.

Por el contrario, ponderó como circunstancias agravantes, que lo llevaron a alejarse seis meses del mínimo de la escala penal, consideró la edad y madurez del acusado, lo cual debió haberlo hecho atenerse de una manera más ceñida a las normas de tránsito.

A su vez, estimó que las numerosas campañas publicitarias y programas de prevención dirigidos a la ciudadanía en relación con la necesidad de conducir de manera segura hacían accesibles aquellas normas y, por ende, podía motivarse en ellas.

Por último, valoró que el acusado es una persona cuyo domicilio está situado en las cercanías del sitio donde ocurrió el hecho, de manera que no podía equivocarse respecto del riesgo que creaba al conducir del modo en que lo hizo.

Respecto de las características del injusto, el juez estimó que se trataba de un hecho grave, pues debido a la entidad del riesgo creado podría haber causado más víctimas.

Por su lado, en relación con la víctima fatal, consideró que se trataba de una mujer joven, madre de un niño de corta edad que, al igual que su pareja, fueron testigos presenciales del luctuoso hecho. La defensa reitera en esta instancia el argumento de la pena natural, ya que Juan García tendría un antiguo parentesco político con la víctima.

Sin embargo, este argumento – reiteración de lo expresado al momento de alegar– fue refutado correctamente por el juez al advertir que no se presentan en la presente causa circunstancias compatibles con la existencia de una **poena naturalis** por parte del acusado «toda vez que no se encuentra de ningún modo acreditado que haya experimentado daño grave alguno en su persona a consecuencia del hecho»

(p. 9 de los fundamentos).

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Alberto García Torres y convalidar la sentencia condenatoria n° 1.872 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.).

19- PACO IBAÑEZ. 24-08-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230824_FcPIR.pdf

Lex: Art. 79, 89 y 54 del CP. Art. 42 inc. b, 44, 52 inc. 7, 14, 32, 39 y 60 de la Ley 9024. Art. 149 de la Constitución de Mendoza.

Vox: Homicidio simple. Dolo eventual. Lesiones leves. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Teoría de la representación. Culpa. Alcohol. Tránsito. Principio de culpabilidad. Humor social. Riesgo de imprudencia. Riesgo de dolo. Peligro creado. Imputación del resultado. Riesgo permitido. Principio de confianza. Prohibición de regreso. Propio riesgo de la víctima -sin casco-. Conocimiento. Voluntad. Nulidad. Nuevo juicio.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años por encontrarlo autor culpable y responsable del delito homicidio simple con dolo eventual (tres hechos) y lesiones leves con dolo eventual, todo en concurso ideal (arts. 79, 89 y 54, todos del CP).

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa y anular la sentencia n° 2084, originaria del TPC N° 2 -1° CJ, remitiendo las presentes actuaciones al TPC para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine un nuevo tribunal para la realización de un nuevo juicio.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2084, pronunciada por el TPC N° 2° - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Caccia. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMG.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Colaiacovo. 19-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210419_FcColaiacovo.pdf
- Barrionuevo Tarragona. 13-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Sanhueza. 09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf

Precedentes relacionados

Homicidio Culposo. Art. 84 del CP.

- Difabio Giaroli. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=279>
- Gattas Lozano. 03-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=325>
- Lioy Bongiovanni. 12-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=344>
- Tonetto Manzano. 20-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=292>
- Aspiazu. 30-04-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=296>
- Maldonado. 29-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=331>
- Bertani Tejeiro. 24-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=318>
- Darre Pauloni. 22-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=302>

- Barrientos Revello. 04-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=293>
- Guevara. 06-08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=295>
- Pont Lezica Pareja. 06-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=396>
- Guzmán Zalazar. 28-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=519>
- Arrieta Hugo y ot. 17-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=515>
- Guajardo y ot. 03-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=511>
- Gonzalez Muñoz: 03-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=800>
- Sosa Julio. 13-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=924>
- Zanni. 28-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=926>
- Miranda, Caccia y ot. 28-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=941>

Doctrina citada

PUPE. «El sistema de imputación objetiva», InDret 1/21

ROXIN. Léase Roxin-Greco, Strafrecht AT, 2020, §§ 11/68 ss.

NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48

Parágrafos destacados

“...si bien se demostró la existencia una grave infracción del deber objetivo de cuidado de cualquier persona que participa del tránsito vehicular -y es esta infracción cometida por el acusado la que explica las muertes y las lesiones de las víctimas-, no se explicó de manera acabada si esta infracción fue típica de un homicidio doloso o imprudente, cuestión que amerita su nulidad....” Dr. Palermo.

“...Como se explicó acabadamente en «Sanhueza» y «Quiroga Morales» comparto la posición normativa sostenida por la doctrina que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción»...” Dr. Valerio.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06876006-7/1((018602-4993)) FC/ PACO IBAÑEZ, RUBÉN GABRIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106124881*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06876006-7/1, caratulada "F. C/ PACO IBAÑEZ, RUBÉN GABRIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

La defensa técnica de Gabriel Rubén Paco Ibáñez interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2084 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de dieciséis años de prisión con más la de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años.

Ello, por encontrarlo autor culpable y responsable del delito homicidio simple con dolo eventual (tres hechos) y lesiones leves con dolo eventual, todo en concurso ideal (arts. 79, 89 y 54, todos del CP) en los autos n° T-4.993/20.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado el hecho contenido en la pieza acusatoria, según el cual «[e]l día diecinueve de octubre de dos mil veinte (19-10-2020), siendo las veinte quince horas, aproximadamente (20:15), el ciudadano PACO IBAÑEZ, Gabriel Rubén, conducía el vehículo marca Peugeot, modelo 206, dominio FBX-660, luego de estar ingiriendo bebidas alcohólicas aproximadamente desde las quince treinta horas (15:30) de la tarde, junto a su amigo Jorge Orlando Cruz, a quién habría pasado a buscar conduciendo el automotor de referencia por la Finca Lobello. Al encontrarse compraron cuatro cervezas, fueron al Barrio Los Andes, donde habrían tomado una cerveza y después habrían estado bebiendo sobre Ruta N° 40 del Departamento de San Carlos, Mendoza. Avanzada la tarde, cuando Paco llevaba a Cruz a su domicilio, sito en Finca Cáceres, del Distrito de Chacón, alrededor de las veinte horas (20:00), Cruz le habría pedido la llave del auto para conducir, presuntamente por precaución y por miedo a que lo vecinos llamaran a la Policía, considerando que Paco Ibáñez no estaba en condiciones de conducir, en razón del estado de alcoholización por cuanto balbuceaba».

«Seguidamente y luego de esta tácita advertencia, Paco Ibáñez tomando conocimiento de la situación, cede el manejo del vehículo a Cruz, para alejarse del domicilio de Cruz, quien continuó conduciendo el auto hasta la Ruta 40 Vieja y los semáforos de Chacón, lugar donde se separan aproximadamente a las veinte horas. Luego de ello, el ciudadano Paco Ibáñez tomó nuevamente el mando de su vehículo, cuando se dirigía por calle San Martín (Ruta 40 Vieja) de Eugenio Bustos, San Carlos, en dirección Norte a Sur antes de llegar a la altura de calle 15 del Barrio Los Anhelos de San Carlos, embistió violentamente con la parte frontal del vehículo y desde atrás a cuatro bicicletas que se dirigían en la misma dirección sobre el carril

oeste de dicha arteria, los que eran conducidos por las víctimas Mariana Daniela SALINAS TORRES, Romina Alexandra LAZCANO ARANCIBIA, la niña Luana LAZCANO de seis años de edad, y el niño Bautista Mateo SALINAS de once (11) años de edad. Producto del impacto Mariana Salinas, Romina Lazcano y su hija Luana, fallecieron en el lugar del hecho. Mientras que el menor Bautista Salinas resultó con Lesiones Leves». «Se observaría a partir del adelanto de Policía Científica que el conductor no habría realizado ninguna conducta evasiva en tanto, no existen indicios que así lo indiquen, como huellas de frenada o derrape y que luego del impacto múltiple despidió a las víctimas varios metros, quedando las dos adultas sobre la carpeta asfáltica, mientras que la niña termina dentro de un zanjón ubicado sobre el costado oeste de la arteria, continuando el conductor su marcha con uno de los bicicletas enganchado en la parte frontal izquierda del vehículo, sin desistir de su accionar.

A continuación el ciudadano PACO IBAÑEZ, Rubén Gabriel, evidenciando un adecuado sentido de ubicación, se dio a la fuga, dado que se baja del vehículo y se habría retirado del lugar, corriendo por entre unas propiedades rurales ubicadas en el costado este de la arteria, para luego dirigirse a su domicilio, lugar donde logra ser individualizado momentos después, a partir de los datos aportados por un testigo, produciéndose su aprehensión con posterioridad cuando Personal Policial localiza el domicilio del nombrado ubicado en el Distrito de Tres Esquinas».

«Se apreció a partir de la conducta desarrollada por el sospechado que habría tenido conocimiento suficiente de la situación y del resultado dañoso que podría producir, sin importarle las consecuencias, y que habría preordenado su conducta conduciendo a alta velocidad su vehículo por una zona poblada, por la cual habitualmente circulan ciclistas, con más de dos gramos de alcohol en sangre, no habiendo realizado nunca una conducta evitatoria, resultándole absolutamente indiferente el resultado atentatorio de la vida de las víctimas, evidenciando un conocimiento suficiente del riesgo en exceso creado».

«Así, considerando que la arteria donde tuvo lugar el hecho se trata de una recta, en la cual no existe arboleda, vegetación u otros factores permanentes u ocasionales que afectaran la visibilidad en tanto todavía estaba claro, que es una vía con luminaria artificial en buen estado, que las víctimas circulaban por el carril correspondiente a su derecha, que el estado de la calzada era óptimo, el modo de conducción del sindicado y el resultado producido, darían lugar a sostener que el nombrado obró con conocimiento suficiente y no obstante desarrolló una conducta lesiva que produjo la muerte de tres personas».

«Al conocimiento concreto con que contaba el sujeto, se suma que el nombrado cuenta con antecedentes en material vial por haber protagonizado accidentes en estado de alcoholización y antirreglamentaria, lo que contribuye a afirmar que el sujeto se condujo con absoluto desprecio al resultado, en tanto sabía previamente cuáles eran las consecuencias de manejar alcoholizado y no le interesó. Lo expuesto demostraría el grado de comprensión en el desarrollo de su acción, con sentido de ubicación en tiempo y espacio, adoptando conductas evasivas de las consecuencias de sus actos, al abandonar el lugar, lo que denota el desprecio por las consecuencias de sus actos».

«Así, se establece que la previsión de las consecuencias letales, derivarían, no sólo del conocimiento evidenciado en el caso concreto, sino también de los antecedentes que registra el sindicado. A saber: R-18243 del 16-10-2017 de Unidad Resol. Vial Valle de Uco, por cruzar semáforo en rojo, sin licencia de conducir, sin seguro obligatorio, sin cédula de identificación, sin placa dominio del rodado, sin casco de seguridad colocado el acompañante y no acatar la indicación policial de detenerse y darse a la fuga en motocicleta de 200 cc., R867618 o acta vial del 29-5-2018 de Unidad de Resoluciones Viales Valle de Uco por conducir furgón Mercedes Benz tipo trafico, dominio BRH-471, sin licencia de conducir, sin cédula de identificación y seguro obligatorio. Proceso Vial nº 460/18 o acta vial del 12-02-2018 de Unidad Resol.

Viales Valle de Uco, por accidente vial ocurrido ese día a las 16:50hs. por girar en el Carril Nacional y calle Urzúa de San Carlos, resultando responsable y aún no ha sido notificado tal veredicto. Proceso Vial Nº 75/19 del 03/02/2019 de Unidad de Resol. Viales Valle de Uco, por accidente vial ocurrido ese día a las 20:00 hs. en calle Lencinas y San Martín de San Carlos, resultando responsable del hecho y conducir bajo los efectos del alcohol (02,35 g/l), encontrándose notificado de la resolución». «En efecto los antecedentes en referencia al accionar en el caso concreto no sólo hacen a la conducta debida al derecho penal de autor, sino como antecedente o conocimiento previo en las condiciones de conducir que en concreto hacen al dolo eventual con el que obró el sujeto. Así se produce el resultado; muerte de las tres personas referidas, por las lesiones que se describen a continuación y corresponden al adelanto del informe de necropsia».

«Romina Alexandra LAZCANO ARANCIBIA “presentaba al examen externo numerosas excoriaciones distribuidas sobre toda la superficie corporal. Al examen interno; fractura temporal bilateral y occipital hasta la base de cráneo, fractura de la silla turca y fractura de alas mayores de ambos esfenoides. Presentaba contusión pulmonar izquierda con fractura de arco costal posterior izquierdo desde arco costal 1º a 8º. Causa de muerte: Politraumatismo por accidente vial».

«Luana LAZCANO presentaba al examen externo numerosas excoriaciones y equimosis distribuidas en toda la superficie corporal. Al examen interno, fractura parietal y temporal derecha con exposición de masa encefálica, fractura de silla turca y fractura de ala mayor del esfenoides derecho. Se observó fractura supracondilea de fémur derecho y fractura de cadera derecha. Causa de muerte; Politraumatismo por accidente vial». «Mariana Daniela SALINAS TORRES, presentaba numerosas excoriaciones, equimosis y heridas distribuidas en toda la superficie corporal. Al examen interno: fractura bilateral de húmero, fractura de tibia y peroné derecha, fractura de pelvis, fractura de C1 y C2. Causa de Muerte: Politraumatismo por accidente vial».

«Bautista Mateo SALINAS presentaba equimosis de 3 cm. Por 3 cm. En tercio medio cara posterior brazo derecho, color violeta. Herida contuso – excoriativa, excoriación de 1 cm., sobre hematoma de 3 cm. Por 2 cm. En dorso mano izquierda color violeta. Equimosis de 3 cm. de diámetro en región escapular izquierda color violeta. Herida contuso excoriativa por arrastre que compromete cara lateral de hemitórax y abdomen derecho color violeta. Herida contuso excoriativa, excoriación de 2 cm. Sobre hematoma de 8 cm. Por 4 cm. En cara lateral externa muslo derecho. Excoriación de 8 cm. Por 4 cm. En cara lateral externa muslo derecho. Excoriación de 8 cm. Por 5 cm. En cara lateral externa de pierna derecha. Equimosis de 3 cm. En rodilla derecha, color violeta, excoriación lineal de 2 cm. En tercio inferior cara posterior muslo derecho. Herida contuso excoriativa en maléolo externo tobillo derecho, 2 equimosis de 2 cm. de diámetro y de 4 cm. por 2 cm., en cara lateral interna de rodilla izquierda color violeta. Equimosis de 8 cm. por 2 cm. en cara posterior de muslo izquierdo. Excoriación lineal de 4 cm., por 2 cm., en tercio superior de cara posterior de pierna izquierda». «En cuanto a la conducción del sospechado se ha apartado de las disposiciones de la Ley de Tránsito 9.024 en los arts. 42 inc. b, 52 inc. 7, 14, 32, 39 y 60 de la Ley de Tránsito 9024 de la Provincia de Mendoza; art. 42: Los conductores deben; ... b) En la vía pública, circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra debe advertirla previamente y realizarla con precaución siempre que no cree riesgos ni afecte la fluidez del tránsito. Utilizar únicamente la calzada sobre la derecha y en el sentido señalado, respetando las vías o carriles exclusivos y los horarios de tránsito establecidos. Art. 52 PROHIBICIONES. Art. 59 REGLAS DE VELOCIDAD. El conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del

tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así deberá abandonar la vía o detener la marcha”» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento e inspección ocular; el croquis ilustrativo; el informe de Policía Científica; el informe de evaluación física del Cuerpo Médico Forense y las declaraciones de los policías actuantes, entre el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de Paco Ibáñez interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento.

En concreto, y relacionado con la **valoración de la prueba** por parte del tribunal de la instancia previa, refiere que:

a.- El tribunal no habría valorado correctamente una serie de pruebas a la luz de la **teoría débil de la representación**, marco teórico elegido por la jueza sentenciante. En particular, la defensa hace referencia a la conducción del rodado con alcohol en sangre, a la velocidad a la que se desplazaba al momento del siniestro, la pérdida del dominio del vehículo y a lo que sería una ausencia de maniobras de frenado y esquivar.

b.- El fallo también es objeto de crítica en relación con el valor dado al hecho de que las víctimas no llevaban casco de seguridad y las bicicletas no contaban con luces blancas y rojas instaladas, de acuerdo con lo prescripto por la ley de tránsito. Las víctimas murieron por traumatismos de cráneo, por lo que este hecho debió ser considerado al momento de resolver la imputación del resultado al acusado.

c.- No se habría acreditado el dolo de homicidio en el acusado, en tanto intención de cometer este delito. Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que:

d.- Los hechos habrían sido incorrectamente calificados, pues no se trataría de un comportamiento doloso –triple homicidio simple y lesiones leves dolosas–, sino de uno **culposo** –triple homicidio imprudente calificado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor y por ser más de una las víctimas fatales y lesiones imprudentes–.

e.- Subsidiariamente, critica la pena impuesta. Sostiene que, aun en el marco de la calificación dada a los hechos, la respuesta punitiva sería desproporcionada en relación con el injusto. En esta línea, pone de relieve que la pena debió ser impuesta sobre el mínimo de la escala penal (ocho años).

Por lo expuesto, solicita que case la sentencia y se ordene el cambio de calificación a los hechos atribuidos en autos. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Argumenta, en esta línea, que la defensa analiza en forma aislada e inconexa la prueba obrante en autos, perdiendo de vista la visión de conjunto que fundamenta el temperamento del tribunal de la instancia anterior.

En concreto, refuta el punto de vista defensivo en relación con la crítica a la sentencia, la cual considera precisa en relación con las teorías que tratan la cuestión del dolo eventual.

Agrega que el acusado llevó a cabo conductas peligrosas calificadas por la ley de tránsito como infracciones graves y gravísimas que se cobraron la vida de tres personas y lesionaron a otra.

Le resta importancia al alcoholismo crónico del acusado referido por la defensa y pone de relieve que con posterioridad al siniestro el acusado se fugó del lugar del hecho.

Por último, en relación con la pena impuesta, explica que ella se encuentra debidamente fundada con base en las condiciones objetivas de las acciones desplegadas y las condiciones subjetivas del acusado, todo de acuerdo con los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Paco Ibáñez considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar a la impugnación.

En efecto, tal como sostuve en el **precedente «Caccia»**, casos de la índole del analizado presentan importantes dificultades técnicas, a las que se suman consecuencias graves y dolorosas que conmueven tanto a los familiares de las víctimas como a la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, esta dimensión emocional que presenta la causa que, como ya he señalado me atraviesa también en lo personal, no puede determinar la solución del caso desde el punto de vista jurídico.

El enorme dolor que genera que las víctimas fatales de este hecho sean dos mujeres jóvenes y una niña de seis años, y que otro niño haya sido lesionado, no implica que deba calificarse el hecho necesariamente como doloso si no se han explicado correctamente las razones que subyacen a tal conclusión.

En otras palabras, las consecuencias irremediablemente trágicas del hecho cometido por Paco Ibáñez, «no pueden constituirse en la razón para legitimar una manipulación del principio de culpabilidad sobre la base del cual se asienta nuestro sistema constitucional de atribución de responsabilidad penal.

En un Estado democrático de Derecho, también se “afianza la justicia” cuando el caso traído a juicio se resuelve con autonomía y objetividad, esto es, de acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y no según lo que eventualmente pueda ser interpretado por el juez o la jueza como aquello que demanda el «clamor popular» o el “humor social”. Una sociedad democráticamente organizada está obligada a garantizar esta independencia del Poder Judicial. Si la justicia carece de esas condiciones constitucionales, no hay República ni Estado de Derecho posibles» (**véase «Caccia»**).

Sobre la base de estas consideraciones, y en función de los agravios expuestos en su recurso por la defensa, me ocuparé en primer lugar de los problemas vinculados con la valoración de la prueba (a), luego de los relativos a la tipicidad subjetiva (b) para, finalmente, concluir (c).

a.- Consideraciones sobre los cuestionamientos de la defensa vinculados con la valoración de la prueba

Respecto de esta primera cuestión, la defensa realiza un cuestionamiento doble. Por un lado, sostiene que Paco Ibáñez no creó un peligro de dolo, sino que su comportamiento fue imprudente (punto a.1). En este sentido, la valoración errada de la prueba, según la defensa, condujo en error a la jueza a la conclusión que ahora se critica.

Por otro lado, la defensa critica que no se considerara, en el nivel de la imputación del resultado, el hecho de que las víctimas se desplazaran en infracción a la ley de tránsito (punto a.2).

a.1.- El peligro creado por el autor

Quien conduce gravemente alcoholizado en horas de la noche lleva a cabo un comportamiento muy peligroso. En el caso del acusado, los resultados fueron fatales para tres de las víctimas y lesivo para la cuarta, sumado al hecho de que inmediatamente producido el siniestro se dio a la fuga.

Para la jueza sentenciante, Paco Ibáñez generó un riesgo para la vida e integridad de las víctimas «extremadamente grave» y, para alcanzar tal conclusión, se basó en una serie de factores cuya valoración constituye el objeto del primer agravio de la defensa.

Estos factores fueron: la conducción del rodado con alcohol en sangre, la velocidad a la que se desplazaba al momento del siniestro, la pérdida del dominio del vehículo y lo que sería una ausencia de maniobras de

frenado y esquivé.

Bien, respecto a este cúmulo de cuestiones, coincido en términos generales con el temperamento de la jueza sentenciante en relación con su relevancia en tanto factores de riesgo y sus características específicas.

Sin embargo, en la sentencia no se explica cómo repercuten en la calificación de los hechos, tema sobre el que entraré al momento de analizar la **tipicidad subjetiva del comportamiento del acusado**.

Paco Ibáñez conducía la noche del siniestro con 2.75 g/l. de sangre cuando colisionó con las bicicletas en las que se desplazaban las víctimas.

Entiendo que la conclusión de que el acusado no llevó a cabo maniobras evasivas –en contra de lo afirmado por el recurrente– se encuentra debidamente fundada, pues no se advirtieron en el lugar huellas de frenadas previas o posteriores al siniestro vial (véase, fundamentos, p. 15).

Tampoco le asiste razón a la defensa cuando pone en duda que se haya determinado la velocidad a la que se desplazaba el rodado, velocidad calificada por la jueza como superior a la precautoria.

Como ya he desarrollado en otras oportunidades –véase por todos «**Caccia**»–, la velocidad de circulación segura es aquella que la ley denomina «precautoria» y que permite tener «siempre total dominio de su vehículo» (art. 59 de la ley 9.024) y ella puede ser distinta (menor) que la velocidad máxima, conforme las circunstancias en las que se desarrolle la conducción del rodado.

Conforme la prueba valorada por la jueza, a saber, los cálculos realizados por Policía Científica, las explicaciones vertidas por el personal de esa dependencia en sede de debate –en particular las de Rodrigo Reuvers, Héctor Arce y Fernando Zalazar– surge claro que la velocidad a la que se desplazaba el acusado era superior a la precautoria.

Respecto al análisis de estos exámenes y declaraciones me remito a lo puntualizado por la jueza a fs. 15 y ss., ello en tanto la defensa no las ha contrastado en detalle, limitándose a realizar una crítica genérica y, por tanto, inaprehensible en esta instancia de casación.

Sin embargo, me interesa poner de relieve que Rodrigo Reuvers, explicó que, con base en las posiciones finales de los cadáveres, las abrasiones y la ausencia de huellas de frenado, la velocidad orientativa –con base en el método Searle– fue de 80.69 y 103 km/h, mientras que, si se tuviera en cuenta la abrasión de la bicicleta en momentos previos a la colisión, los números arrojados serían de 78.68 y 96.16 km/h. Por su parte, las conclusiones alcanzadas por el perito de control, licenciado Olguín, a partir de los elementos de prueba incorporados a la causa, fueron similares (véase, fundamentos, p. 18).

De este modo, estimo que no puede considerarse de ningún modo que el acusado se desplazase a una velocidad precautoria, la cual, dadas las características de la ruta y su estado alcohólico permiten descartar cualquier margen de error en relación con las conclusiones del tribunal de juicio.

Estas conclusiones son validadas, a su vez, por los testigos que advirtieron la marcha del acusado momentos antes del siniestro, entre ellos, las declaraciones de Florencia Caballero, María Andrada y Rita Lescano.

En términos generales, las testigos coincidieron en la alta velocidad a la que se desplazaba Paco Ibáñez, que no escucharon ruido de frenos y que antes del impacto el automóvil zigzagueaba y levantaba tierra.

Las conclusiones alcanzadas por la jueza de la instancia previa en este punto se encuentran debidamente apoyadas en las constancias de la causa: «La mecánica del accidente descrita por cada una de éstas personas, quienes de manera directa lo vivenciaron, refleja el proceder antirreglamentario con el que se conducía Paco Ibáñez, al momento del hecho. Transitaba en una zona urbana, con gente que iba y venía, en las cercanías del centro de Eugenio Bustos (aproximadamente a 500 metros), a cargo de un rodado que,

aún en perfectas condiciones, éste no tuvo posibilidad de dominar, embistiendo sin más a las víctimas de autos» (véase, fundamentos p. 20).

En suma, en esta primera aproximación al comportamiento del autor, me interesa validar las conclusiones de la jueza sentenciante en relación con la existencia de **una conducción que excedió el riesgo permitido en el tráfico vial**. Sin embargo, la jueza no ha conseguido explicar satisfactoriamente –y por ello entiendo que corresponde su anulación– su concreto significado en relación con su impacto en el tipo subjetivo del delito de homicidio, a saber, si debe considerarse imprudente o doloso, cuestión que a mi entender permanece abierta.

a.2.- La imputación del resultado

Como es sabido, en el tratamiento de la imputación objetiva se distinguen dos ámbitos de cuestiones. En la primera se trata de separar el comportamiento prohibido del comportamiento permitido –aquí corresponde tratar el **riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo de la víctima**–.

Pero la determinación de que se llevó a cabo un comportamiento prohibido **no prejuzga que el resultado acaecido es la concreción del comportamiento prohibido**. Acaso aquel puede haber tenido lugar con ocasión del mismo, siendo, por demás fortuito.

Es en este segundo ámbito de cuestiones a tratar en la imputación objetiva en el que se ubica la siguiente objeción defensiva.

Se encuentra probado que las víctimas se desplazaban sin cascos, sin luces traseras (art. 44, ley 9024) y distribuidas por la calzada en forma de racimo. A su vez, también se ha acreditado con base en la necropsia que los decesos se produjeron por politraumatismos graves, en particular de cráneo y no por shocks hipovolémicos.

Dicho de manera más llana, fallecieron por golpes en la cabeza y no producto de la pérdida de sangre, acaso por la ruptura de una arteria principal (véase, punto IV de los fundamentos, pp. 27 y ss.).

A raíz de ello, la defensa critica que estos extremos del hecho que constituirían un comportamiento descuidado de las víctimas no hayan encontrado un lugar en la sentencia. Esta objeción es acertada.

Pero esto no implica que no puedan atribuírsele los resultados fatales o las lesiones como la obra del acusado, ello en tanto de la prueba obrante en la causa surge el **nexo de riesgo (Roxin) o requisito de la continuidad (Puppe) o la causalidad de la infracción del deber de cuidado (Tribunal Supremo Alemán)**.

Dicho con otras palabras, el resultado puede atribuírsele al autor como su obra, pues las propiedades que hacen peligrosa a la conducta se presentaron como elementos necesarios del curso causal que condujo al resultado.

La doctrina –léase Roxin-Greco, Strafrecht AT, 2020, §§ 11/68 ss.; Puppe, «El sistema de imputación objetiva», InDret 1/21; entre otros– sostiene que corresponde excluir la imputación del resultado cuando este no está cubierto por el **fin de protección de la norma de cuidado**. Sin embargo, este no es el presente caso, en el que el autor superó el riesgo permitido –tal como explicamos en el punto anterior– y, por ello, se produjeron las afectaciones a la vida e integridad física de las víctimas.

Dicho de otro modo, el estado de cosas ilícito que busca evitar la **norma de cuidado (ex ante)** explica la **lesión al bien jurídico (ex post)**.

Pero si se verificó que la observancia del deber de cuidado era idónea para evitar el daño que experimentó el bien jurídico, entonces debemos preguntarnos cómo debió valorar la jueza el hecho de que las víctimas hubieran circulado sin casco y sin luces el día del siniestro.

Bien, la respuesta a este interrogante debió brindarse al momento de determinar la pena, pues se trata

de un problema de **menor culpabilidad basado en un injusto menor**, debido a que el suceso, en parte – una pequeña parte– se explica por el comportamiento descuidado de las víctimas.

La solución dogmática correcta, en consecuencia, a la luz de la prueba obrante en autos, debió ser considerar estos extremos del hecho al momento de evaluar la drasticidad de la pena necesaria a los efectos de refutar el injusto del hecho.

Un injusto, en efecto, menor dado el comportamiento arriesgado de las víctimas al momento de circular por la calzada en aquellas condiciones.

Sin embargo, nada de ello ha sido considerado por la jueza sentenciante, evidenciándose así una falta de motivación que invalida la sentencia y me convence de que la solución correcta discurre por su anulación.

b.- Sobre los problemas del caso en el plano del tipo subjetivo

La defensa también pone en duda que se haya probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el comportamiento del acusado fuera doloso.

Respecto de este tema, entiendo que el criterio teórico asumido en el nivel del **tipo subjetivo** es una cuestión analíticamente previa al tratamiento de su prueba en el caso concreto.

Por ello, realizaré un tratamiento distintivo y sucesivo.

El desarrollo sucesivo continúa en la línea de mi postura en relación con las cuestiones planteadas en **«Caccia», «Quiroga Morales», «Colaiacovo» y «Barrionuevo Tarragona»**.

b.1.- El criterio del tribunal de juicio

Analizadas las constancias obrantes en la causa, considero que en la sentencia puesta en crisis no se han dado razones contundentes que permitan tener por acreditada una probabilidad objetiva lo suficientemente alta como para considerar que el peligro creado por el autor fue un peligro de dolo. Dicho de otro modo, esta cuestión permanece abierta y por ende, infundada.

El tribunal de la instancia previa, a mi modo de ver acierta cuando sostiene que la distinción entre dolo e imprudencia **no es un problema reducible a la subjetividad del autor**, sino que depende de **una cuestión directamente relacionada con el tipo objetivo en tanto creación de riesgos prohibidos**.

Me remito sobre el tema a los precedentes en los que he desarrollado estos temas (véase mi voto en **«Quiroga Morales», «Colaiacovo», «Caccia»**).

En este sentido, el tribunal de juicio, correctamente sostuvo que **«basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta**, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer» (véase, fundamentos, p. 38).

Para sostener que el comportamiento desplegado por Paco Ibañez el día de los hechos fue típico de dolo, la jueza sentenciante se valió esencialmente de dos argumentos: el grado de alcoholemia que tenía Paco Ibañez y las condiciones de conducción, en tanto se desplazaba por una zona urbana y con buena visibilidad.

En este sentido, expresó: «[...] en el caso que nos ocupa, Paco Ibañez, con conocimiento de la situación en la que actuaba al momento del hecho, acreditado su grado de alcoholemia, produjo su desplazamiento ilegal al mando del rodado, con una notable falta en el mando de su rodado, rodado que se encontraba en perfectas condiciones de uso, en una zona altamente urbana y horas en las que tenía buena visibilidad, generó sin más una serie sucesiva de peligros de dolo. **Peligros que, por su calidad, conforme lo expresa Puppe “...son prototípicamente lesivos, de modo que la probabilidad de realización del tipo es muy alta”**» (véase, fundamentos, p. 40).

Si bien ambos extremos no están discutidos (supra) –y en la sentencia abundan referencias a mi criterio

expresado en el **precedente «Quiroga Morales»**, la ley de tránsito y alguna posición de la doctrina— su verificación no alcanza para sostener que el acusado el día de los hechos llevó a cabo un comportamiento doloso. Para llegar a tal juicio en el ámbito del tipo subjetivo es necesario realizar un análisis más profundo, el cual se encuentra ausente en la sentencia ahora analizada.

En efecto, en la sentencia se trasladan consideraciones teóricas a la causa —son numerosas las citas textuales de los precedentes citados— sin explicitar las razones que avalan la acogida favorable de la postura de la acusación.

Así, verifico saltos lógicos en el iter argumentativo del tribunal de la instancia anterior que me convencen de la tesitura defensiva en cuanto a la falta de fundamentación del fallo.

De este modo, la fundamentación de la sentencia oscila entre la contradicción con las premisas previamente asumidas y la omisión de considerar extremos esenciales para afirmar que estamos ante un comportamiento doloso —de acuerdo con el marco teórico asumido—.

b.2.- La correcta aplicación de un **criterio objetivista del dolo** al caso concreto

No reiteraré mi toma de postura sobre esta cuestión la cual, según entiendo, se encuentra suficientemente desarrollada en los precedentes ya referidos.

Según entiendo, la sentencia se encuentra, en este aspecto, infundada pues **no explica de qué modo los hechos probados generarían un peligro de dolo.**

Dicho de otro modo, no se articulan las consideraciones fácticas con las consideraciones jurídicas y se intenta completar esta laguna lógica con citas de doctrina y jurisprudencia.

Soy de la opinión de que estos saltos lógicos en la sentencia del tribunal sentenciante se deben a cuestiones que sobrepasan problemas de lógica formal o de argumentación jurídica y, en rigor, tienen que ver con una cuestión bastante más sencilla: la interpretación jurídico-penal de las infracciones viales llevadas a cabo por Paco Ibáñez.

No existen dudas de que la tarde del día diecinueve de octubre de 2020 Paco Ibáñez había ingerido bebidas alcohólicas y se encontraba bajo un grave estado de ebriedad. Esto aconsejaba al acusado que no tomase el volante hasta que se encontrase en un estado de lucidez que le permitiera conducir el vehículo de manera segura. No obstante, Paco Ibáñez condujo el rodado a una velocidad que se calcula fue entre los 80 y los 100 km/h, y con un estado de ebriedad de 2.75 g/l. Esta conducción terminó con los resultados fatales y las lesiones ya conocidas, sin embargo, por sí sola no constituye una buena razón jurídica para afirmar que Paco Ibáñez mató y lesionó dolosamente a las víctimas. Más aún cuando el alto grado de alcoholización del acusado al momento del hecho plantea problemas de imputabilidad que, si bien fueron descartados por la acusación pública, permanecen inexplorados en la sentencia del tribunal de juicio. Un extremo más del hecho —y no poco importante— que aparece desdibujado en la sentencia criticada.

Así, la imputabilidad del acusado, el conocimiento del peligro creado o, dado el caso, la remisión a momentos previos al hecho con base en posibles déficits de motivación jurídica no fueron analizados por el tribunal sentenciante en toda su amplitud.

De este modo, permanece abierta la pregunta sobre el **conocimiento del riesgo causado** y, por ende, la cuestión sobre si estamos ante un comportamiento doloso o imprudente.

En consecuencia, **probabilidad objetiva y conocimiento del riesgo no fueron suficientemente explicados en la instancia previa para sostener la imputación a título de dolo.**

Respecto de la primera, no se explicó debidamente por cuál razón el tribunal consideró que la conducción antirreglamentaria de Paco Ibáñez, el día de los hechos, debe considerarse una conducción propia del homicidio doloso.

En la sentencia no se determinó cuál debió ser la velocidad máxima, ni tampoco cuál debió ser la velocidad precautoria, limitándose la jueza únicamente a mencionar las previsiones del **art. 60 de la ley 9.024** (esta cuestión fue tratada en fundamentos, pp. 15/21).

Este extremo del hecho no puede omitirse sin más, pues de él podría depender la eventual aplicación de una circunstancia agravante o la necesidad de un mayor o menor reproche en el nivel de la culpabilidad. Dicho con otras palabras, surge claro que el autor se desplazaba a una velocidad que excedía la precautoria, por el alto grado de ebriedad que padecía, pero este umbral no fue determinado con precisión en ningún momento de la sentencia.

Así, el tribunal trabaja con un segmento abierto de valoración, sin considerar casos claros de **riesgos de imprudencia y casos claros de riesgo de dolo**. Finalmente, hay dos indicios que, en los casos en los que se discuten cuestiones de prueba e imputación en siniestros producidos en el ámbito del tráfico rodado, aparecen como una constante ajena al razonamiento de los tribunales y que, no puedo dejar de remarcar, tal como hice en «**Colaiacovo**» y «**Caccia**». Me refiero, por un lado, a que el hecho llevado a cabo por el acusado implica, además del riesgo de muerte para las víctimas, también un riesgo para sí mismo de una posible autolesión, lo que en Derecho penal se denomina «riesgo de pena natural» y es interpretado como un indicio de imprudencia.

Más allá de alcanzar una conclusión relativa a una imputación dolosa o imprudente, esta cuestión no puede ser omitida en el análisis. Y en esta sentencia el riesgo de pena natural ha sido un tópico omitido por la jueza sentenciante.

Por otro lado, el hecho de que las lesiones causadas al niño Bautista Salinas no hayan sido consideradas una tentativa de homicidio con dolo eventual, sino unas lesiones leves consumadas, da la pauta de que en el razonamiento de la jueza sobrevuela la idea de que falta dolo homicida en el comportamiento de Paco Ibáñez. Una contradicción que también me convence de la deficiente fundamentación de la sentencia.

En la misma línea de lo sostenido en «Caccia», resulta inexplicable que el mismo hecho sea calificado como homicidio doloso respecto a las víctimas que murieron y lesiones dolosas respecto a la víctima que resultó solo lesionada, pues si hay dolo homicida y el resultado muerte no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, para ser coherente con ese razonamiento, el hecho debió ser calificado como tentativa de homicidio también respecto a Bautista Salinas. Sobre esta cuestión es necesario brindar una mejor explicación.

b.3.- Cuestionamiento sobre la pena impuesta

Considerada contradictoria la sentencia en relación con el aspecto subjetivo del hecho, el cual considero insuficientemente fundamentado, el cuestionamiento sobre la pena impuesta deviene abstracto.

c.- Conclusión

El desarrollo precedente demuestra que si bien se demostró la existencia una grave infracción del deber objetivo de cuidado de cualquier persona que participa del tránsito vehicular -y es esta infracción cometida por el acusado la que explica las muertes y las lesiones de las víctimas-, no se explicó de manera acabada si esta infracción fue típica de un homicidio doloso o imprudente, cuestión que amerita su nulidad.

La gravedad de una infracción de los deberes de aseguramiento en el tráfico, tal como la que se le atribuye al acusado, no supone la verificación automática de una hipótesis de homicidio doloso, sino que esta debe ser explicada, actividad de argumentación que permanece ausente en la sentencia.

En función de las razones expuestas entiendo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso defensivo y anular la sentencia recurrida. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien comparto la solución a la que llega mi colega de Sala en relación con la primera cuestión propuesta al acuerdo, entiendo pertinente realizar una serie de consideraciones vinculadas, esencialmente, a dos cuestiones.

La primera, mucho más abstracta, vinculada con los criterios teóricos para calificar **el aspecto subjetivo** de un hecho en el ámbito de los delitos producidos con motivo u ocasión del tráfico vial.

La segunda, y con mayor y decisiva incidencia en la solución del caso, se encuentra entronizada en la evidente vinculación **de causa a efecto** que existe entre, por un lado, el razonamiento del tribunal de la instancia previa en el nivel de la aplicación del derecho, y, por otro, el incorrecto e ilógico tratamiento del hecho objeto del proceso.

Sobre lo primero, me interesa subrayar –véase, al respecto, las posiciones que asumí en los precedentes **«Caccia», «Sanhueza», «Quiroga Morales», «Colaiacovo» y «Barrionuevo Tarragona»**, entre otros– que, según el marco teórico más difundido, el dolo se compone de conocimiento y voluntad.

Por ende, la diferencia entre el dolo y la culpa ha de buscarse en los factores intelectuales (lo representado) y los factores volitivos (lo querido). Por ello, soy de la opinión de que el **dolo consiste en conocer y querer** la realización del tipo penal. De este modo, es indispensable para la conformación del dolo el **componente volitivo**.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde principios del siglo XIX– resultando indiferente que este último fuera contemplado como un elemento del tipo o de la culpabilidad. El tribunal de juicio, por el contrario, adscribió a un concepto de dolo que se construye a partir del **componente intelectual**.

En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor haya **tenido por posible el resultado**. Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los elementos intelectuales se basan en la **posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico**.

Estas comienzan por el mero «tener por posible» la realización del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana, hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto.

La **adscripción a la teoría del dolo como conocimiento** al momento de resolver el aspecto subjetivo de la imputación de Paco Ibañez, condujo al tribunal de juicio a afirmar, por un lado, que basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer (véase, fundamentos, p. 38).

Como se explicó acabadamente en **«Sanhueza» y «Quiroga Morales»** comparto la posición normativa sostenida por la doctrina que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción» (**NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48**); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del CP.

Dicho esto, entiendo que la premisa teórica de la que parte la jueza sentenciante, a pesar de la viva controversia que atraviesa el tema, no se encuentra debidamente fundada en el texto de la ley, ni en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia o, en última instancia en los principios generales del derecho (art. 149 de la Constitución de Mendoza).

Por otro lado, como estableció mi colega preopinante, aun cuando esta fuera asumida como opción teórica, no ha sido debidamente aplicada conforme las constancias de la causa.

Ello así, el objeto del conocimiento de Paco Ibáñez no ha sido debidamente delimitado en el caso concreto, de acuerdo al material probatorio que conformó el plexo producido que acompaña la presente causa.

Los problemas anteriores se deben –en parte– al apartamiento de la determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales-volitivos a los efectos de resolver las cuestiones sometidas a decisión, dejando de lado un criterio volitivo que respeta el concepto de acción causal voluntaria como sustrato del delito.

En lo concreto, y en términos generales, respecto de quien conduce un automóvil a exceso de velocidad y en un grave estado de alcoholización, no puede predicarse válidamente que desconozca el peligro que crea con su actividad.

Sin embargo, ese conocimiento del riesgo creado, para conformar una conducta dolosa, debe ser acompañado con la existencia de elementos probatorios que –en su caso– acrediten con certeza el conocimiento de ese riesgo, así como también, que el agente aceptó el resultado en que –eventualmente– aquel puede concretarse—a diferencia de lo sucedido en «**Sanhueza**» o «**Colaiacovo**», donde el acentuado desprecio por la vida de los pasajeros, en uno y otro caso, permitieron fundamentar una voluntad de causación de las muertes–.

Silogismo valorativo que, necesariamente, debe adecuarse a los postulados que hacen al sistema de la sana crítica racional. En este tramo de los fundamentos del fallo impugnado es donde, como adecuadamente lo desarrolla el voto preopinante, se observa el primer déficit de fundamentación de la sentencia.

Es que, según observo, la prueba no ha sido adecuadamente ponderada en aspectos esenciales que hacen a la configuración material de los acontecimientos aquí investigados.

Respecto de lo segundo, y no obstante los cuestionamientos y deficiencias detectadas en el plano de la valoración de la prueba, considero que el vicio determinante que deslegitima la sentencia condenatoria impugnada como acto jurisdiccional válido, se concreta en el desacierto en el que incurre el tribunal de juicio al dispensar un tratamiento contradictorio en el ámbito de la calificación legal de la conducta del acusado.

Ello por cuanto, no resulta jurídicamente lógico ni coherente que el mismo comportamiento delictivo sea calificado como homicidio doloso, respecto de quienes resultaron víctimas fatales del ilícito, y a título de lesiones leves en relación a la víctima que sólo resultó lesionada.

Pues ello implicaría asumir como posible en el agente una selección mental y volitiva en la representación de los resultados – queridos y/o asumidos–. Lo que, en los hechos que aquí se ventilan, resulta ciertamente improbable.

En este sentido, comparto con mi colega de Sala en que, más allá de cuales hayan sido las ideas que determinaron finalmente tales calificaciones, una decisión jurídica de tal sentido no es razonable. Mucho menos si observamos adecuadamente el contexto de los hechos donde el acusado ejecutó su obrar delictivo.

Esa selección de imputaciones penales fragmentaria, que se aparta de las constancias de la causa, es la razón fundamental que determina lo imperioso de la realización de un nuevo juicio, donde el hecho objeto del proceso sea adecuadamente tratado, y, en consecuencia, se aplique el derecho con estricta sujeción a las constancias que resulten comprobadas en la causa.

Finalmente, me interesa realizar dos reflexiones adicionales dadas las particularidades del presente caso.

Por un lado, es llamativo que el autor quien contaba con antecedentes de infracciones graves a la ley de tránsito estuviera habilitado para conducir, sin habersele retenido su licencia (véase la referencia a este extremo del hecho en la p. 20 de los fundamentos).

Y lo anterior me conduce a la segunda reflexión, conforme la cual no debemos perder de vista que el Derecho penal es un mecanismo de control social altamente injerente en los derechos y libertades de las personas, por ello, se encuentra informado por el principio de ultima ratio.

Según este principio, sólo es legítimo recurrir a él cuando no existen instancias previas menos lesivas para proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos. Pues bien, esas instancias previas son denominadas, de acuerdo con su grado de cercanía a la lesión al bien jurídico, como «prevención primaria», «prevención secundaria» y «prevención terciaria».

Cada una de ellas nos permite concretizar el principio de ultima ratio en la actividad estatal, colocando al Derecho penal en el lugar que le corresponde, este es, el de alternativa final del Estado para orientar al ciudadano hacia el respeto por la ley.

La prevención primaria hace referencia a aquellas medidas destinadas a que el ciudadano tome consciencia de que en determinadas situaciones ha de comportarse de cierto modo y ha de evitar determinados riesgos fácilmente previsibles.

En el ámbito del tráfico vial, podemos pensar en que un buen conductor se ocupe de mantener el vehículo en condiciones de circular, revise sus neumáticos periódicamente, esté atento a las advertencias que pueden surgir de un mal funcionamiento y se encargue de repararlas.

La prevención secundaria, por su parte, tiene lugar cuando aparece una alerta que ha de llamar la atención del ciudadano y lo exhorta a orientar su comportamiento concretamente hacia un determinado resultado. Por ejemplo, el conductor que ha bebido alcohol, debe esperar a que desaparezcan sus efectos para conducir, pedir un taxi o entregar las llaves a un tercero que se encuentre en pleno uso de sus facultades. Finalmente, la prevención terciaria coincide con la operación específica del Derecho penal como mecanismo de control social y se legitima en la insuficiencia de la operación de las dos instancias anteriores.

Se trata entonces de la imposición de un castigo con el objetivo de prevenir nuevas lesiones a bienes jurídicos. Solo una visión articulada y gradual de estas tres instancias de prevención permiten evitar de manera más eficiente lesiones a los bienes jurídicos y, dado el caso, alcanzar una praxis del Derecho penal ajustada a los principios de ultima ratio y mínima intervención.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar afirmativamente a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, ADHIERE POR SUS FUNDAMENTOS AL VOTO QUE ANTECEDE .

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa y anular la sentencia n° 2084, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine un nuevo tribunal para la realización de un nuevo juicio. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa y anular la sentencia n° 2084, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine un nuevo tribunal para la realización de un nuevo juicio.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

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

20- NUÑEZ LAREDO. 20-09-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230920_FcNLO.pdf

Lex: Art. 79, 166 inc. 2°, último párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 55 del CP.

Vox: Homicidio simple. Robo agravado. Arma de fuego no apta. Amenazas simples.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y amenazas simples –dos hechos– (arts. 79, 166 inc. 2, último párrafo, 149 bis, primer párrafo y 55 del Código Penal).

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

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa debiendo casarse la sentencia N° 2.325 y sus fundamentos respecto de los autos n° P-80.219/21.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2325, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Ley. 9106. Art. 38

- Chacón Arroyo. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcCAY.pdf
- Gutiérrez Fernández. 24-9-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Arzuza. 16-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06979220-5/1((018602-980081)) F. Y QUER. PART. C/NUÑEZ LAREDO OSCAR EMMANUEL Y NUÑEZ BRIZUELA DAMIAN EZEQUIEL P/HOMICIDIO SIMPLE (980081/20) (980081) Y ACUMULADOS (49493/20) (49493) (80219/21) (80219) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106222082*

En Mendoza, a los veinte días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06979220-5/1 caratulada **“F. C/ NUÑEZ LAREDO, OSCAR EMMANUEL Y NUÑEZ BRIZUELA, DAMIÁN EZEQUIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE ... S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Oscar Emmanuel Nuñez Laredo interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.325, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causas n° P-980.081/20, P-49.493/20 y P-80.219/21, a la pena de diez años de prisión por considerárselo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple, robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y amenazas simples –dos hechos– (arts. 79, 166 inc. 2, último párrafo, 149 bis, primer párrafo y 55 del Código Penal).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior, respecto del acusado Oscar Emmanuel Nuñez Laredo en autos n° P-980.081/20 y en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, estimó probado que *«[e]l diecisiete de julio de dos mil veinte, siendo las 20:00 horas aproximadamente, Oscar Emmanuel Núñez Laredo, Damián Emanuel Núñez y su hermano Lucas Núñez, se hicieron presentes en la vivienda de Cristian Armando Orozco [...] Morón s/n [...] Costa de Araujo, Lavalle, Mendoza y, en momentos en que su padre Damián Núñez peleaba y discutía con Cristian Orozco, el [acusado] se aproximó a Pablo Orozco que se encontraba a cinco o seis metros de distancia [...] y mediante la utilización de un cuchillo [...] lo apuñaló en el tórax, provocándole una herida que le causó la muerte»*.

Para así decidir el juez de la instancia previa valoró, entre los principales elementos de prueba la declaración de Armando Encarnación Orozco, Cristian Armando Orozco, Nahuel Alberto Orozco, Roxana Fernández, Isaías Jorge Hinojosa, Nancy Paola Jofré, Javier Aníbal Jofré, Yésica Arrieta, Tamara Carmona González, Betiana Noemí Laredo Nievas, Juan de Dios Maldonado, David Alberto Domínguez Ávila, personal policial actuante; Vanesa Anahí Ceballos, personal policial de Policía Científica, y la prueba instrumental debidamente incorporada así como la declaración del propio acusado en debate.

Respecto de autos n° P-80.219/21 y en lo pertinente para la resolución del recurso interpuesto, estimó probado que el hecho con que la causa resultó elevada a juicio. Así que, *«[e]l día once de agosto de dos mil veintiuno, siendo las 17:00 horas, mientras Nahuel Enrique Sosa Angulo se encontraba en su domicilio*

[...] calle Talet de Gustavo André, Lavalle, recibió a través del servicio de mensajería de Facebook un mensaje de Oscar Nuñez en el que le manifestaba “el lunes te voy a buscar jajajajaja. Sin batir a la cana ahora. Jajajaja. Les dije que no iba a estar acá siempre. La vieja clda de tu mamá se va a quedar sin casa ahora eeeeeee”, dichos que le hicieron sentir temor. Anteriormente, el día 20 de septiembre de 2020, siendo las 23:28 recibió por el servicio de mensajería de la red social mencionada un mensaje de Oscar Nuñez en el que se leía: “Wacho hijo de re mil puta en 2 semanas salgo y te voy a ir a buscar y te voy a dar un tiro en la rodilla ...” sin poder precisar cuándo ni dónde leyó el mensaje».

Para así decidir el juez de la instancia previa valoró, entre los principales elementos de prueba la denuncia de Nahuel Enrique Sosa Angulo y la declaración testimonial de Tamara Carmona González, así como la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP respecto únicamente de los autos n° P-980.081/20 y autos n° P-80.219/21.

Se expone sobre el derecho al recurso con cita de normativa y jurisprudencia nacional e interamericana y del igual modo, sobre el **derecho a la doble instancia**, para luego justificar la procedencia formal del recurso.

En primer lugar, refiere que la sentencia ostenta errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto de una adecuada valoración del plexo probatorio existe cuando menos una duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado que debió ser interpretada en su favor.

Solicita la nulidad de la sentencia por adolecer ésta de **vicio de errónea y contradictoria fundamentación –art. 416 inc. 4 del CPP–**, para luego reseñar los antecedentes históricos –la sentencia, los hechos contenidos en los requerimientos de citación a juicio de autos n° P-980.081/20, autos n° P-49.493/20 y autos n° P-80.219/21, la mención de los testigos que prestaron declaración en el debate y la prueba instrumental incorporada–.

Al proceder al desarrollo de los agravios refiere que la prueba recolectada es insuficiente para destruir el estado de inocencia de su representado, que debió dictarse su absolución por aplicación del principio de inocencia y el beneficio de la duda, ya que a su criterio se han utilizado criterios personales para suplir los baches probatorios y las contradicciones evidentes y dirimientes que se produjeron en el debate y con la prueba instrumental.

Respecto de los autos n° P-980.081/20 sostiene que las declaraciones testimoniales, dadas las evidentes contradicciones se encuentran viciadas por falaces y carecen de la necesaria contundencia probatoria para avalar los hechos tenidos por probados a través, en primer lugar del testimonio del señor Orozco y luego de los testimonios de Nahuel y Cristian Orozco. Aclara que el hecho nunca ha sido discutido.

En cuanto a la autoría afirma que la decisión ha sido caprichosa, pues pese a existir graves e incompatibles contradicciones entre las declaraciones, el juez solo considera creíbles y vacías de intencionalidad a las de los familiares del occiso y falaces y con el objetivo de beneficiar al acusado, a los testigos de la defensa. Añade que desconoce la actitud diferente de los familiares de la víctima en la instrucción y en el debate. Extrae que, producida la prueba de descargo durante la instrucción, aparecieron testigos no mencionados inicialmente que o no tenían conocimiento del hecho o sabían demasiado del mismo. A ello debe sumarse la declaración del hermano del acusado, Lucas Nuñez Laredo, que fue incorporada por lectura y reconoce la autoría del mismo.

En cuanto a los autos n° P-80.219/21, en idéntico sentido, entiende que no se ha probado la autoría del acusado. No se pudo determinar efectivamente si el perfil de la red social Facebook correspondía a la utilizada en forma personal por su defendido, no existe en autos informe que determine la IP del dispositivo utilizado para enviar los comentarios amenazantes ni el dispositivo del que fueron realizados ni siquiera la zona geográfica. Más teniendo en cuenta que el acusado se hallaba detenido y no se le secuestró teléfono alguno.

De allí concluye que no se arribó al grado de certeza necesario, siendo la sentencia arbitraria en este punto, solicitando se case la misma, se absuelva al acusado y se ajuste la pena en concreto respecto de los autos n° P-49.493/20 al mínimo legal.

Formula, finalmente, reserva de recurso extraordinario federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados el recurrente, se expide por la admisión formal y el rechazo sustancial de la impugnación incoada.

Previo advertir la omisión, en dicho recurso, de puntualización de las contradicciones que sostiene existen entre los testigos de cargo y que no han sido valoradas por el juez de la instancia anterior, afirma que la sentencia, en orden a los autos n° P-980.081/20, se advierte debidamente fundada, razón por la que no procede su crítica a la valoración de los testimonios, con ponderación de todas y cada una de las declaraciones rendidas en el debate incluida la del acusado.

Refiere también que la sentencia en orden a la autoría también abordó las divergencias que surgieron y que justificó acertadamente en el altercado de gran magnitud vivido, entendiendo que, medularmente, la prueba de cargo resultó coincidente en la autoría de Oscar Núñez Laredo.

Concluye que la fundamentación es extensa y no puede endilgarse a la sentencia falta de fundamentación o arbitrariedad alguna.

Respecto de los autos n° P-80.219/21 entiende que la autoría ha quedado debidamente acreditada por el señalamiento de la víctima, el link de usuario de la red social Facebook de la cuenta del encartado y el informe de la División Delitos Tecnológicos, por lo que estima que los fundamentos son claros, y no se advierten los vicios alegados.

En función de lo expuesto, considera que no puede sostenerse que la sentencia esté contradictoriamente motivada o que la misma sea ilógica, falsa o arbitraria, razón por que entiende que no se haga lugar al recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación de los autos P-980.081/20 y casar la sentencia respecto de los autos n° P-80.219/21.

Al efecto, adelanto en contrario a la insuficiencia para destruir el estado de inocencia invocada por la defensa, que los elementos de convicción incorporados luego del debate han sido suficientemente valorados en orden a los principios de la sana crítica racional, y se ha efectuado un análisis completo y razonado de la totalidad del plexo probatorio. No se advierte la imputada falencia de motivación y, por ello, **el acto sentencial debe ser considerado un acto jurisdiccional válido**, pues no adolece de falencias que ameritan su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros). De tal manera, del análisis de los fundamentos se advierte un tratamiento de todos y cada uno de esos elementos de prueba –testimonios y prueba instrumental–, y una adecuada valoración de ellos por parte

del juez de sentencia. En tanto el recurso se interpone en autos n° P980.081/20 y n° P-80.219/21, seguiré ese orden para su tratamiento.

1.- Autos n° P-980.081/20

Sostiene la defensa con cierta simpleza que la prueba resulta insuficiente para destruir el estado de inocencia, que debería haberse dictado la absolución, que el juzgador ha utilizado criterios personales para suplir baches probatorios y que las contradicciones –que no puntualiza– resultan evidentes y claramente dirimentes.

Luego, no obstante mencionar el tratamiento de este agravio en particular, se limita a cuestionar que el juez ha sostenido que el testimonio del Sr. Orozco, sin indicar a cuál de los integrantes de la familia se referiría, es creíble y pese a las contradicciones acerca de la realidad de los hechos y el resto de la prueba y lo declarado por Nahuel y Cristian Orozco, es insuficiente para alcanzar certeza de condena.

En tanto afirma que la existencia del hecho nunca ha sido discutida, la omisión de mención de las contradicciones de cada testimonio que cuestiona o el razonamiento seguido para llegar a tales afirmaciones acerca de la falacia de las pruebas o la incorrección de su valoración, dificultan la tarea de revisión. Es preciso, además, aclarar, que no obstante no cuestionar la existencia del hecho, éste, por su desarrollo y la autoría –sí discutida– tienen estrecha vinculación.

Comparto el desarrollo del suceso que realiza la sentencia, que se aleja de la hipótesis acusatoria y entiende al hecho como de autor único, el acusado Oscar Núñez Laredo, a cuyo efecto el juez de la instancia previa analiza y desarrolla la coautoría funcional y da las razones por las que la descarta en autos (ver fundamentos, pág. 5 y al dar tratamiento a la absolución de Damián Núñez Brizuela, págs. 12 a 20).

Introductoriamente, la materialidad del hecho se halla debidamente acreditada y así se consideró en la sentencia (fundamentos, p. 4 y 5) a partir de la ponderación de la totalidad de la prueba instrumental y testimonial.

Particularmente y sumo, de la *notitia criminis* del 17 de junio de 2020 que encabeza las actuaciones, la denuncia radicada por Armando Encarnación Orozco del día del hecho, las testimoniales del progenitor de la víctima, Cristian Armando Orozco, su madre Yésica Arrieta y Roxana Fernández, prima del mismo, y Nahuel Alberto Orozco; el acta de procedimiento e inspección ocular del 18 de julio de 2020 labrada por personal policial de Comisaría de Costa de Araujo y la necropsia del mismo día del Cuerpo Médico Forense. Del mismo modo hizo mención a las declaraciones de funcionarios policiales actuantes, uno de ellos que se hizo presente en el Hospital e informó el ingreso del herido –Domínguez Ávila– y Vanesa Ceballos de Policía Científica, que se refirió a sus tareas sobre el cuerpo y el lugar del hecho. Se concluye de éstas que Pablo Orozco resultó herido con un arma blanca en el tórax, ultimado por una puñalada que le ocasionó la muerte siendo su causa de muerte, según la necropsia citada, taponamiento cardíaco causado por perforación pulmonar y cardíaca debido a dicha herida.

Ahora bien, dicho esto, nos centraremos en la autoría del homicidio, que es el único motivo de agravio articulado por la defensa. Mientras de la sentencia surge un único autor del hecho, Oscar Nuñez Laredo, la defensa plantea que Lucas Pablo Núñez Laredo –menor inimputable– fue quien apuñaló a la víctima Pablo Jesús Orozco. Aquel se hallaba efectivamente junto al condenado y el padre de ambos, Damián Exequiel en el lugar de los hechos.

Para ello menciona la existencia de contradicciones y falacias en los testimonios rendidos, la inexistencia de contundencia de los mismos y principalmente el testimonio del menor incorporado por lectura, Lucas Núñez Laredo, quien reconoce la autoría en el hecho.

No obstante, como ya se mencionara, el recurso no aporta elemento de juicio alguno que permita analizar **cuáles serían las contradicciones, las falacias o en su caso**, la falta de consistencia de la prueba que merituó el *a quo* para alcanzar la certeza que entiendo fundamenta sólidamente.

Advirtió, previo a ello, que las divergencias que pudieron advertirse durante el debate en los relatos entendía, resultaban propias de personas protagonistas de un altercado vecinal de magnitud que determinó que no todos tuvieran la misma percepción, lo que entendió aceptable (ver fundamentos, p. 5, punto 2.).

Efectivamente el hecho resultó precedido de altercado el día anterior –un jueves– motivado por la disputa cerca de un perro propiedad de la familia Orozco que había sido atado por los Núñez en su casa y que se negaban a devolver por entender que el mismo no era bien alimentado y era maltratado.

De dicha discusión, resultó una pelea en la que participaron parte de los Núñez –Oscar y Lucas– y Cristian Orozco. Durante este altercado, es que surgieron amenazas de concurrir, cuando llegara, al día siguiente, Damián Núñez al domicilio de la familia Núñez, tal como efectivamente aconteció.

Así lo refirió Yésica Arrieta, cuñada de la víctima, luego de relatar el problema del perro y los golpes sufridos por su marido Cristian, «[...] *llegó la policía a mi casa, yo la llamé, [decían que] al otro día los iban a agarrar, nos iban a matar a todos, a prender fuego la casa [...]*»

(registro audiovisual, 03/08/2022, video 1, minutos 00:25:51 y ss). En idéntico sentido, Armando Encarnación Orozco tanto respecto del suceso anterior como de los dichos proferidos por Oscar Núñez. Así, «[...] *al ratito salió el Oscar y decía, ya vas a ver, mañana viene mi viejo, de todo le decía [refiriéndose a su hijo Cristian]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 00:09:36 y ss.).

Lo propio refirió Cristian Orozco en orden al problema con el perro y los dichos proferidos (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:38:47 y ss.).

Surge asimismo de la declaración del propio imputado y de su madre, Betiana Laredo, esta discusión y pelea previa al hecho del día jueves y el motivo así como la comparecencia del móvil policial al domicilio de los Núñez (registro audiovisual, 04/08/2022, minutos 00:23:42 y ss. y del día 03/08/2022, video 2, minutos 00:31:06 y ss.) aun cuando éstos manifestaran ser víctimas de la agresión.

El juez de sentencia entendió que Oscar Núñez actuando individualmente ejecutó la acción típica y asestó la puñalada mortal a Pablo Orozco, desestimando de plano la responsabilidad de Lucas Núñez así como la coautoría de Damián Exequiel Núñez, al que absolvió por el beneficio de la duda.

Se detuvo en primer lugar en el testimonio de Armando Encarnación Orozco, a quien le otorgó pleno valor convictivo y sostuvo que éste conocía al acusado por ser el sobrino de su nuera Yésica, lo identificó desde el primer día, lo hizo en la denuncia debidamente incorporada y efectuó un relato detallado de lo sucedido en el debate en el que identificó al Hilacha como la persona que le pasó el cuchillo a Oscar Núñez y a éste como el que le pegó la puñalada a la Pablo, su hijo, a través de los hilos de alambre además de proferir una frase repetida luego por otros testigos y que transcribió, «*viste Pablito que te la iba a poner*».

Efectivamente la denuncia que obra a fs. 4 y 5, tomada el mismo día del hecho, a pocas horas de acontecido el homicidio, da cuenta de ello. Luego de relatar las circunstancias de tiempo y lugar en que se encontraba él, su hijo Cristian y su hijo Pablo así como el momento en que aparecen Damián, Oscar y Lucas Núñez, refirió que «*Oscar Núñez tenía un cuchillo, [...] que Lucas le largó un pedrazo a su hijo Pablo que estaba adentro de la casa, que Pablo se agachó y cuando se levantó, Oscar se vino corriendo y le chanzó la puñalada en la boca del estómago [...]*», reiterando la identidad del autor más adelante.

Sostuvo Armando Orozco, en el mismo sentido, en el debate, refiriéndose al día viernes 17 de julio de 2020, «[...] *llega mi hijo Pablito por atrás y Oscar le dice, “y vos hdp, a vos te vamos a dar vuelta, junto con*

tu viejo, tu hermano y toda tu familia” [...] viene Lucas y le larga un ladrillazo a Pablito [...] le escapa, viene el Oscar [...] el Juan Hilacha le pasa un cuchillo [...] el Oscar se vuelve y atropella para la casa [...] le larga cuatro puñaladas a Nahuel, mi nieto [...] yo se las tapé con la mano tengo las cicatrices, en eso Oscar hace como que se va, el Lucas le larga un piedrazo, vino Oscar a la carrera y lo punzó [...] de abajo para arriba, ahí quedó mi hijo [...] el que ensarta la puñalada es Oscar [...]» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 00:11.29 y ss.).

Adunó a dicho testimonio, el de Cristian Orozco y Roxana Fernández. El testimonio del primero lo apreció, en lo esencial, contundente, sin finalidad de perjudicar ilegítimamente, por el contrario beneficioso respecto de Damián Núñez y por ello claramente veraz.

Al igual que su padre, Cristian Orozco conoce al acusado por ser el sobrino de su esposa, vecino y quien lo golpeara el jueves anterior, y tal como refiriera el juez en sus fundamentos acerca de la secuencia de los hechos, quiénes peleaban o forcejeaban entre sí, las amenazas previas desde la mañana de Oscar Núñez, expresó del apuñalamiento en sí en el debate que «[...] *llegaron todos ellos a mi casa, se querían meter [...] en eso llega Pablito [...] agarro un palo para no dejar que se metieran para adentro de mi casa, [...] Pablito agarra una horqueta, estaba Damián, el Juan Hilacha le pasa un fierro a Lucas, el Oscar tenía un cuchillo y Damián se hacía así como que tenía un revolver, le quito la horqueta a mi hermano [relata luego el incidente con el celular de su esposa que filmaba y se lo quitan] pasa Oscar por atrás y ahí es donde apuñala a mi hermano y decía “te dije Pablo que te la iba a dar” [...] mi hermano gritaba “Cristian el Oscar me apuñaló” [...] él decía “acá nadie vio nada” porque había un par de vecinos [...]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:42.55 y ss.).

Más adelante dijo estaba hablando por teléfono en el patio con su amigo Pitón cuando llegaron los Núñez, reconoció que forcejeó con Damián Núñez así como que no vio cuando Oscar apuñaló a su hermano, dato que relevó el sentenciante a favor de su falta de animosidad y agregó que sí lo vio su hija de seis años, quien lo relata al día de hoy (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:49:20 y ss.).

Reiteró los elementos que portaban cada uno de los agresores, entre ellos el cuchillo utilizado, las puñaladas que pretendieron darle a Nahuel, también referida por su padre y aclaró nuevamente, «[...] *Lucas tiraba piedras desde lejos dirigida a Pablo y él se agacha para esquivar y Oscar pasa por atrás y por el medio del alambrado pasa el cuchillo de afuera para adentro [...]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 02:05:32 y ss.). Ya había explicado que su hermano estaba dentro y que tiene un alambrado que hace el perímetro.

El juez de sentencia abordó también las contradicciones que advirtió entre Cristian Orozco y su padre, pero afirmó, dando explicaciones razonables, que ambos fueron contestes en indicar quién fue el autor de la puñalada letal, Oscar Núñez, así como los dichos proferidos por éste luego y las amenazas a quienes eventualmente vieron alguna de las secuencias del hecho (ver fundamentos, p. 7, punto 5).

Lo propio hizo respecto de Roxana Fernández, quien es prima de los Orozco y acudió a su domicilio en ayuda ante la advertencia telefónica del problema. Refirió que lo hizo en moto, relató las agresiones que sufriera por parte de la madre de los Orozco, Betiana Laredo y la ayuda recibida a raíz de ello por Yésica Arrieta. Dijo ver únicamente a Oscar Núñez con el cuchillo cuando se iba, que el mismo se lo pasó Juan Maldonado pero no cuando el mismo fue apuñalado. Describió la situación que se vivía, de pelea entre ambas familias, quiénes las protagonizaban y aportó múltiples detalles.

Puede advertirse que esta última –Roxana Fernández– expresó, en consonancia con lo señalado por Cristian Orozco, que estaba en su casa y recibió una llamada de Pitón, Jorge Aguilar, avisándole de lo que estaba sucediendo. Por ello es que se fue en su moto hasta la casa de sus tíos Orozco que está a unos

quinientos metros (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:10:00 y ss.). Luego expresó, «[...] *ahí empezaron los gritos, escuché que había apuñalado a mi tío [Pablo Orozco] ahí vi a Oscar que salió con el cuchillo en la mano y decía que no había pruebas porque se llevaba el cuchillo [...] no lo vi cuando lo apuñaló [...]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:12:22 y ss, 01:16:40 y ss.).

Del menor Lucas Núñez Laredo dijo que estaba lejos cuando el acusado lo apuñaló, que se había retirado y de Juan Hilacha –Juan Maldonado– que le agarró su moto y se la tiró al piso, que vio cuando le pasó el cuchillo a Oscar y que le pidió ayuda y no quiso dársela (registro audiovisual, 01/08/2022, video 1, minutos 01:17:19 y ss., 01:18:20 y ss., 01:18:36 y ss.).

También abonó la autoría con el testimonio de Nahuel Alberto Orozco, hijo de Cristian Orozco, coincidente con el desarrollo de los hechos y los roles que le cupieron a cada uno de los intervinientes: la llegada de Damián, Oscar y Lucas Núñez a su casa, las provocaciones a su padre y la pelea de éste con Damián, los daños a la moto de su prima Roxana Fernández y los golpes que ésta recibió de la madre de aquellos, lo acontecido el día anterior en la que fue atacado su padre Cristian, rescatando expresamente que vio cuando Oscar Núñez apuñaló a su tío Pablo que se encontraba dentro de la propiedad. Tal como surge de los fundamentos, manifestó «[...] *luego Lucas larga una piedra, mi tío se agacha y vino Oscar y le da una puñalada, mi tío [Pablo Orozco] estaba de este lado en el portón de mi casa [...]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 2, minutos 00:03:10 y ss.). Y luego repitió que él estaba con su tío, al lado, que vio el puñal, que no solo usó el cuchillo contra Pablo sino con él, que le rajó la campera y su abuelo lo empujó, y otra vez, con palabras casi idénticas, repitió «[...] *Lucas le larga una piedra a mi tío, mi tío de este lado del portón de mi casa, se agacha y viene Oscar corriendo y le da una puñalada a través del portón, es un portón de alambre, en la panza [luego] iba gritando por la calle que nadie vio nada [...]*» (registro audiovisual, 01/08/2022, video 2, minutos 00:19:55 y ss.).

Valoró adecuadamente los testimonios de Nancy Paola Jofré y Javier Aníbal Jofré, vecinos del lugar, pues abordó también las imprecisiones o diferencias que respecto de otros testigos surgieron durante el relato de este último (ver fundamentos, p. 10, párrafos 2 y 3).

Se refirió Javier Jofré a lo acontecido el día jueves y mencionó que el motivo de la disputa, la búsqueda de un perro de los Orozco que estaba en los de los Núñez y la situación que terminó con la vida de Pablo Orozco (registro audiovisual, 03/08/2022, video 2, minutos 00:01:24 y ss).

Sin embargo identificó claramente al autor –*el hijo de Núñez, el que está preso, el mayor*–, el medio utilizado –*una daga de treinta centímetros*– así como las palabras proferidas por éste a la víctima –*viste, te dije que te íbamos a bajar*– así como también amenazas a los vecinos para evitar declaraciones sobre lo acontecido –*se arrimaron a la casa donde estábamos nosotros y el que apuñaló, estaba con el cuchillo en la mano y dijo, acá ustedes no vieron nada, no pasó nada, no abran la boca, que el que abriera la boca mataban a su familia o le quemaban la casa*–, y lo propio hizo el padre de los Núñez (registro audiovisual, 03/08/2022, video 2, minutos 00:12:55 y hasta 00:29:51).

En similar sentido se expresó Nancy Jofré, tanto del suceso del día jueves y muy escuetamente del hecho expresó, «[...] *el viernes solo escuché el asesinato, nada más [...] desde el mediodía el Oscar Núñez amenazaba al Cristian, que a la tarde llegaba su padre y los iban a matar a todos, tipo ocho y media decía, yo me metí al baño, se escucha todo, se vinieron desde los Núñez a los Orozco, [...] nunca salí afuera y pasó lo que pasó [...]*» y agregó que los Orozco viven al lado de su casa y que la única voz que escuchó fue la de Oscar, el acusado (registro audiovisual, 03/08/2022, video 1, minutos 00:54:25 y ss.).

Asimismo dio tratamiento exhaustivo a la prueba de descargo –Betiana Noemí Laredo, madre del acusado–, Nahuel Enrique Sosa, Tamara Carmona y Juan de Dios Maldonado alias Hilacha, para por último abordar la declaración del propio acusado.

He de detenerme únicamente, en razón del agravio articulado, en el testimonio de Betiana Laredo y Juan de Dios Maldonado alias Hilacha, pues ambos atribuyeron el hecho al hijo de la primera, que estaba en el lugar, el menor inimputable Lucas Pablo Núñez Laredo.

Comparto que Betiana Laredo, tenga, como bien se señala en la sentencia, un lógico y esperable interés en beneficiar a su hijo, que por ser mayor se encuentra privado de su libertad. Para ello, explica, cómo en el medio de una pelea con Yésica Arrieta que la tenía agarrada de los pelos, vio la pelea de Damián Núñez con los tres Orozco y escucha que Armando Orozco refiere que Lucas apuñaló a Pablo.

Al efecto expresó, «[...] *la piba me estaba pegando, no si ella se cae y yo la aplasto* [refiriéndose a Yésica Arrieta] *escucho la voz del Coco que es inconfundible* [por Armando Orozco], *“pará, pará que el hdp lo pinchó al Pablo”, el Oscar ya me estaba enderezando, Damián me dice, “el Lucas le dio una puñalada al Pablo, vamos a la casa”, el Oscar no escuchaba [...] el Lucas corrió para la casa, cuando voy entrando va saliendo y le digo “qué hiciste” y me dice “le di una puñalada al Pablo” [...]*» (registro audiovisual, 03/08/2022, video 2, minutos 00:51:09 y ss.). También refirió las circunstancias de cómo entregó sus hijos para que fueran aprehendidos y puestos a disposición.

En el mismo sentido, Oscar Nuñez Laredo, tras explicar las discusiones y altercados mantenidos con integrantes de la familia Orozco, en su versión, provocados por éstos, el jueves y el día del hecho, afirmó, «[...] *cuando voy llegando ya estaban discutiendo, mi mamá, mi papá con el Cristian, el Pablo [...] me quedo atrás de don Orozco, él saca una cuchilla y le iba a pegar un puntazo a mi papá, le pego un empujón [...] había llegado Roxana y se trezó con mi mamá, trato de sacarla, la tenía de los pelos y me pongo adelante, [...] cuando escucho “ya está, que el Lucas le pegó una puñalada al Pablo, vamos, vamos” [le digo a Lucas] “que pasó gordo” [me contestó] “le pegué una puñalada al Pablo” y nos fuimos para mi casa [...]*» (registro audiovisual, 04/08/2022, minutos 00:26:14 y ss.), negando luego haberse enfrentado a Pablo Orozco.

A más de la similitud que luce el relato con el de su madre, consideró el juez de la instancia anterior el mismo teñido de ganancialidad y un indicio de mala justificación fundado con el solo objetivo de mitigar su comprometida situación y la posibilidad, sin consecuencias, de incriminar a su hermano inimputable (fundamentos, p. 11).

En el mismo sentido, Juan Maldonado alias Hilacha, elabora una secuencia en donde se coloca fuera de la pelea, pero introduce el uso de un cuchillo también como el acusado, en manos de Don Coco, Armando Orozco. Sostuvo que cuando se le cae, él la patea al canal sin explicar lógicamente cómo dicho elemento vuelve a la escena de los hechos aun cuando afirme que Pablo y Lucas fueron en busca del mismo. Pero si dejó en claro que, «[...] *va Pablo y lo quiere pinchar con la horqueta* [refiriéndose a Lucas Núñez] *terminaron con ese quilombo, de ahí en más pasó lo que pasó, se sintió como que lo lastimó Lucas a Pablo [...] yo me fui [...]*» (registro audiovisual, 03/08/2022, video 2, minutos 01:39:55 y ss).

Tal como sostiene el juez de sentencia, entiendo que la totalidad de la prueba rendida abona la autoría única en cabeza del acusado, y en este sentido, todos aquellos que estuvieron en el lugar resultan contestes al relatar cómo se sucedieron los hechos, las peleas, amenazas, empujones, entre quiénes se desarrollaban, qué medios utilizaban cada uno y cómo se produjo el desenlace fatal, una puñalada en el abdomen de Pablo Orozco efectuada por Oscar Núñez, a través del alambrado por cuanto se encontraba dentro de la propiedad –en el patio– de Cristian Núñez.

Además, cabe consignar que desde los inicios de la investigación Oscar Núñez Laredo se encontraba identificado como el autor de la puñalada letal a Pablo Orozco. Así surge del acta de procedimiento labrada por la División Homicidios en la que además consta la aprehensión de Damián Núñez y se consigna que el mismo no presenta lesiones visibles, corroborado por el informe de Sanidad policial del 19 de julio de 2020; del mismo modo en el acta de procedimiento de la Comisaría 63° de Costa de Araujo del día de los hechos surgiendo del croquis realizado en el lugar las machas hemáticas dentro de la propiedad de la familia Núñez e informes de la Unidad investigativa departamental de Las Heras del 18 de julio de 2020. Asimismo aportan valor probatorio las planillas de desgrabado del Centro Estratégico Operativo de la Policía de Mendoza y en la que se han plasmado los llamados previos y posteriores al hecho y que permiten su cotejo con las testimoniales antes referenciadas con evidente coincidencia. Las mismas dan cuenta de los llamados de Yésica Arrieta previos al hecho, por amenazas de muerte recibidas a las 18:34 del día 17/07/2020; otro llamado alertando a las 19:47 con identificación de los agresores como Damián y Oscar Núñez; a las 19.51, señalando además de las agresiones de éstos, que apuñalan al cuñado y se da cuenta de una persona herida así como la llegada de la ambulancia, el ingreso al Centro de Salud de Costa de Araujo y luego al Hospital Sícoli; se mencionan como testigos al padre y la cuñada a las 22:18; la fuga de Damián Núñez hacia la maleza identificado luego como progenitor del autor del puntazo y luego las aprehensiones de Oscar y Lucas Núñez.

Igualmente y en abono a las declaraciones rendidas, Cristian Orozco fue atendido por el Cuerpo Médico Forense el 18/7/2020, examen físico que arrojó lesiones en la región frontal derecho, la nariz y un derrame en uno de sus ojos, lo que resulta compatible con la golpiza que denunciara sufrió el día previo al hecho. Del mismo modo ocurrió con Roxana Fernández con el examen físico de lesiones del mismo día.

Finalmente, a su discrepancia general respecto de la valoración de la prueba, aduna el reconocimiento de autoría efectuado por el menor Lucas Núñez Laredo del 23 de diciembre de 2021, que fuera incorporada por lectura en el debate.

Es de destacar que en ningún momento de la investigación penal preparatoria ni durante el debate, tal como lo hizo el juez de la instancia anterior y he ido consignando se mencionó que éste fuera el autor de la puñalada mortal. Ello surgió únicamente en las declaraciones de su propia familia, su madre y su hermano, el acusado y con el objetivo que allí se le asigna, trasladar la responsabilidad a éste en tanto al momento de los hechos se trataba de un menor inimputable.

Aportó además que, en su primera declaración informativa del 18 de julio de 2020, se abstuvo de declarar y recién declara y se autoincrimina el 15 de diciembre de 2021.

Coincido en la valoración efectuada por el juez de la instancia anterior, y no advierto arbitrariedad ni errónea fundamentación así como tampoco insuficiencia de la prueba para destruir el estado de inocencia del acusado. Contrariamente entiendo que las afirmaciones generales en orden a la existencia de contradicciones y divergencias no puntualizadas por la defensa en su recurso no logran conmovir la solidez de los testimonios y la prueba instrumental que le permitieron acceder a la certeza necesaria para la condena del acusado así como la absolución del coimputado Damián Exequiel Núñez Brizuela.

2.- Autos n° P-80.219/21

Contrariamente, respecto de los autos precitados, entiendo que el recurso de la defensa debe prosperar parcialmente, por los motivos que desarrollaré seguidamente.

En consecuencia, adelanto, que corresponde la anulación parcial de la sentencia impugnada en relación con los autos en análisis.

Los agravios de la defensa, al igual que en la anterior causa, también se dirigen a **cuestionar la autoría del acusado por falta de certeza para la condena dictada sin cuestionar la existencia material del hecho.**

Así, afirma que no se ha podido probar que efectivamente el perfil de Facebook del que surgieran las amenazas era utilizado en forma personal por el acusado, ni existe informe que determine la dirección IP del dispositivo utilizado así como la zona geográfica del que pudieron haber salido dichos mensajes. Añade, que ello resultaba sencillo debido a que Oscar Núñez se encontraba detenido y, además, que no se le secuestró dispositivo alguno.

El juez, en sus fundamentos, señaló que fue la propia víctima Nahuel Enrique Sosa Angulo quien, al momento de la denuncia, no sólo identificó al acusado como el autor de los dichos amenazantes sino que aportó el link de usuario de éste de la red social Facebook y el suyo propio. Con dicha información se elaboró el Informe de la División Delitos Tecnológicos n° 5685/21 de donde surgen los dichos amenazantes del día 11 de agosto de 2021 a las 13:47 horas y del día 20 de septiembre de 2020 del perfil de usuario Oscar Núñez (ver fundamentos, p. 24).

Afirmó también la autoría del acusado en tanto de los mensajes surgía que *saldría en dos semanas y le iba a dar un tiro en la rodilla* y el acusado se hallaba detenido por su intervención en el homicidio de Pablo Orozco. Reforzó ello con el testimonio de Tamara Carmona, quien corroboró la existencia de dichos amenazantes el día del homicidio hacia Sosa Angulo aun cuando no pudo precisar el autor y finalmente afirmó que el motivo de aquéllos tenían origen efectivamente en la muerte de Orozco y en el interés de amedrentar a la víctima para que no declarara, situación que logró conseguir.

Veamos la prueba que fuera rendida.

La denuncia que encabeza las actuaciones es del día 12 de agosto de 2021 y hace referencia a amenazas recibidas por la red social Facebook el 10 de agosto de 2021 a las 17:00 horas.

Allí no sólo mencionó el motivo por el que entendía era amenazado –creer que declaró en su contra en la causa del homicidio de Pablo Orozco– sino que la víctima tenía acabado conocimiento que el acusado se hallaba detenido precisamente por haber matado a aquél, con mención incluso que no había declarado por miedo en dicha causa y que tampoco había hecho la denuncia antes por la misma razón.

También refirió haber sido amenazado el año anterior, esto es el año 2020 (ver denuncia del 12 de agosto de 2021).

Es cierto que, además de aportar los links de identificación de ambas cuentas, la suya y la del acusado, detalló cómo se hallaba vestido éste en su foto de perfil e incluso él mismo ese día. Aportó capturas de pantalla de los mensajes y los dejó en copia, los que se incorporaron como prueba instrumental seguidamente a la denuncia e hizo mención a que los otros mensajes, uno de los hechos imputados y los otros mensajes se habían borrado, por cuanto lo bloqueó en un primer momento y luego lo desbloqueó y ese fue el resultado.

Tal como afirma la defensa, el informe de Delitos Tecnológicos n° 5685/21 de fecha 16 de octubre de 2021, como valoró el juez en su sentencia, fue realizado sobre el teléfono del denunciante, un celular Motorola E5 Play. Si bien éste aportó su teléfono celular, por falta de conexión, con los links aportados, el informe se realizó ingresando a la plataforma desde la computadora de aquella División extrayendo un solo mensaje, el del 11 de agosto de 2021 del celular de la víctima proveniente del perfil Oscar Núñez. Con la URL aportada de éste se verificó que no había otro tipo de amenazas.

Por otra parte, la identidad se verificó con la foto de perfil de Facebook y la existente en el prontuario policial del acusado, material éste aportado por la División Análisis Criminal.

Ahora bien, se advierte que en audiencia preliminar del día 01 de abril de 2022 (constancia de audiencia, actuación n° 11, sistema LeD), y en mérito al ofrecimiento de prueba informativa de la defensa de Oscar Núñez en estos obrados (actuación n° 12, sistema LeD) se admitió la totalidad de la prueba ofrecida pero, sin embargo, de la atenta compulsión de las actuaciones en el sistema referido, no se advierte diligenciamiento de oficio alguno a Penitenciaría provincial, como fuera solicitado, ni informe al efecto. Dejo constancia asimismo que, a los efectos de esta revisión, se compulsó igualmente la causa principal n° P-98.0081/20 y la restante acumulada n° P-49.493/20 con resultado adverso.

Es precisamente esta información, la identificación de la dirección IP del dispositivo utilizado para el envío de los mensajes, que no surgía del informe de Delitos Tecnológicos, la que se requería a Penitenciaría provincial: «copia del registro de los teléfonos celulares que a la fecha de los hechos tenía autorizados el acusado para constatar si los mismos fueron remitidos por el teléfono que estaba autorizado a utilizar» y que no obra en autos.

Por ello, es cierto que el acceso a la red social y a su servicio de mensajería bien pudo hacerse de cualquier dispositivo y se tiene claro la dificultad probatoria que ello conlleva, así como que, en contrapartida, dicha red social pudo haber sido utilizada por otra persona.

Pero, sin embargo, en la tarea de reunir elementos de convicción suficientes para acreditar la autoría de Oscar Núñez con la certeza necesaria, es la propia defensa la que acierta cuando afirma que ello no resultaba complejo, dada la detención de Núñez al momento de los hechos.

Pero, además, existen dos elementos que me persuaden de la absolución del acusado al existir dudas de su autoría y que han sido omitidos.

Primero. A solicitud de la Unidad Fiscal Correccional, obra orden de allanamiento del 22 de octubre de 2022 del lugar de detención del acusado para lograr el secuestro de un teléfono celular o Tablet utilizado por éste, que arroja resultado positivo pues se le secuestró un celular marca Samsung de color blanco de la celda que ocupaba. Ordenada la extracción de datos del mismo, la UDAPIF informó que no se pudo realizar la extracción de datos física de dicho celular por no encontrarse *rootead* aportando un link de visualización.

Al efecto, y con dicho link, se labró acta de análisis de datos por secretaría de la Unidad de Homicidios y Violencia institucional del que se surge que «no se logró encontrar información respecto al hecho denunciado». No obstante, se hizo saber que el teléfono contaba con la aplicación Facebook descargada, «registra actividad en ésta y en la función Lite el 10 de agosto de 2021», no encontrándose actividad ni datos del año 2020. Dada la ilegibilidad de las impresiones del informe de UDAPIF consideradas para la elaboración de dicho informe, se requirió a la Unidad Fiscal de Homicidios nuevas copias que se agregaron en autos.

Segundo. El 10 de noviembre de 2021 se ordenó que se oficiara a la red social Facebook precisamente para que informara la dirección IP desde donde se habría conectado el URL a nombre de Oscar Núñez el día de los dos hechos. Se ofició, solicitando colaboración para ello, a la Unidad Fiscal de Económicos e Informáticos. Sin embargo, no obra ni contestación o reiteración del mismo en el expediente papel o en el sistema LeD.

Particularmente, en relación con la discrepancia en las fechas, debe tenerse en cuenta que el denunciante en la investigación penal preparatoria refiere como fecha de recepción de las amenazas el día 10 de agosto de 2021 pero, luego, al citarse nuevamente dijo no recordar exactamente la fecha. Por su parte, la División Delitos tecnológicos informó el día 11 de agosto de 2021 como la fecha en que aconteció una de las amenazas y del acta del 25 de noviembre de 2021 pareciera surgir el primero de esos días, esto es

actividad en el teléfono que se secuestrara de la celda del acusado el 10 de agosto de 2020 en la red social Facebook el 10 de agosto de 2020.

Entiendo entonces, que las divergencias en las fechas de los hechos correspondientes al mes de agosto de 2021 sumado a la falta de información de la IP del dispositivo del que se habrían enviado los mensajes o en su caso la zona de ubicación de dicho dispositivo –cuando en principio al menos se contaba con un celular secuestrado de la celda del acusado– y la orfandad probatoria se hace más evidente respecto del segundo hecho –20 de septiembre de 2020–, a lo que ha de sumarse, conllevan a que no se encuentre acreditada la autoría del acusado con la certeza que requiere este estadio procesal.

Pero además, y ello resulta determinante, la denuncia valorada por el tribunal no resulta prueba instrumental ofrecida en la audiencia preliminar por la fiscalía (constancia de audiencia, actuación n° 12, sistema LeD de autos principales), y tampoco puede constatarse mención a la misma durante la audiencia al finalizar la rendición de la prueba, pues la incorporación de la prueba instrumental ha quedado plasmada en constancia de audiencia del 17 de agosto de 2022 (actuación n° 44 sistema LeD), pero la videograbación pertinente comienza directamente con los alegatos conclusivos.

A ello ha de sumarse, que la víctima de autos asistió y declaró en el debate (constancia de audiencia, actuación n° 43 sistema LeD) pero no obra registro audiovisual de la misma, en tanto, tal como se informa por parte de la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 2, el video del día 5 de agosto de 2022, no ha sido encontrado.

El desarrollo efectuado en orden a la prueba rendida y la omitida, así como razones de economía procesal y la observancia de las garantías del imputado, me persuaden en el sentido de absolver al acusado en la presente causa por el beneficio de la duda.

Conclusión

En función de los argumentos expuestos, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada respecto de los autos n° P-980.081/20.

Por su parte, entiendo que la pretensión recursiva de la defensa debe prosperar en autos n° P-80.219/21, por lo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada sólo respecto de estas actuaciones.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

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

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

En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada respecto de los autos n° P-980.081/20 y casar el punto I de la sentencia n° 2.325 pronunciada en autos n° P-80.219/21, originaria del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente manera: *«CONDENAR a Oscar Emmanuel NÚÑEZ LAREDO, ya filiado, por ser considerado autor penalmente responsable de los delitos de HOMICIDIO SIMPLE, previsto y penado por el Art. 79 del Código Penal, que se le atribuye en los principales N° P980.081/20; ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENER POR ACREDITADA, previsto y sancionado por el art. 166, inc. 2°, último párrafo del Código Penal que se le endilga en los autos N° P-49.493/20, TODO EN CONCURSO REAL (arts. 55 del Código Penal y 408, 409, 411, 412, 415 y cc del Código Procesal Penal) y ABSOLVER a Oscar Emmanuel NÚÑEZ LAREDO, ya filiado por el delito de AMENAZAS SIMPLES (DOS HECHOS) previsto*

y penado por el art. 149 bis, primer párrafo del Código Penal que se le imputa en los autos N° P-80.219/21 por el beneficio de la duda (art. 2, 408, 409, 411, 412, 414 y cc del Código Procesal Penal)».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado.

En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 y sus modificaciones, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena (ver, al respecto, «Chacón Arroyo», «Gutiérrez Fernández», «Medina Martínez», «Arzuza», entre otros).

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida en autos n° P-980.081/20 y por su orden en autos P80.219/21. Asimismo, diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA

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

RESUELVE:

1.- Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa cuya constancia obra a fs. 1 por el condenado Oscar Emmanuel Núñez Laredo y a tal efecto confirmar la sentencia N° 2.325 y sus fundamentos respecto de los autos n° P-980.081/20.

2.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa debiendo casarse la sentencia N° 2.325 y sus fundamentos respecto de los autos n° P-80.219/21. En consecuencia, corresponde casar el punto 1°) de la mencionada sentencia, el que quedará redactado de la siguiente forma: «CONDENAR a Oscar Emmanuel NÚÑEZ LAREDO, ya filiado, por ser considerado autor penalmente responsable de los delitos de HOMICIDIO SIMPLE, previsto y penado por el Art. 79 del Código Penal, que se le atribuye en los principales N° P-980.081/20; ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA, previsto y sancionado por el art. 166, inc. 2°, último párrafo del Código Penal que se le endilga en los autos N° P-49.493/20, TODO EN CONCURSO REAL (arts. 55 del Código Penal y 408, 409, 411, 412, 415 y cc del Código Procesal Penal) y ABSOLVER a Oscar Emmanuel NÚÑEZ LAREDO, ya filiado por el delito de AMENAZAS SIMPLES (DOS HECHOS) previsto y penado por el art. 149 bis, primer párrafo del Código Penal que se le imputa en los autos N° P-80.219/21 por el beneficio de la duda (art. 2, 408, 409, 411, 412, 414 y cc del Código Procesal Penal)».

3.- Remitir, en función del resolutivo anterior las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

4.- Imponer las costas a la vencida en autos n° P-980.081/20 y por su orden en autos P-80.219/21.

Asimismo, diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

5.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese.

21- TELLO PUEBLA. 14-11-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231114_FcTPF.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis y 42 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Tentativa

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **siete años y seis meses de prisión** por considerársele autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2201 (05-07-22), pronunciada por el TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Carpintero Sbarbat. 23-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=857>
- Geredus. 30-08-12
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDEzMzE=&t=abla=c2M=>
- Guiñazú Samo. 14-03-17
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIyMDI=&t=abla=c2M=>
- Díaz Castro, Franco. 24-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>
- Ibáñez Benavídez. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=44>

Precedentes relacionados

Tentativa. Consumación.

- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- González Araya. 15-08-17: <https://jusmendoza.gob.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220422_FcECR.pdf
- Rodríguez Romero. 27-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220427_FcRRG.pdf
- Ruggeri Rubén. 22-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220622_FcRRJ.pdf
- Segura Muñoz. 25-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=548>
- Robledo Vergara. 09-05-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Guerra Mora. 19-07-21. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf

Doctrina citada

ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña-Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, tomo 1, pp. 165/166).

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

Fallo:

CUIJ: 13-06940930-4/1((018602-11154)) FC/ TELLO PUEBLA, FERNANDO SEBASTIÁN P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA (11154) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106185706*

En Mendoza, a catorce días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06940930-4/1 caratulada «F. C/TELLO PUEBLA, FERNANDO ESTEBAN P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN».

En las presentes actuaciones, la defensa del acusado Fernando Esteban Tello Puebla interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.201 de fecha 5 de julio de 2022 y sus fundamentos emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél en la causa n° P-11.154/21 a la pena de siete años y seis meses de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis y 42 del Código Penal).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1. La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de los autos n° P-11.154/21, según el cual «[...] el día 29 de enero de 2021, siendo aproximadamente las 23:00 hs., [el acusado] se constituyó en el domicilio sito en Barrio 4 de julio, M-E, C-2 de Godoy Cruz, Mendoza, y sin mediar palabra alguna se dirigió a la puerta de la vivienda y comenzó a efectuar disparos con un arma de fuego, impactando algunos de éstos en el frente del inmueble y otros tantos en la humanidad de Lucas Josué Tello Tobares, ocasionándole lesiones varias en sus órganos vitales (pérdida de un riñón, lesiones de pulmón e hígado) sin ocasionarle la muerte por circunstancias completamente ajenas a su voluntad para luego darse a la fuga con rumbo desconocido».

Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por Lucas Josué Tello Tobares, Eufemia Lila Tobares Argüello, Aldo Ariel Tello Tobares, Micaela Alejandra Carreño Bustos, Juan Manuel Ferrero Castro, Federico Germán Ahumada, Guillermo Luis Pereira, Daiana Verónica Soria y Ángela Victoria Gargantini; así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados, tales los testimonios de Luciana Solange Lama, Silvia Olivera y Fabiana Andrea Soria y la prueba instrumental.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 inc. 2 del CPP.

Entiende que la prueba rendida –testimonios de cargo corroborados por los informes del Cuerpo Médico Forense de las lesiones sufridas así como de Policía Científica que para el juez de la instancia anterior resultaron concordantes y coherentes a fin de acreditar la existencia del hecho y la autoría del imputado–, si bien suficientes para la imputación, la prisión preventiva y elevación de la causa a juicio, no permiten alcanzar la certeza necesaria para condena.

Ello, en tanto dichos testigos resultan ser familiares de la víctima, son subjetivos y mantienen mala relación con el acusado, evidenciándose en el trato violento de la víctima en el debate así como el de su madre.

Entienden que la única testigo presencial es Ángela Victoria Gargantini, cuyo testimonio resulta contradictorio con el de Eufemia Tobares, con la que conversaba. Tobares dijo estar sentada en el gabinete de gas cuando el acusado le apoyó el arma en el pecho, mientras que Gargantini dijo no ver a las personas que llegaron a la casa de Lucas Tello, ni alguien que efectuara disparos y menos que su defendido le pusiera un arma en el pecho a su vecina, testimonio que no resultó valorado en la sentencia.

Reseña otras contradicciones importantes. Así, el informe de la Unidad Investigativa de Godoy Cruz del mismo día 29 de enero de 2021 en el que entrevistan a Tobares en el Hospital Lencinas, y dice ver a sus dos sobrinos al llegar a su casa, Fernando y Liyo, junto a una mujer que no conocía, mientras que la misma en el debate habló de una pareja que venía caminando, que el acusado se volvió, le puso el arma en el pecho y luego disparó hacia el interior de la casa.

Respecto de Aldo Ariel Tobares, hermano de la víctima, y quien lo encontró herido, refirió verlo tranquilo, así como que las heridas eran en los miembros inferiores y no parecían graves, lo que se condice con el informe de la Unidad Investigativa de Godoy Cruz y el parte médico del Hospital Lencinas volcado en la notitia criminis. Dicha Unidad Investigativa también entrevistó al médico tratante y lo que les informó se condice con el acta de procedimiento de autos. De ello, colige que dicho diagnóstico se puede corroborar con el examen físico del Cuerpo Médico Forense, que no hace referencia a la historia clínica que nunca fue incorporada, mientras que el juzgador se valió únicamente del primero que es un informe escueto.

También cuestiona la valoración en la instancia previa del testimonio de Aldo Tobares, quien dijo reconocer a Fernando Tello cuando estaba en la puerta y comienzan los disparos. Y sin embargo, luego de sostener que se fue hacia la habitación, que su hermano salió por una ventana hacia el patio, añadió que pensó hacer lo mismo para ver de quién se trataba.

En cuanto a Micaela Carreño, pareja de la víctima que declaró por primera vez en el debate y que coincidió con el resto de los familiares, apunta que dijo ver un hombre, que no conocía y que le disparó a su pareja, enterándose luego por los vecinos que era «El Hilacha», que era Fernando Tello. La defensa entiende llamativo que se enterase por los vecinos, cuando fue reconocido antes por Eufemia Tobares y Aldo Tello. Asimismo, que no consta que dicho sobrenombre corresponda a su defendido ni existe declaración de vecinos que hayan presenciado el hecho.

También refiere que la víctima declaró en el debate y sostuvo ver una pareja, que el hombre sacó un arma. Agrega que reconoció al acusado, quien no estaba tapado, en contradicción con lo declarado en el Hospital, cuando dijo ver desde la ventana del living de su casa a dos hombres que pasaban por la puerta, que uno llevaba un cuello que le tapaba la cara y una campera y que reconoció a Tello por los ojos. La defensa señala que si bien es difícil reconocer a una persona por ello, resulta importante porque ambas declaraciones difieren, más cuando la primera fue tomada al poco tiempo de comisión del hecho. Entiende que esta contradicción adquiere relevancia en orden al valor dado al reconocimiento por el juez de sentencia por parte de los familiares en apoyo a que llevaban muchos años sin relacionarse.

La defensa se detiene luego en la cantidad de disparos. Dice que la víctima habló primero de tres, luego

de dos más cuando ésta salió corriendo –en la cabeza y en la espalda–, y cuando salió por la ventana al patio dos más –en la cadera y en la cabeza–. Sin embargo, del expediente surge que tenía solo dos heridas de arma de fuego, en el brazo y en el glúteo. Deviene ilógica y carente de apoyo probatorio la afirmación o presunción del juzgador al afirmar que la víctima pudo creer sufrir heridas por impacto de balas pero pudieron ser esquivadas, sin embargo sostiene que ello debería constar en el informe referido.

Reseña que la víctima, la madre y su hermano dijeron que Tello disparaba desde el portón de la vivienda, cuando el primero salió al patio, donde recibió dos disparos más, pero ello no surge del informe de Policía Científica, que no encontró allí ninguna vaina, sino únicamente frente a la puerta de entrada. Ello, hace a la credibilidad de los testigos y no fue tratado por el juzgador cuando fue advertido en los alegatos por esa parte.

Sostiene entonces que no es posible que su defendido estuviera en el lugar, pues se encontraba en su domicilio en San José, Guaymallén, trabajando por un problema de cloacas en su departamento y el de sus vecinos que lo contrataron para ello. Ello fue corroborado por Ferrero Castro, Ahumada, Olivera Tapia –vecinos–, y también por Pereira y Soria –concuñado y pareja de Tello–. Reseña, para afirmar ello, dichas declaraciones y las contradicciones que advierte.

Apunta diferencia de valoración en la prueba de testigos de la Fiscalía y la defensa, en tanto afirma que hay contradicciones de los primeros acreditadas objetivamente y que el juez justificó arbitrariamente, haciendo lo contrario respecto de los segundos.

En razón de lo referido, señala que la sentencia es arbitraria, que se ha violado el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal, que no se ha seguido el método de la sana crítica racional por cuanto ostenta una valoración arbitraria, errada y parcial de la prueba de cargo así como de la prueba incorporada al expediente y que no existe certeza para condena. Solicita por ello se anule la sentencia y se ordene la realización de un nuevo juicio.

Finalmente hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados por la recurrente, se expide por la admisión formal y el rechazo sustancial de la impugnación incoada.

Afirma que la sentencia se advierte debidamente fundada, razón por la que no procede su crítica a la valoración de los testimonios, así como su intento de minimizar las lesiones sufridas por la víctima que denotan su intento homicida. Destaca que dichos agravios ya fueron esgrimidos como argumentos en los alegatos defensivos.

Refiere que se observa en la sentencia cuestionada una valoración conjunta de todo el plexo probatorio, que se ha cotejado cada prueba e indicio en forma concatenada y ello permite advertir las razones del tribunal para alcanzar la certeza para condena, con detalle minucioso de las heridas sufridas por la víctima, junto a los testimonios y prueba instrumental.

Del mismo modo, afirma que el incidente de las cloacas, con el que la defensa aleja al autor del hecho, también fue merituado por el juez de la instancia anterior, quien indicó las contradicciones e imprecisiones de las declaraciones, razón por las que le restó seriedad para generar un estado de duda razonable.

En función de lo expuesto, considera que no puede sostenerse que la sentencia esté contradictoriamente motivada o que la misma sea ilógica, falsa o arbitraria, razón por que entiende que no se haga lugar al recurso articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación.

La defensa en el caso que nos ocupa discrepa con la valoración de la prueba rendida en orden únicamente a la autoría del acusado, en tanto sostiene que éste se encontraba en otro lugar el día y hora en que el hecho aconteció.

Así, refiere, a través del testimonio de vecinos de su domicilio en Guaymallén, que Tello Puebla realizaba un trabajo de destape de cañerías de cloacas por encargo de aquéllos.

Al respecto, debo señalar que comparto con el sentenciante que tanto la materialidad del hecho, que no ha sido objeto de agravio, como la intervención del acusado en él se encuentran acreditadas por la prueba rendida y la debidamente incorporada.

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, entiendo que los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados siguiendo los principios de la sana crítica racional, particularmente las reglas de la lógica y la experiencia. Por ello, estimo que el acto sentencial cuestionado posee la motivación necesaria para ser considerado un acto jurisdiccional válido sin falencias que ameriten su anulación (ver al respecto, L.S. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Aclaro desde ya que la versión de los hechos sostenida a través de las pruebas de descargo, así como las pretendidas contradicciones sindicadas en las declaraciones de la víctima y los testigos a lo largo del proceso, que entiende no han sido suficientemente ponderadas, no son sino una reedición de los planteos desarrollados al momento de brindar los alegatos en la audiencia de debate y que no obtuvieron respuesta favorable en la sentencia. Ello, como se analizará, no logra desvirtuar el razonamiento del juez de sentencia.

De los fundamentos cuestionados surge que, contrariamente a lo sostenido en el recurso, el sentenciante no sólo detalló los elementos de convicción obrantes en la causa, sino que también fundó adecuadamente el valor otorgado a ellos, luego de cotejar de modo prolijo unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Cabe tener presente, además, que tampoco eludió el tratamiento de las contradicciones que la defensa señalara en sus alegatos, reiteradas en el recurso, y en el que incurrieran la víctima y sus familiares. Del mismo modo, en orden a la diferencia de valoración de la prueba de descargo (véase fundamentos de la sentencia, p. 6 y vta. y 7). Surge entonces evidente que el planteo defensorista se centra en un criterio de valoración diferente al sostenido por ésta en tanto le resulta adverso.

El sentenciante, luego de tener por acreditado el hecho, existencia que no contradujo la defensa en sus alegatos (ver registro audiovisual, 05/07/2022, minutos 00:48:58 en adelante), a través del testimonio de la víctima –Lucas Josué Tello Tobares–, su madre –Eufemia Lila Tobares–, su hermano Aldo Ariel Tello Tobares- y su pareja –Micaela Alejandra Carreño– e informes de Policía Científica y del Cuerpo Médico Forense, se detuvo en analizar la prueba respecto de la autoría del acusado.

Coincido con el juez de la instancia previa en cuanto a que los testimonios de éstos, que se encontraban en el lugar, así como el parentesco que los une con el acusado, resultan determinantes para abonar su coherencia y concordancia para tener también por acreditada la autoría de Tello Puebla.

Efectivamente, Lucas Josué Tello sostuvo en el debate que «[...] salía del baño y me paré en el dintel [...] estaba la puerta abierta y veo a un hombre y una mujer que me miraba [...], cuando se pegó la vuelta, sacó el arma y era él, Fernando Tello [...]» (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:09:35 y ss.).

Y agregó, «[...] estaba mi hijo sentado en la mesa del comedor, mi señora, [...] mi hijastro estaba sentado afuera en los escalones, salí corriendo pensando que iba a poder meter a mi hijastro, después pensé en que iba a tirar igual [...] cerré la puerta para cuidar a los que estaban adentro [...] y comenzó a disparar [...]», para luego continuar el relato con el desarrollo del recorrido que hiciera dentro y luego fuera de su vivienda y los distintos disparos que recibiera (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:10:00 y ss.). Indicó más adelante, que «[...] era él, Fernando Tello, es primo mío, hijo de mi tía, lo conozco [porque] iba con mi mamá todos los domingos a su casa, ha vivido en mi casa y comido en mi casa [...]» (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:14:22 y ss.).

Su madre, Eufemia Lila Tobares, que se encontraba en la vereda de su vivienda, sobre el gabinete de gas y junto a una vecina al momento del hecho sostuvo, previo indicar al ser interrogada por la generales de la ley, que el autor era el acusado y estaba en la sala, que «[...] yo sentada en el gabinete del gas de mi casa [...]. Veo esta parejita que venía [...]. Estaba con una vecina, Vicky, [...] y esta persona que ya iba pasando veo que se vuelve corriendo y sube por la escalera [...], me pone el arma en el pecho [...] y entró a largar tiros en la puerta [...]» (constancia audiovisual del 16.06.2022, minutos 00:36:18 y ss.). Luego agregó, que aquella persona era «[...] Fernando Tello, mi sobrino [...]. Le he cambiado los pañales [...]» (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:44:25 y ss.).

En el mismo sentido declaró Aldo Ariel Tello, quien dijo que el acusado era su primo. Así, señaló que «[...] ese día estaba en mi vecina, no sé la hora cuando aparece el chango [...] a la mitad del pasillo lo veo al Fernando Esteban Tello, saca un arma y apunta. Él estaba en el primer escalón en la vereda [...] y adelante mío aparece mi hermano y cierra la puerta [...]. Mi hermano grita, “me pegó” Ariel, el Fernando, varias veces [...]» (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:56:30 y ss.).

En mérito a lo reseñado, la sola circunstancia alegada de la existencia de una mala relación que la defensa colige de las actitudes de la víctima y su madre para con el acusado durante el debate, carece de entidad suficiente para menoscabar el mérito convictivo de sus declaraciones. Y así lo entendió el sentenciante (ver fundamentos, p. 4, párrafo 5º y p. 6, párrafo 4º), quien razonó fundadamente sobre la inexistencia de motivo por parte de aquéllos para incriminar falsamente al acusado así como justificación de dichas actitudes en la misma gravedad del suceso.

En abono de ello, la propia víctima refirió, a modo de explicación, la existencia de un problema anterior, una relación con una pareja del acusado (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:18:15 y ss.), además de otros altercados, situación que fue corroborada por su hermano Aldo Ariel Tello (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 01:03:00 y ss.).

En este sentido, la víctima fue gráfica al señalar, que con anterioridad al hecho el acusado lo «amenazó varias veces. Me agarró a tiros, pero como yo no soy de batir a la cana, lo dejé ahí [...]. Ahora yo estoy acá porque el disparó frente a mis hijos, mi señora y de mi mamá. Si capaz me hubiera pegado en otro lado capaz que no estoy acá [...]. No le importó, por eso quiero que pague lo que tenga que pagar [...]» (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:19:00 y ss.).

Las contradicciones que apunta la defensa para disminuir el peso probatorio dadas a estas testimoniales por el juez de la instancia anterior, al contraponer las declaraciones rendidas en el debate con declaraciones volcadas en informes policiales o acta de procedimiento o testimoniales rendidas en la investigación penal preparatoria, no tienen la entidad dirimente que pretende darle la defensa y no son sino una parcialización fragmentada de la prueba rendida.

En este sentido, y respecto de las dudas que pudo arrojar el efectivo reconocimiento de Tello por la víctima, dado por la posible existencia de elementos que podrían dificultar la visualización de su cara –una chalina

y una gorra que permitía la vista de su cara en el debate o un cuello y una campera que le habría permitido distinguirlo por sus ojos en su declaración del hospital, a lo que aduna que no mantenían relación desde hacía muchos años—, comparto las conclusiones de la sentencia en sentido contrario.

Asimismo, Eufemia Tobares mencionó que traía el barbijo bajo (constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 00:41:04 y ss.) mientras que Aldo Ariel Tello refirió, aunque aclaró que lo vio por poco tiempo, que llevaba la cara descubierta.

En efecto, el conocimiento del acusado surge palmario de las declaraciones rendidas, se funda en una relación de parentesco, sobrino y primo respectivamente, y si bien pudieron haber distanciado el trato más frecuente de años atrás, lo cierto es que todos lo reconocieron al momento del hecho contundentemente, lo que se reprodujo al momento del debate oral e incluso en la declaración del hospital traída a colación cuando expresamente refiere que se trataba de su primo Fernando Tello e incluso reprodujo las palabras que éste le profirió, sin dejar de consignar que la misma no resultó incorporada como prueba instrumental.

El desconocimiento de la identidad del acusado, previo al hecho, así como el conocimiento posterior a través de los vecinos y no de sus familiares, señalado como llamativo, por parte de Micaela Carreño, pareja de la víctima, no es sino una mera inferencia carente de apoyo probatorio alguno, en tanto se desconoce el tiempo que la misma lleva en pareja con Lucas Tello o el preciso instante en que toma conocimiento de quién era la persona, que sí visualizó, le disparara a aquel (ver constancia audiovisual del 16/06/2022, minutos 01:14:35 y ss.).

Otorga la defensa a Ángela Victoria Gargantini el carácter de única testigo presencial objetiva, para sostener que aquélla contradujo a Tobares en su declaración y es quien estaba con ésta al momento del hecho.

Rescató que no vio qué personas llegaron a la casa de Tello, quién disparó así como que Tello le colocara a Tobares un arma en el pecho, añadiendo que dicho testimonio fue omitido en su valoración. Añade una incongruencia de esta última con lo detallado en un informe de la unidad investigativa de la policía de Godoy Cruz en orden a la presencia junto al acusado de un tal Liyo.

Cabe aclarar que por razones de salud del acusado, su declaración inicial del día 28 de junio de 2022 resultó interrumpida, continuándose en otra jornada. La testigo dijo vivir en la casa 8, manzana E del barrio 4 de julio mientras que Tobares lo hacía en la casa 2, encontrarse con ésta en la puerta de su casa, en la vereda, porque le vende productos de cosmética.

Agregó que aquella se sentó en el gabinete del gas, que ella estaba de espaldas a la calle e intranquila mirando hacia su casa porque su esposo está enfermo y quizás la llamaba (ver constancia audiovisual del 28/06/2022, minutos 00:01:15 y ss. y 05/07/2022, minutos 00:01:13 y ss.).

Refirió que «[estaba] hablando yo con la señora [...] cuando veo el niño más grande [refiriéndose a unos vecinitos] a meter a los otros [a su casa] rápido y entraron a llorar, mal [...]. Me fui para ver lo que había pasado ya que con la señora había terminado [...]. Llegué hasta la vereda, le pregunto a Brian qué pasa y me tomó el niño del brazo y me llevó para adentro, cerró la puerta y me dijo, “agáchese Doña Vicky” cuando sentí un disparo [...]», añadiendo que se quería ir porque su esposo estaba solo, pero que se quedó tratando de contener a los niños, haciéndolo cuando llegó la policía y la ambulancia (constancia audiovisual del 05/06/2022, minutos 00:03:10 y ss.).

De lo señalado surge que Gargantini estuvo con la madre de la víctima y que ya dirigiéndose hacia su casa, luego de terminar su conversación con Tobares, ingresó en la casa de unos vecinos cuando escuchó disparos. Ello, no permite inferir una contradicción con el relato de Tobares, pues ello bien pudo acontecer

con posterioridad a su retiro.

Por ello, es que entiendo ajustada a dichas declaraciones la afirmación del sentenciante en orden a considerar estos testimonios concordantes y coherentes respecto de la autoría del acusado, en la medida en que efectivamente –a más de hallarse en el domicilio de Barrio 4 de Julio, manzana E, casa 2 de Godoy Cruz, vivienda de la víctima– todos han efectuado un relato concordante de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, presenciando distintos tramos del mismo que confirman el hecho materia de la acusación (ver fundamentos de la sentencia, p. 4, párrafos 4to. y ss.).

Seguidamente, la defensa pretende quitar entidad a las lesiones sufridas por la víctima, con apoyo en la declaración testimonial de la propia víctima, la de su hermano, Aldo Ariel Tello, el informe de la policía de investigaciones que se hizo presente en el Hospital Lencinas, el parte médico que se consigna en la notitia criminis, el diagnóstico del médico Lazarini y el examen físico del Cuerpo Médico Forense n° 143006 del 30 de enero de 2021 de los que surge que Tello tenía dos heridas de arma de fuego con orificio de entrada sin salida en el brazo y otro en el glúteo. En el mismo sentido, cuestiona la afirmación de la sentencia respecto a que dichas heridas pudieran resultar de esquirlas de los proyectiles.

Del mismo modo cuestiona la realización de disparos ya sobre el portón de la vivienda en apoyo a la inexistencia de vainas encontradas en dicho lugar.

Sin embargo, corresponde decir que el juez de la instancia previa valoró todas y cada una de las pruebas rendidas en orden a ambos tópicos, tanto las testimoniales como la prueba instrumental debidamente incorporada.

El juez de la instancia anterior expresamente se refiere a ello, en forma contraria a lo reseñado en el libelo recursivo en el que se alega falta de tratamiento, al afirmar que no puede afirmarse con certeza la cantidad de disparos que impactaran en la humanidad de la víctima (ver fundamentos de la sentencia, p. 5, párrafos 2º en adelante).

Entiendo que no resulta determinante establecer ni la cantidad de disparos que se efectuaran, ni lo que al efecto sostuviera la propia víctima que fue quien en forma sorpresiva y en plena huida a fin de resguardarse del ataque, escuchó o sintió o lo que percibió su hermano, para concluir cuáles fueron efectivamente las heridas y si las mismas produjeron riesgo de vida, como informa el Cuerpo Médico Forense en el informe ya citado.

En efecto, de este informe, elaborado luego de que la víctima fuera intervenida, surge el diagnóstico de la víctima: «paciente con diagnóstico de post operatorio: herida por arma de fuego toracoabdominal-». Asimismo, de allí se desprende la envergadura de dichas lesiones, esto es, tal como señalara la propia víctima, la extirpación de un riñón –lesión renal derecha grado V y nefrectomía derecha–; hemoneumotórax derecho, drenaje pleural derecho, hemostasia hepática, lesión hepática grado III, lo que se compadece con su declaración cuando refiere que le extrajeron parte del hígado (ver fundamentos, p. 5, párrafos 2º, 3º y 4º).

La notitia criminis no es sino una transcripción de una novedad recibida telefónicamente por el ayudante fiscal de parte del personal policial Oficial Lamas de Comisaría 50 de Godoy Cruz. De ésa surge que la víctima recibió varios disparos de arma de fuego identificando al autor como Fernando Tello, y referencias de entrevista a la madre, Eufemia Tobares y a su hermano Aldo Tello, quien mencionó que las heridas eran en los miembros inferiores por lo que no corrió peligro su vida, pero se informa acerca de la existencia de impactos de bala en el frente de la vivienda y varias vainas servidas, desconociéndose el estado de salud de la víctima porque fue trasladado al hospital Lencinas y luego al Lagomaggiore por sus familiares.

Luego se dejó constancia en la novedad de las directivas impartidas así como de la comparencia al

nosocomio de personal de investigaciones que se plasma en el informe policial del 29 de enero de 2021. En todos ellos, se hace referencia a la existencia de dos heridas de arma de fuego.

Sin embargo, no puede afirmarse sin más, incluso con mención al informe del Cuerpo Médico Forense que corroboraría el diagnóstico del médico Lazarini, que cualquier otra lesión que hubiera tenido la víctima debería constar en dicho informe y si allí no consta es que no las tenía.

Claramente dicho análisis, en mérito del análisis completo del informe del Cuerpo Médico Forense en el que la propia defensa se basa, no es sino una visión sesgada a sostener su hipótesis defensiva.

De tal manera, su ponderación de dicho informe, así como del resto de la prueba instrumental y testimonial, resulta parcializado con el objetivo de pretender aminorar la gravedad de las lesiones que, sin embargo, han sido evaluadas por quienes resultan profesionales de la salud, como generadoras de riesgo de vida.

Lo propio debe decirse acerca de la cantidad de disparos efectuados y el lugar donde los mismos se produjeron. El informe de Policía Científica debidamente incorporado, realizado en el lugar del hecho, el mismo procedimiento policial inicial, los informes balísticos incorporados (ver Sistema LeD, orden 30., expediente completo, fs. 122/143 y 193/197, fs. 2/3; y fs. 49/55 respectivamente) los rastros hemáticos dentro de la vivienda y fuera de ella, tal como indicara el sentenciante, dan cuenta de la existencia de más de dos disparos –se levantaron diez vainas servidas y cuatro proyectiles deformados–, percutidos por un mismo arma de fuego calibre 9 milímetros, ocho de ellos sobre la puerta de entrada de la vivienda y al menos una vaina sobre el portón, que presentaba desprendimiento de material.

Ello no encuentra sino efectiva corroboración con las testimoniales rendidas y ya analizadas, y así resultó valorado, en análisis que comparto, en los fundamentos de la sentencia.

Por otra parte, la defensa se agravia de la existencia de diferencia de valoración de la prueba de descargo en relación a la de cargo, en tanto asienta sobre la veracidad de la primera la ausencia de autoría del acusado. Entiende que el juez de sentencia justificó las contradicciones incurridas por los familiares de la víctima procediendo en forma contraria respecto de los testigos de cargo.

Los testigos de descargo, vecinos en su gran mayoría del acusado, coincidieron en la existencia de una obra, efectuada por el acusado y su cuñado, de destape de cloacas o desagües en el lugar donde vivían en Guaymallén, esto es calle Catamarca 2141 de San José. Sin embargo, no sucedió del mismo modo al ubicar temporalmente su realización.

Juan Manuel Ferrero Castro, quien vivía en el lugar en la casa que daba al frente y manifestó conocer al acusado dos meses antes de ser detenido, refirió que «[ese] día se habían tapado las cloacas de todos los departamentos [...] volvió a la noche y todavía estaban trabajando [y refiriéndose a quiénes lo hacían] Fernando, mi mujer y los cuñados de ellos [...]».

Añadió que no recordaba la fecha, que fue hace mucho, que era un día de verano y que le hicieron acordar, al pedirle la esposa del acusado Antonella, luego de más de un año que viniera a declarar (constancia audiovisual del 21/06/2022, minutos 00:05:51 y ss.).

Federico Ahumada, también vecino de esos departamentos, afirmó ser quien tapó las cañerías con la intención de destaparlas, y ubicó el suceso a fines de enero. Así señaló que «[h]abían pasado las fiestas, a fines de enero [...]. Yo me fui al mediodía, a un asado a la casa de mi suegra, cuando llegué ya era oscuro, de noche [...]».

Agregó que no podía decir el horario y que la esposa de Fernando Tello les pidió a él y a su esposa, María Muñoz, si podían atestiguar (constancia audiovisual del 21/06/2022, minutos 00:22:20 y ss.).

Sin embargo, Guillermo Pereira, cuñado del acusado, su pareja, Daiana Verónica Soria, y Silvia Roxana

Olivera Tapia, declaración rendida en la investigación penal preparatoria que fue incorporada por lectura, sí sostuvieron que la obra de destape de cañerías que habría ocupado al acusado se realizó el 29 de enero de 2021 hasta altas horas de la noche, con diferencias en cuanto a si el día se trataba de un viernes o un domingo.

No obstante resultar cierto que el día del suceso fue viernes, y no domingo como sostuviera el representante del Ministerio Público Fiscal, las imprecisiones, dado el tiempo transcurrido, desde el suceso a la declaración en el debate y las explicaciones vertidas, resultan imprecisas y contradictorias.

Pereira, dijo inicialmente que era el 29 de enero, pero acerca de si el día era viernes o domingo, sostuvo «[...] teníamos la tirada de la prima de mi señora que cumplía los quince [...] no pudimos ir porque nos quedamos como hasta las doce [...] ya era tarde [...]», a lo que sumó que era domingo y que había ido a la feria de mañana a descargar así como que lo hace cuando se queda sin trabajo porque le queda cerca (constancia audiovisual del 21.06.2022, minutos 00:43:35 y ss.).

Su esposa, Daiana Soria, sin embargo, sostuvo que «[...] era 29 de enero, ese día tenía la «tirada» de mi prima de pero como estábamos trabajando, era tarde, no fuimos, fuimos directamente al otro día, [...] un viernes [...]» (constancia audiovisual del 21/06/2022, minutos 01:01:08 y ss.).

Olivera Tapia, a los fines de su recuerdo, hizo mención a la carga de combustible acontecida bastante tiempo atrás.

Coincido en la valoración efectuada por el juez de la instancia anterior, y no advierto arbitrariedad cuando sostiene que estas declaraciones no logran conmover la solidez de los testimonios que abonan la acusación, las que adunada a la prueba instrumental incorporada, le permiten acceder a la certeza necesaria para la condena del acusado.

En conclusión, debe afirmarse que el sentenciante en sus fundamentos ha brindado un análisis detallado, completo y minucioso, con estricta observancia de las reglas de la sana crítica racional –de acuerdo con los principios lógicos de coherencia, derivación y de la experiencia común– de todas las testimoniales rendidas, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada al debate.

En mérito a lo expuesto considero que los agravios de la defensa vinculados con la valoración de la prueba no pueden ser de recibo en esta instancia.

Finalmente, he de referirme, aun cuando no haya sido materia de cuestionamiento de la defensa, respeto de la forma de construcción de la escala penal para el delito que nos ocupa – homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa- efectuada en la tercera cuestión por el juez de la instancia anterior y vinculada con la jurisprudencia de este Tribunal.

En autos el representante del Ministerio Público solicitó una pena de once años de prisión conforme los arts. 40 y 41 del CP con invocación de la doctrina surgida en el **plenario «Carpintero Sbarbat»** de esta Suprema Corte de Justicia respecto al modo de computar la pena en materia de tentativa.

Asimismo, requirió la declaración de reincidencia del acusado.

La defensa consideró irracional aquel pedido de pena al superar largamente el mínimo del homicidio simple consumado.

El sentenciante sostuvo que el delito prevé reducción de la pena por resultar en grado de tentativa (art. 44 y ss. del CP); que dicha escala calculada conforme al precedente anterior **«Geredus»** de esta Sala oscilaba entre los tres años y seis meses de prisión y los dieciséis años y seis meses de prisión.

A ello, agregó que, conforme el **precedente «Carpintero Sbarbat»** dictado en fecha 23 de junio de 2022, dicha escala se debía fijar restando un tercio al mínimo quedando el máximo, en forma idéntica al anterior, en la mitad.

Asimismo sostuvo, respecto a la obligatoriedad de dicho plenario a los tribunales inferiores en orden a la fijación de la pena de la tentativa, que debía aplicarse la misma regla que la ley penal en cuanto a su validez temporal, es decir su no aplicación retroactiva, en tanto resulta menos beneficiosa para el justiciable. De allí concluyó que resultaba de aplicación el criterio establecido en el **precedente «Geredus»**.

En abono de ello, entendió que una única interpretación obligatoria permitiría tratamiento desigual entre imputados de un mismo hecho cuya situación se resuelva en diferentes momentos y ejemplificó, añadiendo, asimismo, que dicho plenario resultó dictado durante la tramitación del debate y antes del dictado de la sentencia.

Luego impone una pena de siete años y seis meses de prisión con la declaración de reincidencia, pena que no obstante ser considerada en base a la escala del **precedente «Geredus»**, fue fijada en orden a las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP. Ha de señalarse, que no obstante si bien dicha pena duplica y supera el mínimo del precedente invocado, coincide asimismo con el mínimo que resulta de aplicar la nueva jurisprudencia plenaria de esta Sala.

Al respecto, debe señalarse que no acierta el juez de la instancia anterior cuando afirma que al caso era aplicable el precedente «Geredus», anterior al plenario «Carpintero» por varias razones.

Cabe señalar, en primer lugar, que la previsión del art. 2 del CP no resulta aplicable a la jurisprudencia. En este sentido, comparto la opinión de Roxin cuando afirma que «[r]especto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad».

Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprud. anterior, éste tiene que soportarlo pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida» (**ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña-Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, tomo 1, pp. 165/166**).

De otro modo, se equipararía indebidamente la ley con la jurisprudencia, lo que resulta contrario a la división de poderes que informa nuestro sistema republicano de gobierno.

Asimismo, y en segundo lugar, debe señalarse que la jurisprudencia de este Tribunal en la materia no era pacífica. Valga recordar que con posterioridad al **precedente «Geredus»** que se invoca y, en forma contraria a aquella doctrina, con distinta integración pero también mayoritaria de esta Sala, se dictó el precedente «**Guiñazú Samo**», en el que ya surgía la postura que luego conformara la mayoría del plenario «**Carpintero**». En el lapso intermedio, se reiteró la doctrina del primero en «**Díaz Castro, Franco Agustín**». Precisamente ello fue lo que motivó la celebración de aquel plenario. Entre los aspectos más importantes, allí se dijo que «la presente sentencia plenaria tiene por objetivo fijar la interpretación de la reducción de la escala penal prevista en el primer párrafo del art. 44 del CP [...] y permite comprender la relevancia institucional de este acuerdo plenario y circunscribir el thema decidendum» (ver, al respecto, el voto de la mayoría en el plenario «**Carpintero**»).

De tal manera, no acierta el juez de la instancia anterior cuando afirma, que debe aplicarse la misma regla que a la ley penal en cuanto a su validez temporal de la obligatoriedad de una única interpretación para los tribunales inferiores que surge de dicho fallo plenario y, en consecuencia, que no puede ser abarcativo en forma retroactiva a hechos con fecha de comisión anterior resultando la interpretación que surge del **fallo «Geredus»** más beneficiosa para el justiciable.

Por el contrario, la jurisprudencia, en cuanto a la construcción de la escala penal en materia de tentativa

–art. 44 del CP–, lejos estaba en esta Sala de conformar una jurisprudencia inveterada, uniforme y constante.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que tanto la anterior ley 4969 (arts. 6 inc. d y 7), como la vigente ley 9.423 (arts. 9 y 10), disponen que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza es el órgano jurisdiccional responsable de la uniformidad de la jurisprudencia penal en el ámbito provincial.

La supuesta violación al principio de legalidad y pro homine que se invoca y ejemplifica para desoír la doctrina del fallo plenario, no es tal. Contrariamente, a la par del principio de legalidad debe observarse además la garantía de igualdad ante la ley.

Así, la ventaja de la unidad del derecho positivo vigente en todo el territorio nacional, viene dada por el art. 75 inc. 22 de la CN, pero ello se ve resquebrajado por la interpretación que de él hacen los distintos tribunales de justicia, de los que resultan destinatarios los ciudadanos cuando recurren al sistema de justicia obteniendo, según el caso, soluciones disímiles en casos idénticos.

Ahora bien, al no configurar la pena impuesta específico motivo de agravio del impugnante y encontrándose, como se expresara más arriba, debidamente fundada en los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP y mensurada dentro de la escala que surge del **plenario «Carpintero Sbarbat»**, no obstante coincidir en el mínimo de ésta, no cabe cuestionamiento alguno a dicha pena en aplicación al principio que prohíbe la reformatio in peius (art. 462, última parte del CPP).

Por lo expuesto y, opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la sentencia criticada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

S E N T E N C I A:

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

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Fernando Esteban Tello Puebla.

2.- Imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

22- RAMOS FLORES. 07-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231207_FcRFY.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 495 inc. 5° del CPP.

Vox: VG. Homicidio agravado. Arma de fuego. Tentativa. Robo agravado. Amenazas.

Summa:

El TPC condenó a:

- a- a **Ramos Flores** a la pena de **nueve años de prisión** como autor de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2 segundo párrafo del CP) (autos nº P-93.822/20), amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto, 55, 92 en función de los arts. 80 inc. 1 y 11 y 89 del CP) (autos nº P-1143/21) y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los arts. 80 incs. 1 y 11 y 89 del CP) (autos nº P30.342/21). En la misma resolución se revocó la condicionalidad de la pena impuesta a Carlos Guillermo Ramos Flores mediante sentencia nº 2 de fecha 4/6/2018 en autos nº P-136.914/12 y unificó ambas penas en la **pena única de doce años de prisión**.
- b- a **Acosta Bruna** a la pena de **siete años y seis meses de prisión** como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2 segundo párrafo del CP) (autos nº P-93.822/20).

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2258, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Tentativa

- Carpintero Sbarbat. 23-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=857>
- Geredus. 30-08-12
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDEzMzE=&t=bla=c2M=>
- Guiñazú Samo. 14-03-17
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIyMDI=&t=bla=c2M=>
- Díaz Castro, Franco. 24-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>

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

Fallo:

CUIJ: 13-06985817-6/1((018601-93822)) FC/ RAMOS FLORES Y ACOSTA BRUNA P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN GRADO DE TENTATIVA (93822) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106228407*

En Mendoza, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06985817-6 caratulada “F. C/ RAMOS FLORES CARLOS G. Y ACOSTA BRUNA DAVID I. P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, las defensas de Carlos Guillermo Ramos Flores y David Isaías Acosta Bruna, interponen recurso de casación contra la sentencia n° 2258, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto condena a Carlos Guillermo Ramos Flores a la pena de nueve años de prisión como autor de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2 segundo párrafo del CP) (autos n° P-93.822/20), amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto, 55, 92 en función de los arts. 80 inc. 1 y 11 y 89 del CP) (autos n° P-1143/21) y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (art. 92 en función de los arts. 80 incs. 1 y 11 y 89 del CP) (autos n° P30.342/21).

En la misma resolución se revocó la condicionalidad de la pena impuesta a Carlos Guillermo Ramos Flores mediante sentencia n° 2 de fecha 4/6/2018 en autos n° P-136.914/12 y unificó ambas penas en la pena única de doce años de prisión.

Por su parte, y en relación con David Isaías Acosta Bruna en la resolución cuestionada se lo condenó a la pena de siete años y seis meses de prisión como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis, 42, 55 y 166 inc. 2 segundo párrafo del CP) (autos n° P-93.822/20).

La resolución fue dictada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

En función de los recursos interpuestos, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia criticada, en lo pertinente para la solución de la presente establece que: «[...] ha quedado probado con grado de certeza que para fecha 13 de diciembre de 2020, entre las 18:00 y las 18:30 horas, en las inmediaciones de calle Rópolo y callejón Ruggeri de Buena Nueva, Guaymallén, Carlos Guillermo Ramos Flores y David Isaías Acosta Bruna interceptaron a Víctor Emanuel Contreras, con quien tenían conflictos de antigua data. Ramos le pasó a Acosta un arma de fuego y Acosta disparó contra Contreras,

hiriéndolo en la pierna izquierda de Contreras, mientras Ramos le decía a Acosta “dale, Grandote, matalo, matalo”.

A continuación, le sustrajeron un celular marca Samsung J2 y cuatro mil quinientos pesos. Seguidamente, Acosta efectuó un segundo disparo que dio en el piso. Contreras salió corriendo y, en ese momento, Acosta le disparó por tercera vez, hiriéndolo en la cabeza. Contreras se refugió en una vivienda, mientras Ramos les gritaba a los ocupantes de la misma “dale, dejanos entrar o sácalo así lo matamos y nos vamos».

Para así decidir la jueza de la instancia previa tomó en consideración las testimoniales prestadas en audiencia de debate por Erica Susana Ramos, Víctor Emanuel Contreras, Laura Cufre, Natán Fernández y Nahuel Alejandro Flores Ramos, la declaración incorporada por lectura de Abraham Cufre, como así también el resto de la prueba válidamente incorporada.

2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas

2.a.- *El recurso de casación de la defensa de Carlos Guillermo Ramos Flores*

La defensa de Ramos Flores promueve recurso a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP y sólo en relación a la condena obtenida respecto a los hechos investigados en autos nº P93.822/20.

En primer lugar, cuestiona la valoración probatoria llevada a cabo por la jueza de la instancia previa. Critica el valor asignado a la declaración de Víctor Emanuel Contreras y sostiene que al resultar el único testigo de los hechos, la ponderación de su declaración debió haber sido rigurosa.

En este aspecto, considera que no se halla presente la alegada falta de ganancialidad en su declaración.

Critica también la valoración llevada a cabo respecto de los testimonios de Laura Cufre y Abraham Cufre y su vinculación con prueba instrumental. En torno a los vicios sustanciales, afirma que ha existido errónea aplicación del art. 44 del CP. Pretende la aplicación al caso del **precedente «Geredus»** y explica los motivos por los cuales no debiera aplicarse el **plenario «Carpintero Sbarbat»**.

Así señala que su planteo se basa en tres cuestiones básicas:

- a) interpretación más favorable para el acusado;
- b) ley penal más benigna y,
- c) principio de igualdad.

Respecto al primer punto afirma que debió aplicarse el criterio de reducción de la escala penal de la tentativa que surge del fallo «Geredus» porque los hechos investigados datan del 13 de diciembre de 2020, lo que coloca un límite temporal en cuanto a la ley aplicable –en este caso la jurisprudencia existente– en cuanto a la forma de interpretar el art. 44 del CP. Señala que a la fecha de los hechos aquí investigados no había consenso en esta S.C.J.M. en cuanto a qué criterio seguir (**«Carpintero Sbarbat»** es del 23 de junio de 2022).

En cuanto a la aplicación de ley penal más benigna, reclama que en el caso debe entenderse como aplicación de jurisprudencia penal más benigna, haciendo analogía del art. art. 495 inc. 5 del CPP. Considera que estamos ante un caso de jurisprudencia del Tribunal Provincial Superior más benigna, tal como prevé la norma referida, motivo por el cual debe aplicarse el criterio vigente al momento de los hechos al dictar sentencia condenatoria.

En relación con el principio de igualdad referido, señala que se encuentra relacionado con los puntos expuestos. Afirma que la fecha de comisión del delito resulta un sistema de garantía del mismo, añade que la jueza al aplicar el criterio seguido en el **fallo «Carpintero Sbarbat»** vulneró el principio de igualdad. Ejemplifica su petición frente a personas que hubiesen cometido hechos en grado de tentativa en la misma fecha que su asistido pero cuya situación procesal se resolvió conforme el criterio anterior. Formula reserva del caso federal.

2.b.- Recurso de casación de la defensa de David Isaías Acosta Bruna

La defensa de Acosta Bruna promueve agravios a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP. Ello, toda vez que critica la valoración de prueba realizada en la instancia previa. Sostiene que el hecho no fue llevado a cabo por su asistido. Refiere que al momento de realizarse la ponderación de pruebas no se han observado las reglas de la sana crítica racional.

Concretamente, cuestiona la ausencia de valoración de la prueba de descargo, pues afirma que la sentencia se funda exclusivamente en la prueba de cargo. Afirma que la jueza de sentencia descartó la tesis defensiva pese a la falta de elementos objetivos como sería el secuestro de armas o de los elementos sustraídos.

Asimismo, señala que no se levantaron vainas y que no se realizó una inspección en el lugar del hecho. Por su parte, alude a la baja calidad de la información aportada por la testigo Érica Ramos, así como a la falta de declaración del testigo Enzo Lucero, quien habría socorrido a la víctima y no fue citado al debate –ni se pidió su declaración–. En función de lo expuesto, reclama la absolución de su asistido. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General luego de analizar los agravios propuestos por las defensas de ambos acusados, considera que, si bien proceden formalmente, deben rechazarse en el fondo ambos recursos.

En este sentido, señala que la autoría de Ramos Flores en el hecho se encuentra acreditada y la jueza estuvo en condiciones de llegar a la certeza requerida para condenar en atención a las pruebas obrantes en la causa.

Respecto a la fotografía presentada como prueba de descargo, de la información extraída del teléfono celular de Abraham Cufre surge que la última foto fue tomada a las 15.41 hs. del día 13 de diciembre, resultando posible que el acusado se encontrase en Guaymallén a la hora en que se cometió el delito (18.30 hs. aproximadamente).

Respecto a la interpretación del art. 44 del CP, considera que debe ser rechazado. Señala que la cuestión fue zanjada en el fallo **plenario «Carpintero Sbarbat»** y, respecto a la circunstancia de que el hecho es del año 2020, recuerda que existía el precedente de la SCJM del año 2017 **«Guiñazú Samo»**. En lo relativo a la crítica formulada por la defensa de Ramos Flores, considera que también se encuentra fundada la autoría y participación del mismo en el hecho y que las razones esgrimidas por la magistrada para llegar a la certeza condenatoria resultan claras. En función de lo expuesto, entiende que debe ser confirmada la sentencia cuestionada por las defensas.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 18 de abril de 2023 se llevó a cabo audiencia de informe oral en la presente causa, ocasión en que las partes expusieron los argumentos que abonan sus respectivas posturas y que fueron detalladas en los apartados anteriores.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos promovidos considero, por los motivos que a continuación se detallan, que corresponde su rechazo.

De manera preliminar, corresponde aclarar que por una cuestión metodológica procederé a dar tratamiento en primer término a los vicios formales propuestos por ambas defensas, puesto que se dirigen a cuestionar la valoración de los medios de convicción llevada a cabo por la jueza de la instancia previa (a).

Seguidamente, abordaré los vicios relacionados con la propuesta de la defensa de Ramos Flores vinculada con la pretendida errónea interpretación del art. 44 del Código Penal (b).

a- Valoración de la prueba

a.- En primer lugar, debo señalar que considero que la labor de ponderación de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa se llevó a cabo por la jueza de la instancia anterior en forma acertada, con respeto de las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

En este sentido y, contrariamente a lo que sostienen las defensas, la jueza valoró con rigurosidad el testimonio de Víctor Emanuel Contreras y, en ese sentido, examinó la faz interna del relato y señaló las circunstancias específicas referidas por aquél al momento del debate. Destacó, asimismo, la invariabilidad del testimonio de Contreras.

En efecto, el mismo día del hecho Contreras concurrió a la dependencia policial y denunció los hechos de los que había sido víctima y, en esa ocasión, dijo que los autores habían sido Carlos Ramos Flores y un sujeto llamado David, que era novio de una hermana de Carlos Ramos Flores, en referencia a David Isaías Acosta Bruna.

Al respecto consideró la jueza de la instancia previa que las constancias del CEO servían a modo de corroboración periférica puesto que la noticia sobre la presencia de Víctor Emanuel Contreras herido en la calle se obtuvo minutos antes (18.33 hs) del horario en que formuló la denuncia.

En otro orden, también acierta la jueza de sentencia al considerar que el testimonio de Érica Susana Ramos brindó apoyo a los dichos de Contreras, en cuanto a que recordó –luego de que se le diera lectura de la testimonial que prestó en la investigación penal preparatoria– que vio pasar a dos personas por la vereda y que Contreras pedía ayuda.

Agregó que, en tanto, uno de sus hijos le dijo que tenía sangre, al parecer en el pie y la cabeza. Asimismo, en la sentencia la jueza contrastó la declaración de Contreras con otros elementos probatorios, tales como el contenido del informe del CEO que referencia el llamado efectuado por Érica Ramos al 911.

Así, tomó en consideración que, en esa llamada telefónica, Érica Ramos dijo que se querían llevar a la persona herida, en consonancia con lo declarado por Contreras, quien refirió que sus agresores pedían a la familia de la finca donde ingresó a resguardarse «dejanos entrar o sacalo, así lo matamos y nos vamos».

Por su parte, la jueza detalló y valoró también las historias clínicas remitidas desde los hospitales en los que, como consecuencia del hecho, ingresó Víctor Emanuel Contreras.

Desde el Hospital Central se informó que el diagnóstico fue de herida de arma de fuego en región retroauricular izquierda y en pierna izquierda; en tanto desde el Hospital Santa Isabel de Hungría se informó que Contreras presentaba cuerpo extraño en región occipital izquierda y que, al tomarle radiografía, se detectó un proyectil en región retroauricular izquierda extracraneal.

Esta información coincide también con la dinámica del hecho relatada por la víctima. De esta manera, la jueza entendió corroborado el relato de Contreras por medios convictivos objetivos.

Así, no puede prosperar la crítica de la defensa relativa a la ausencia de elementos objetivos que corroboren el hecho por defecto de investigación.

Al respecto, advierto que más allá de las deficiencias investigativas apuntadas por la defensa, como también las advertidas por la jueza –en torno a la falta de corroboración de la fecha de nacimiento de la hija del acusado Acosta Bruna–, el hecho atribuido a los acusados se encuentra suficientemente acreditado.

También en la resolución impugnada se advierte el tratamiento de un posible móvil vindicativo por parte de Contreras, que pudiera restar crédito a sus declaraciones.

En este punto la defensa formuló planteos destinados a desmerecer la convicción del relato de Contreras a partir de una supuesta enemistad con los acusados.

Este planteo es reeditado en la instancia casatoria. En este aspecto, coincido con el abordaje de la jueza de la instancia previa en relación con el tópico planteado.

Ello, en tanto alude a la existencia de «antagonismo y animadversión» entre Víctor Emanuel Contreras –por un lado– y Carlos Guillermo Ramos Flores y David Isaías Acosta Bruna –por el otro–, derivados de diversos motivos, según la versión que se tome en consideración.

Si bien admite una posible merma en el crédito asignado a la declaración de Contreras, consideró, sin embargo, que no era posible desecharlo.

En este punto la defensa de Ramos Flores cuestiona que la alegada enemistad sea considerada como un motivo para la agresión.

Por el contrario, entiendo acertada la consideración de la jueza de la instancia previa según la cual efectivamente tales conflictos previos aportan un móvil suficiente para el hecho cometido.

En tanto que la introducción por parte de la defensa de Ramos Flores de la versión relativa al pedido de dinero por parte del denunciante para retirar la denuncia no fue considerada suficientemente probada por la jueza.

En este sentido, los testigos que avalarían tal versión, más allá de lucir sinceros, sí tienen interés en el resultado del proceso por el parentesco que tienen con uno de los acusados –Carlos Guillermo Ramos Flores–.

Por otro lado, resulta acertada la apreciación de la jueza al descartar ganancialidad en el persistente testimonio de Víctor Emanuel Contreras debido a los perjuicios que le ha ocasionado el hecho.

En este orden, debe destacarse el pedido de protección formulado en el debate por parte de la víctima (ver registro audiovisual del debate de fecha 2 de agosto de 2.022, a partir del minuto 10.53), como también las consecuencias verificadas en su salud.

Estas circunstancias no sólo resultan en abono de los dichos de Víctor Emanuel Contreras, sino que contrariamente a lo que afirman las defensas de los acusados, permite descartar el agravio defensivo que se vincula con la falta de ponderación del descargo efectuado por los acusados.

La defensa de Ramos Flores cuestiona la valoración hecha en la sentencia en relación con los testimonios de Laura Cufre y Abraham Cufre y la prueba fotográfica que habrían aportado en apoyo a la versión defensiva brindada por Carlos Guillermo Ramos Flores relativa a que el día y la hora de los hechos se encontraba en otro lugar.

En torno a los motivos por los cuales la jueza descartó el valor convictivo de tales fotografías encuentro que lucen suficientemente explicados en los fundamentos de la sentencia y que la defensa ha soslayado tal explicación, sin tratar de desvirtuarla.

Al respecto cabe señalar que las conclusiones a las que llega la jueza se encuentran avaladas por los resultados de las labores tecnológicas llevadas a cabo sobre el teléfono móvil de Abraham Cufre con el que se tomó la fotografía aportada y que serviría como coartada para desvincular a Ramos Flores del hecho.

En este orden, la jueza valoró que la última foto tomada por aquel teléfono móvil fue en el río Mendoza, el día del hecho, a las 15.41 hs.

De tal manera, concluyó que entre ese horario y el momento del hecho existió tiempo suficiente para que el acusado regresara a Guaymallén, departamento donde ocurrió el suceso objeto de la presente causa.

Por último y en relación al reproche efectuado por la defensa de Acosta Bruna en torno a la falta de citación

de Enzo Ramos advierto, del registro audiovisual del debate, que fue en esa oportunidad que Víctor Emanuel Contreras, por primera vez, dijo el nombre de aquella persona, puesto que –según refirió Contreras– no quería ocasionarle problemas.

De tal modo, no fue posible con antelación obtener su testimonio, ni la defensa lo ofreció en esa ocasión de acuerdo con las previsiones del art. 403, primer párrafo del CPP.

Por los motivos expuestos corresponde el rechazo de los vicios formales propuestos, toda vez que no se verifican los defectos señalados por las defensas técnicas de los acusados.

b- Art. 44 del CP. Plenario Carpintero.

b.- En relación al vicio sustantivo propuesto por la defensa de Carlos Guillermo Ramos Flores, relativo a la errónea aplicación del art. 44 del CP, entiendo que corresponde su rechazo.

El recurrente refiere que corresponde apartarse del criterio interpretativo del art. 44 del CP que surge del **plenario «Carpintero Sbarbat»** y para ello argumenta que procede el criterio de la Sala Segunda sostenido en **«Geredus»**, en virtud de una interpretación más favorable para el acusado; por aplicación de ley penal más benigna –reclama al efecto una analogía con el art. 495 inc. 5 del CPP– y por aplicación del principio de igualdad. Planteos que tienen como base que el hecho aquí investigado es anterior al fallo **plenario «Carpintero Sbarbat»**, citado por la jueza sentenciante.

Este agravio no puede tener acogida favorable en esta instancia. En efecto, la argumentación de la defensa supone equiparar la jurisprudencia a la ley a los efectos de la aplicación del principio de legalidad, en particular, en cuanto de él deriva la irretroactividad de la ley penal, salvo de aquella que fuera más favorable al acusado.

Sin embargo, y sin entrar en cuestiones teóricas que exceden el alcance de este pronunciamiento, debe señalarse que ley y jurisprudencia no resultan equiparables como fuentes del Derecho. La defensa, además, no ha aportado argumentos para sostener esta equiparación.

En este sentido, debe tenerse presente que el principio de legalidad en materia penal refiere exclusivamente a la ley, sin que haya razones jurídicas para extender su alcance a la jurisprudencia.

Por otra parte, tampoco se ha afectado el principio de igualdad ante la ley, tal como pretende la defensa. En efecto, la aplicación de criterios jurisprudenciales diversos a la misma situación fáctica sometida a la jurisdicción es consecuencia necesaria de la pluralidad de juzgados y tribunales que intervienen en la administración de justicia.

Precisamente, con el objetivo de reducir la eventual desigualdad de situaciones jurídicas es que se convocó y dictó el plenario en el **caso «Carpintero Sbarbat»** al que alude la defensa. Sin embargo, no puede alegarse que la aplicación a este caso del criterio que emana de aquel plenario vulnere el principio constitucional de igualdad, en la medida en que de manera previa a su dictado también era de aplicación –con invocación del fallo **«Guiñazú Samo»** de esta Sala– el criterio interpretativo que, por mayoría y con mi disidencia expresa, dispuso esta Suprema Corte de Justicia en el plenario aludido.

Dicho en términos claros, con anterioridad al plenario en cuestión eran de aplicación dos criterios interpretativos diversos sobre el modo de reducir la escala penal de la tentativa.

Si bien esto generaba una situación de desigualdad material, ello no era suficiente para sostener que se veía afectada la garantía prevista en el **art. 16 de nuestra Constitución Nacional**, máxime cuando cada uno de esos criterios encontraba apoyo jurisprudencial en sentencias de este tribunal –el **caso «Geredus»**, por un lado, y el caso **«Guiñazú Samo»**, por otro–.

La aplicación de aquellos precedentes jurisprudenciales diversos es suficiente razón para motivar un pronunciamiento plenario por parte de este Tribunal con el objetivo de unificar criterios (tal como lo

disponía el art. 7 de la ley 4.969 y lo dispone actualmente el art. 10 de la ley 9.423), mas no constituye una afectación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Además, debe tenerse presente que nuestra normativa procesal local prevé la situación inversa a la que se verifica en este caso como motivo para revisar una sentencia condenatoria aun cuando haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Así, el art. 495 del CPP prevé como motivo de procedencia del recurso de revisión el caso en que «[...] la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso [...]» (art. 495 inc. 5 del CPP).

Es decir, la desigualdad a la que alude la defensa se torna relevante jurídicamente sólo cuando el criterio jurisprudencial aplicado al caso es más gravoso para el acusado que el sostenido por esta Suprema Corte de Justicia.

Sin embargo, el caso que nos ocupa es diametralmente opuesto: el criterio jurisprudencial aplicado al caso es precisamente el que, por mayoría, adoptó este Tribunal en el **plenario «Carpintero Sbarbat»**. Nuevamente aclaro que, en aquella oportunidad, voté en disidencia. En suma no se ha vulnerado el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, ni con ella disposición alguna del Código penal, la Constitución Nacional o tratados internacionales, sino que, por el contrario, se **ha «Carpintero»**.

Por otro lado, advierto que la jueza de la instancia previa brindó razones que estimo suficientes, al momento de alejarse del mínimo establecido, en razón de que Ramos Flores no sólo fue condenado por el hecho que aquí se recurre.

En efecto, en la sentencia cuestionada también se lo condenó por los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma en concurso real con lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (autos nº P-1.143/21) y lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género (autos nº P30.342/21)

Dicho esto, advierto que, aún en caso de disminuir el mínimo de la escala penal para el delito tentado con el criterio que pretende se aplique el recurrente, el mínimo de la escala penal en atención a lo establecido por el art. 55 del CP, sería superior a sus estimaciones.

Ello, toda vez que el robo agravado por el uso de arma de fuego resultó consumado y, entonces el mínimo de la escala correspondiente a este delito resultaría el mínimo mayor desde el que debería establecerse la escala penal en el supuesto de que la escala penal del delito de homicidio tentado se disminuyese conforme el criterio pretendido por el defensor.

En efecto de aplicar tal interpretación el mínimo del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego tentado, resultaría menor, sin embargo por aplicación del art. 55 el mínimo mayor aplicable sería el del delito de robo agravado por uso de arma de fuego consumado.

En función de lo expuesto, no puede prosperar el vicio sustantivo referido por la defensa de Ramos Flores.

c.- Conclusión

En razón de todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.
SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

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

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia
RESUELVE: 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Carlos Guillermo Ramos Flores y David Isaías Acosta Bruna.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

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

23- ALTAMIRANO. 20-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231220_FcACJ.pdf

Lex: Art. 79, 42, 55 y 149 bis, 1° párrafo 2° supuesto del CP.

Vox: Homicidio simple. Tentativa. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma. Valoración de la prueba. Dolo. Legítima Defensa pretendida.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma (arts. 79, 42, 55 y 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2888, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Parágrafos destacados

“...Así, al analizar los requisitos de la legítima defensa, entendió razonadamente que en el caso concreto no existió una agresión ilegítima por parte de la víctima que haya producido un riesgo que justificara la actuación del acusado. Por ende, al **no existir agresión ilegítima** que justificara la intervención del acusado, no era necesario analizar el resto de los requisitos de la causa de justificación alegada por la defensa...”

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

Fallo

CUIJ: 13-07225671-3/1((038601-21049)) FC/ALTAMIRANO CISTERNA, JOSE EDUARDO P/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA (21049) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106385069*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07225671-3/1 caratulada "F. c/ ALTAMIRANO CISTERNA, JOSÉ EDUARDO P/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de José Eduardo Altamirano Cisterna interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2888, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-21049/22, a la pena de seis años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa en concurso real con amenazas agravadas por el uso de arma (arts. 79, 42, 55 y 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP). De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[e]l día 26 de febrero de 2022, siendo aproximadamente las 9:10 horas la víctima Mariano Iván Jofré se encontraba en la calle, en el interior del Barrio Brandsen de la ciudad de Rivadavia, frente a la manzana C, discutiendo con Rosa Alejandra Fernández, cuando salió de su domicilio sito en Barrio Brandsen manzana C, casa 33, el cónyuge de esta José Eduardo Altamirano Cisterna quien se dirigió hacia la víctima y le asestó una puñalada en el abdomen y una puñalada en el tórax con un cuchillo tipo carnicero con mango de color blanco de aproximadamente de 30 cm de largo, haciendo que la víctima cayera al piso y ocasionándole herida punzo cortante en el abdomen con perforación de intestino delgado y herida punzo cortante en región intercostal del tórax. Ante la situación se interpuso para detener la agresión Andrés Abel Argañaraz, momento en el cual José Eduardo Altamirano Cisterna mientras le amagaba con el cuchillo detallado le manifestó «ahora seguís vos, te voy a cortar el cogote».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de Iván Jofré, Fabiana Contrera, Carlos Jorge Pringles, Andrés Argañaraz, Ovidio Vera y, del acusado, la historia clínica del Hospital Perrupato de Iván Jofré.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Considera que la sentencia recurrida se encuentra viciada por falta de motivación por omisión arbitraria en valorar, en su totalidad, las declaraciones de Mariano Iván Jofré, de la médica Interlandi del Cuerpo Médico Forense, de Sergio Daniel Montero, de Gonzalo Bazán y del acusado, como así también el examen físico de la víctima y el examen físico y psíquico del acusado.

Al respecto, sostiene que, de no haber existido el mencionado vicio, habría variado, no sólo la valoración efectuada a la totalidad de la prueba testimonial de descargo, sino principalmente el resultado condenatorio de la resolución.

Ello, toda vez que demuestran la inexistencia del dolo homicida y la existencia de la legítima defensa que justifica el obrar del acusado en las lesiones sufridas por la víctima.

En cuanto al examen físico practicado al acusado, la defensa sostiene que se concluyó que podía deberse a un golpe con un cinturón. Esto concuerda con las manifestaciones de Iván Jofré, quien reconoció haber estado tirando golpes al aire con el cinturón al acusado.

Asimismo, la defensa sostiene que la sentenciante omitió valorar el testimonio del oficial Gonzalo Bazán de Criminalística, quien estableció en forma contundente que las manchas hemáticas fueron recolectadas de la misma línea de vereda del domicilio del acusado.

Esto evidencia, según la defensa, que la víctima no fue atacada por el acusado en la vereda de enfrente, y demuestra la falsedad de las declaraciones de los testigos tenidos por la sentenciante como veraces y confiables.

Estos testigos son, Fabiana Contreras, Andrés Argarañaz e Iván Jofré, quienes sostuvieron que éste último, víctima en autos, se encontraba revoleando el cinturón en la vereda de enfrente de la vivienda del acusado de manera inofensiva.

Por otra parte, estima que la sentenciante valoró en forma parcializada el testimonio de Edgar Josue Altamirano.

En este sentido, la defensa manifiesta que el testigo vio y presenció que fue Iván Jofré quien se apersonó en el domicilio del acusado portando un cuchillo tipo carnicero y que el acusado al oponer defensa contra el ataque de aquél hacia su esposa e hijo, fue atacado con el cuchillo y se defendió.

En este sentido, la defensa argumenta que esta versión coincide en un todo con las testimoniales tenidas por la sentenciante como dubitables, a saber, la de Rosa Alejandra Fernández, de Carlos Pringles y de Ovidio Vera.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Entiende que resulta suficiente y correcta la valoración de la prueba en la sentencia atacada. Con relación al dolo homicida y la tentativa de delito de homicidio, estima que, siguiendo la doctrina según la cual debe considerarse la cualidad prototípica de peligro de la acción lesiva, resultaría prototípicamente peligrosa la acción lesiva de un cuchillo de 30 cm asestado en el abdomen y en la espalda de la víctima, perforando su pulmón y, típica al delito de homicidio, cuya consumación fue evitada por razones ajenas a la voluntad del acusado.

Conforme lo expuesto, solicita que se convalide en esta instancia la sentencia cuestionada por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver los planteos de la defensa en esta instancia considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada, no advirtiéndose omisión en la valoración probatoria, ni arbitrariedad al motivar su decisión.

De tal manera, y como se explicará, los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó la sentenciante.

Antes de comenzar con el análisis de la sentencia y del recurso, es importante aclarar que la sentenciante al momento de fundamentar la condena refirió que Fabiana Contrera era la esposa del acusado.

Sin embargo, se advierte que Fabiana Contrera es la madre de la víctima y que la esposa del acusado es Rosa Fernández. Ello, se trata de un mero error material, sin trascendencia en la validez de la sentencia.

La defensa refiere que la sentenciante omitió, en forma arbitraria, valorar en su totalidad las declaraciones de Iván Jofré, de Sergio Daniel Montero, de Gonzalo Bazán, de la médica Interlandi y del acusado, como así también el examen psíquico del acusado y los exámenes físicos de la víctima y del acusado.

En efecto, considera que la valoración de tales pruebas demuestra, por un lado, la inexistencia del **dolo** homicida por parte del acusado y, por el otro lado, la existencia de **legítima defensa** que justificó el obrar del acusado.

Al respecto, considero que no le asiste razón al recurrente, en tanto la sentenciante, en sus fundamentos orales, especificó por qué razón consideró que el acusado **no actuó en legítima defensa**.

Así, al analizar los requisitos de la legítima defensa, entendió razonadamente que en el caso concreto no existió una agresión ilegítima por parte de la víctima que haya producido un riesgo que justificara la actuación del acusado. Por ende, al **no existir agresión ilegítima** que justificara la intervención del acusado, no era necesario analizar el resto de los requisitos de la causa de justificación alegada por la defensa.

En efecto, se advierte que la estrategia defensiva, para justificar el accionar del acusado, fue poner en la escena del hecho una bebé.

De esta manera, tanto el acusado como su esposa Rosa Fernández, manifestaron que Iván Jofré se encontraba ofuscado, revoleando un cinturón y que le pegó un cinturazo a aquélla y a su hija, motivo por el cual el acusado lo golpeó.

Como consecuencia de ello, a la víctima se le cayó un cuchillo pequeño y el acusado lo tomó y le pegó con el cuchillo.

Sin embargo, la sentenciante, luego de analizar toda la prueba rendida en la causa, concluyó que existían dos elementos tanto en la declaración del acusado, como de su esposa, que le impedían creer en sus relatos.

El primer elemento, es el tamaño del cuchillo.

La sentenciante argumentó que, según la prueba rendida en la causa, el tamaño del cuchillo no era pequeño, tal como lo manifestó el acusado y su esposa, sino que por el contrario se trataba de un cuchillo grande.

En este sentido, tanto Carlos Pringles –hermano de Rosa Fernández–, como Ovidio Vera manifestaron que el cuchillo era de unos 30 cm de largo.

El segundo elemento, es la presencia de la bebé en el lugar de los hechos. Así, la sentenciante argumentó que, el hijo del acusado, Edgar Altamirano relató, cómo habían tenido que arremeter contra la integridad de su padre para que cesara en la feroz agresión que estaba desarrollando hacia la víctima.

De este modo, el testigo manifestó que Rosa Fernández tuvo que tomar con las dos manos de los pelos a su padre para sacarlo, por lo que lógicamente no habría podido hacerlo si tenía la bebé en sus brazos. Asimismo, la defensa refiere que ni Carlos Pringles, ni Ovidio Vera –el vecino que se encontraba enfrente en el momento del hecho–, sospecharon que algún peligro podía ocurrir.

Ello, en tanto ambos se retiraron del lugar para no tener problemas, dejando a Rosa Fernández con su bebé ante una persona, supuestamente peligrosa, que revoleaba un cinturón y tenía un cuchillo en la espalda, entre el cinturón y el pantalón.

Sin embargo, la sentenciante, razonadamente, se preguntó que si la víctima tenía un cuchillo entre el pantalón de jean ajustado y el cinturón, dónde se encontraba el cuchillo en el momento en que revoleaba el cinturón.

Además, argumentó que, de acuerdo con la lógica y la experiencia común, no cabe dentro de un pantalón de jean ajustado un cuchillo de 30 cm de largo.

Estas son las inconsistencias que hicieron que la sentenciante no encontrare creíble el relato del acusado, ni el de su esposa.

En efecto, la sentenciante tuvo por certeramente acreditado que Iván Jofré no iba con ningún cuchillo sino que, por el contrario, el cuchillo lo sacó de su domicilio José Eduardo Altamirano Cisterna que, para evitar que matara a la víctima, tuvieron que arremeter contra él Rosa Fernández tomándolo de los pelos para sacarlo de arriba de la víctima.

Andrés Argañaraz tuvo que revolear una botella de cerveza y romper otra para tratar de asustar al acusado y que, de esa manera, soltara a la víctima. Por su parte, Fabiana Contrera, se abalanzó sobre Iván Jofré y, por último, Edgar Altamirano sacó a su padre de arriba de la víctima para que no lo matara.

En otro aspecto, entiendo que tampoco puede prosperar el cuestionamiento referido a que la sentenciante no valoró el examen físico de la víctima.

Se advierte de los fundamentos que la jueza de la instancia previa analizó el referido examen para llegar a la conclusión que no existió legítima defensa por parte del acusado y que, por lo tanto, el comportamiento no estaba justificado.

En este sentido, afirmó que, si no hubiese habido nadie alrededor, el acusado hubiese matado a la víctima, en tanto se necesitó cinco personas para que lo soltara.

Sumado a ello, del informe de la historia clínica del Hospital Perrupato surge que se puso en riesgo el estado de salud de Iván Jofré, en tanto tenía perforado un pulmón y el intestino delgado.

Asimismo, considero que el agravio dirigido a cuestionar la falta de valoración del examen físico y psíquico del acusado, debe ser rechazado.

En primer lugar, en cuanto a que el acusado presentaba una lesión, que podía deberse a un golpe con un cinturón, estimo que tal circunstancia no constituye de ninguna manera un elemento que acredite una agresión ilegítima por parte de Jofré hacia él y que justifique una situación de la legítima defensa, tal como lo pretende la defensa.

En segundo lugar, con respecto al examen psíquico del acusado, surge de los fundamentos de la sentencia que la jueza si lo valoró, pero no el sentido que pretende la defensa.

Por lo que considero que, su ponderación no resulta significativa dado los elementos de cargo.

De igual manera, tampoco puede tener acogida favorable el agravio dirigido a afirmar que la sentenciante omitió valorar el testimonio del oficial Gonzalo Bazan, quien desacreditó los dichos de los testigos Fabiana Contrera, Andrés Argañaraz e Iván Jofré, en cuanto a que este último revoleaba el cinturón en la vereda de enfrente del domicilio del acusado.

En efecto, la sentenciante luego de analizar detalladamente la declaración de los mencionados testigos, afirmó que no mintieron.

Por lo tanto, la existencia de algunas diferencias de detalle en cuanto a la ubicación exacta de la víctima en el lugar del hecho, no afecta en nada el hecho acreditado.

Ello, en tanto se encuentra acreditado que la víctima se encontraba revoleando un cinturón en la vía pública, cuando el acusado salió de su domicilio con un cuchillo de 30 cm de largo en la mano y le asestó una puñalada por la espalda y otra en el abdomen, ocasionándole perforación de un pulmón y del intestino delgado.

En síntesis, considero que la sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Eduardo Altamirano Cisterna.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de diciembre de 2023.-

24- PALMA y FARINELA. 21-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcPJH.pdf

Lex: Art. 79, 42, 41 bis y 55 del CP.

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

Summa:

El TPC condenó a:

- a- Palma Jofré, en causa la n° P-26.668/18, a la pena de **trece años de prisión** y pago de costas por considerársele coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del CP); y
- b- Farinela Alcaino a la pena de **veinte años de prisión** por considerársele:
 - b-1- en la causa n° P-26.668/18, coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del CP) y,
 - b-2- en la causa n° P-23.682/18, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2446, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Parágrafos destacados

“De hecho, el criterio de la sana crítica racional clama por una valoración integral y complementaria de todo el plexo probatorio, incluso cuando se trata de construir de forma adecuada la cadena indiciaria que permite adquirir la certeza necesaria para la condena.” (Dr. Palermo).

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

Fallo

CUIJ: 13-07104054-7/1((018602-26668)) F. C/ PALMA JOFRE HUGO ROBERTO Y FARINELA ALCAINO DAMIAN EDUARDO P/ Y ACUM P-23.682/18 CARATULADO: "F. C/ FARINELLA ALCAINO ...P/HOMICIDIO SIMPLE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106274581*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07104054-7/1 caratulada "F. C/ PALMA JOFRÉ HUGO ROBERTO Y FARINELA ALCAINO DAMIÁN EDUARDO P-26.668/18 Y ACUM. P23.682/18 CARATULADO: "F. C/ FARINELLA ALCAINO P/ HOMICIDIO SIMPLE", P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, las defensas de Hugo Roberto Palma Jofré y de Damián Eduardo Farinela Alcaino o Damián Eduardo Farineli Alcaino o Damián Leandro Vargas Jofré o David Exequiel Vargas Jofré interponen recursos de casación contra la sentencia n° 2.446 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, en Sala Unipersonal de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto resuelve condenar a Hugo Roberto Palma Jofré, en causa la n° P-26.668/18, a la pena de trece años de prisión y pago de costas por considerárselo coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del CP); y a Damián Eduardo Farinela Alcaino o Damián Eduardo Farineli Alcaino o Damián Leandro Vargas Jofré o David Exequiel Vargas Jofré a la pena de veinte años de prisión por considerárselo, en la causa n° P-26.668/18, coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del CP) y, en la causa n° P-23.682/18, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- La resolución recurrida

En la sentencia previamente individualizada y en el marco de la causa n° P26.668/18, el juez de la instancia tuvo por acreditado que «en fecha 01 de abril de 2016, siendo aproximadamente las 21.30 horas, el imputado Hugo Roberto Palma Jofré conducía un rodado de color negro tipo Volkswagen Voyage o Gol junto a Damián Farinella y tres sujetos no habidos ni identificados hasta el presente estadio procesal, por las inmediaciones del domicilio sito en la manzana "F", casa 18 del Barrio Unión y Fuerza de Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, donde se encontraba Oscar Nicolás Bustos en una camioneta marca Ford modelo Ecosport a quien Palma le efectuó una serie de disparos con un arma de fuego, tipo pistola, calibre 9 milímetros, por lo que Bustos emprendió la huida del lugar, sin provocarle la muerte por razones ajenas a su voluntad. Inmediatamente después, Palma y Farinella a bordo del vehículo referido persiguieron a

Oscar Nicolás Bustos desde atrás efectuando disparos de arma de fuego y al llegar a la intersección de calles Isla Laurie y Presidente Ortiz del Barrio Unión y Fuerza, uno de los disparos impactó en la humanidad de Jesús Gastón García Romero quien se encontraba arribando al domicilio antes mencionado, causándole la muerte» (ver al respecto, fundamentos, p. 10).

Con base en «los extremos objetivos y subjetivos» de la plataforma fáctica reseñada, el juez afirmó que se ha alcanzado el grado de certeza necesaria para condenar e imponer pena sobre los acusados Palma Jofré y Farinela Alcaino por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real. Para así decidir, valoró tanto las declaraciones testimoniales de Roxana Elizabeth Lucero, Oscar Nicolás Bustos, Carolina Gabriela Jaure, Denisse Ayelén Pini, Eva Alejandra Salinas, Florencia Celeste Jaure, Vanesa Álvarez Tejada, Karen Estefanía Jaure Plaza, Javier Calderone Valdez y Alejandra Victoria Sosa, como también la prueba instrumental y testimonial debidamente incorporada con expresa conformidad de las partes. Por su parte, en el marco de la causa n° P-23.682/18 el juez de la instancia previa consideró probado que «el día 22 de marzo de 2018, siendo aproximadamente las 00.50 horas, en las inmediaciones de la Manzana H del Barrio La Gloria de Godoy Cruz, Damián Eduardo Farinella Alcaino interceptó a Gastón Agustín Celan Jara y, encontrándose a escasa distancia del mismo, efectuó un disparo con arma de fuego con una pistola calibre 9mm impactando uno de ellos en el tórax de este último, provocando su deceso por shock hipovolémico a raíz de la herida de arma de fuego» (ver al respecto, fundamentos, p. 13).

Dicha plataforma fáctica ha dado lugar a que el tribunal condene al Sr. Farinela Alcaino por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, (ver al respecto, fundamentos, p. 12).

Para llegar a esa conclusión, ponderó las manifestaciones oportunamente vertidas por los y las testigos Liliana Verónica Jara, Adolfo Hidalgo, Claudia Ester Roldán y Jesús Jontahan Jara. Asimismo, también valoró la prueba instrumental y testimonial incorporada al debate con el expreso consentimiento de las partes.

2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados

a.- La defensa técnica de Hugo Palma Jofré afirma que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada de todos los elementos de prueba incorporados a la causa pues, en su opinión, el juez interviniente no sólo ha valorado de forma arbitraria el plexo probatorio sino que también ha omitido valorar prueba decisiva y cuya consideración conduciría a un veredicto absolutorio. Para fundamentar la afirmación precedente, en primer lugar, manifiesta que el juez ha tenido por probada una determinada plataforma fáctica sin considerar aquella versión de los hechos conforme con la cual se habría producido un intercambio de disparos entre los dos vehículos involucrados en la persecución. En esta variante de la plataforma fáctica, el proyectil que causó la muerte de Gastón García podría haber sido disparado por alguno de los ocupantes del vehículo conducido por Nicolás Bustos (Ford Eco-Sport); de modo tal que la mecánica del hecho no puede tenerse por cierta, ni la autoría de su defendido ha sido demostrada más allá de toda duda razonable. En segundo lugar, advierte que la valoración de la prueba testimonial efectuada por el juez resulta «caprichosa, antojadiza y parcial». Respecto de la declaración testimonial de Florencia Jaure, refiere que esta persona sólo pudo identificar como autor de los disparos a Damián Farinela, pero no a su defendido Hugo Palma, respecto de quien habría manifestado que, si bien lo conoce, «no estaba allí, pero ordenó el ataque». El claro señalamiento de Farinela como el individuo que se bajó del coche a disparar es, para la defensa, aquello que «coloca a Hugo Palma fuera de la escena del hecho».

En relación con la declaración testimonial de Vanesa Tejada, afirma la defensa que esta testigo no pudo asegurar que quien se bajó del vehículo era Hugo Palma, sino que sólo «le pareció». En todo caso, entiende la defensa que el único dato coincidente entre ambas testigos radica en que sólo una persona habría disparado. Como consecuencia, afirma el recurrente que «el autor era Farinela o era Palma», pero que en ningún caso pudo el juez hacer una composición de ambos testimonios y condenar a los dos imputados. Sobre el testimonio de Denisse Pini, la defensa se agravia por considerar que la valoración efectuada por el juez resulta, en este punto, arbitraria. Manifiesta en este sentido que el juez omitió considerar que la descripción realizada por la testigo Pinni –quien sólo «menciona a un tal Hugo, pero lo identifica como una persona de veinte años, soltero, más chico que su hermana (que dice que tenía 25 años) y que vivía en el barrio la Favella»– no se corresponde con la fisonomía, ni los datos de su defendido y que la propia testigo Jaure manifestó en el debate que Denisse no estuvo presente en el primer tramo del hecho, restándole valor probatorio a sus dichos. Así las cosas, la defensa afirma que el juez, si bien reconoció las diferencias existentes entre los relatos ofrecidos por las testigos presenciales, esgrimió una argumentación caprichosa para soslayarlas, con el fraccionamiento de la evidencia en lugar de considerarla en su totalidad. En tercer lugar, la defensa argumenta a favor de la plataforma fáctica alternativa con base en la nueva prueba admitida en el debate y que se encuentra contenida en un pen drive. En efecto, dicho soporte contiene las grabaciones de diversas conversaciones telefónicas mantenidas entre Hugo Palma y Alejandra Victoria Sosa, en las que esta última manifestó que Nicolás Bustos sería el responsable de la muerte de Gastón García, así como también diversas publicaciones realizadas en su cuenta de Facebook con el mismo contenido. Según la defensa, esos diálogos y publicaciones de redes sociales, claramente indiciarias y que favorecen al imputado, no habrían sido correctamente valorados por el juez. Conforme su criterio, resulta inverosímil lo afirmado por la testigo Sosa en relación con que el imputado tenía acceso a su cuenta de Facebook y la habría presionado para afirmar que fue Bustos el autor del disparo que mató a García. Por último, y para dar sustento a la afirmación según la cual la autoría endilgada por el juez a su defendido no ha sido probada de modo suficiente, la defensa alega que se ha valorado de forma arbitraria el testimonio de Javier Calderone. En este orden, refiere que éste se encontraba a bordo del vehículo conducido por Nicolás Bustos al momento de los hechos y explicó que los acusados no fueron los autores de los disparos efectuados, aportando, además, datos para individualizarlos. Cuando el juez afirma que sus dichos no tienen credibilidad alguna debido a que el testigo posee una amistad comprobada con el imputado, razona en contra del principio de la experiencia y el sentido común, pues si el testigo se encontraba en el vehículo junto a Nicolás Bustos, el mismo también fue puesto en peligro por los disparos supuestamente efectuados por Palma y, por tanto, difícilmente pretendería beneficiarlo con su testimonio. b.- La defensa técnica de Damián Farinela también impugna la resolución jurisdiccional que condena a aquél, tanto en la causa n° P-26.668/18, como también en la causa n° P-23.682/18. El recurso interpuesto, al menos en relación con los hechos investigados en la primera de las causas mencionadas, resulta extremadamente similar –en su estructura y contenido– al interpuesto por la defensa de Hugo Palma. El resumen de los agravios previamente expuesto resulta aplicable aquí y, por esa razón, solo se hará una breve consideración de los mismos. En primer lugar, la defensa reitera la argumentación con base en la cual se pretende poner en crisis la plataforma fáctica que el juez ha tenido por acreditada. En este sentido, insiste en que, según los testigos, se habría producido un intercambio de disparos entre los dos vehículos involucrados en la persecución, razón por la cual no es posible afirmar que el proyectil que mató a Gastón García fue disparado desde el vehículo que ocupaba su defendido. En segundo término, reitera aquí el agravio relativo a la valoración

de la prueba testimonial efectuada por el juez interviniente, calificándola también de «caprichosa, antojadiza y parcial». Respecto de la testimonial de Florencia Jaure, refiere que esta es la única persona que sindicó a Damián Farinela como autor de los disparos y que su testimonio no puede ser dotado de la credibilidad que el juez le atribuye, pues es improbable que esa persona haya podido reconocer a su defendido de forma tan clara en esa situación de violencia tan particular. En relación con el testimonio de Vanesa Tejada, afirma la defensa que esta testigo nunca ubicó a Farinela en el lugar de los hechos, sino que le pareció ver a Hugo Palma. Así las cosas, se reitera aquí la estrategia defensiva: dado que sólo una persona habría disparado, «el autor era Farinela o era Palma», por lo que el tribunal no puede condenar a los dos imputados. En cuanto al testimonio de Denisse Pini, se agravia por considerar que la valoración efectuada por el Tribunal resulta arbitraria, pues esta testigo no pudo ubicar a Farinela en el lugar de los hechos ni sindicarlo como autor de los disparos, a lo cual se suma que, según la testigo Florencia Jaure, ni siquiera se encontraba en el lugar donde se produjo el primer tramo del hecho investigado. En tercer lugar, se reitera aquí el argumento asentado en la nueva prueba contenida en el pen drive. Dado que en las grabaciones allí contenidas y en las publicaciones de su cuenta en redes sociales, Alejandra Victoria Sosa manifestó que Nicolás Bustos sería el responsable de la muerte de Gastón García, la defensa considera prueba que favorece al imputado y no habría sido correctamente valorada por el juez interviniente. Por último, también se reitera que existen vicios en la valoración del testimonio de Javier Calderone, quien negó que los acusados fueran los autores de los disparos, lo cual impide afirmar con el grado de certeza necesario que Farinela haya intervenido en el hecho investigado en esta causa. En relación con la condena impuesta a Damián Farinela por los hechos investigados en la causa n° P-23.682/18, la defensa del acusado afirma que el juez ha incurrido en una manifiesta arbitrariedad. Dicho agravio se sustenta en la siguiente argumentación: los únicos elementos de prueba sobre los cuales está asentada la condena son los dichos de L. Verónica Jara y A. Hidalgo, pero resulta que ninguna de esas personas ha sido testigo presencial del hecho, pues ellas no observaron directamente a Farinela disparar el arma contra la víctima. Según afirma la defensa, la única testigo que pudo ubicar a su defendido en las inmediaciones del lugar en que se produjo el hecho fue Roldán, pero dicha testigo sólo afirmó haber observado que el Sr. Farinela corría luego de haber escuchado el disparo. c.- En resumen, tanto la defensa de Damián Farinela, como la de Hugo Palma Jofré, cuestionan la sentencia condenatoria por entender que la prueba obrante en la causa no permite, en modo alguno, tener por acreditada la intervención punible de sus defendidos en los hechos investigados. La decisión del juez de la instancia previa, entonces, sólo puede estar asentada en una valoración arbitraria y parcial del plexo probatorio, por lo que solicitan que se anule el fallo emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 y se reenvíe la causa para la celebración de un nuevo juicio oral.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General considera que ambos recursos de casación interpuestos por las defensas de los respectivos acusados, si bien resultan formalmente procedentes, deben ser rechazados desde el punto de vista sustancial y, por tanto, corresponde confirmar la sentencia impugnada. Respecto de la causa n° P-26.668/18, afirma que existe identidad en los agravios introducidos. En efecto, si bien es cierto que los intereses personales de los encausados pueden considerarse contrapuestos, ambos recursos atacan la valoración del plexo probatorio que ha realizado el tribunal de la instancia previa. Con base en esta observación, circunscribe el núcleo del debate a la cuestión de si la sentencia se encuentra debidamente motivada en relación con la intervención punible de los acusados en los hechos investigados, a lo cual responde de modo afirmativo.

El titular del Ministerio Público Fiscal sostiene que la prueba incorporada a la causa ha sido examinada al detalle por el juez de sentencia. Por un lado, y con particular relevancia, destaca que se analizó cada uno de los relatos de las testigos presenciales del hecho.

De este modo, señala que a través de sus testimonios, valorados de forma conjunta, el tribunal ha podido válidamente concluir que ambos encausados intervinieron en el hecho punible. Las diferencias que efectivamente existen entre los relatos de esas testigos no han sido obviadas, como denuncian las defensas, sino que fueron evaluadas y valoradas por el juez interviniente. Refiere que el tribunal les restó importancia a esas diferencias, sólo que afirmó que no afectaban la eficacia y contundencia probatoria de los relatos, en especial, debido a que uno de los imputados había realizado diversas maniobras para intimidar e influenciar a las testigos.

Por otro lado, expresa que el contenido de esos testimonios fue corroborado a través de diversos elementos objetivos y subjetivos. Además, señala que el juez también analizó la declaración del imputado Palma Jofré, sólo que adujo que ninguna de sus manifestaciones pudo ser corroborada, razón por la cual le restó valor probatorio.

En relación con la causa nº P-23.682/18, el Procurador entiende que el razonamiento efectuado por el tribunal de la instancia previa también es acertado y no adolece de la arbitrariedad denunciada por los recurrentes. En efecto, y durante el desarrollo del debate, se incorporaron elementos de prueba que permitieron al juez tener por acreditado el móvil del homicidio, dado que la víctima tenía conflictos de larga data con el encausado Farinela, así como también la autoría indubitable del mismo, pues la víctima identificó a su agresor frente a su progenitora y padrastro.

Por las razones expresadas, entiende que corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Palma Jofré y Farinela Alcaino y confirmar la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que ambos recursos de casación deben ser rechazados.

Atento a que los recursos de casación interpuestos por las defensas de ambos acusados pretenden la nulidad de la sentencia condenatoria por considerar que esta adolece de fundamentación insuficiente y valoración arbitraria del plexo probatorio, entiendo que –a los fines de hacer un análisis ordenado de los diversos argumentos introducidos– resulta necesario distinguir las plataformas fácticas que han sido objeto de investigación en las distintas causas sustanciadas en el debate.

a.- Causa P-26.668/18

Los hechos que componen la plataforma fáctica de esta causa y que no han sido cuestionados durante el debate ni en los recursos interpuestos podrían resumirse como sigue: el día 1 de abril de 2018, siendo aproximadamente las 21:30 hs. y mientras Nicolás Bustos discutía con Florencia Jaure en las inmediaciones de la manzana F, casa 18 del Barrio Unión y Fuerza de Carrodilla, Luján de Cuyo, Mendoza, apareció un vehículo desde el cual se efectuaron disparos, algunos de los cuales impactaron en la Ford EcoSport que conducía Bustos y otro en la pierna derecha de Florencia Jaure.

Como consecuencia, Nicolás Bustos huyó del lugar a bordo de su vehículo, lo que dio lugar a una persecución por parte del otro coche, durante la que se dispararon numerosos proyectiles de armas de fuego, uno de los cuales impactó sobre Gastón García, causándole la muerte.

Sobre esa base, corresponde afrontar el primero de los argumentos que utilizan ambas defensas para cuestionar la intervención material-ejecutiva de los acusados en los dos tramos sucesivos del hecho investigado.

En relación con el primer tramo del hecho, ambas defensas afirman que la valoración de la prueba testimonial resulta «caprichosa, antojadiza y parcial», pues los testimonios no permiten acreditar la presencia de sus respectivos defendidos en la escena del crimen.

Así las cosas, mientras la defensa de Palma Jofré recurre al testimonio de Florencia Jaure, quien sólo pudo identificar a Damián Farinela pero no a su defendido, la defensa de Damián Farinela recurre al testimonio de Vanesa Tejada, quien declaró que le pareció ver a Hugo Palma. Así las cosas, la estrategia defensiva es idéntica: el autor del hecho sería Farinela o sería Palma, según cada defensa, pero no los dos.

El agravio referido debe ser desestimado pues, según creo, el razonamiento sobre el que está construido es jurídicamente erróneo: no es cierto que **los datos aportados por diversos testimonios no puedan complementarse**.

De hecho, el criterio de la **sana crítica racional clama por una valoración integral y complementaria de todo el plexo probatorio**, incluso cuando se trata de **construir de forma adecuada la cadena indiciaria** que permite adquirir la certeza necesaria para la condena.

En términos concretos: el claro señalamiento de Farinela como uno de los individuos que se bajó del coche y realizó disparos no «coloca a Hugo Palma», como pretende su defensa, «fuera de la escena del hecho». No obstante, incluso para el caso en que se considere que este último no disparó efectivamente el arma, ello tampoco se opone a que sea posible declarar su responsabilidad penal en el hecho investigado.

Para explicarlo, me referiré a la argumentación ofrecida por las defensas en relación con el segundo tramo del hecho investigado.

Respecto del segundo tramo del hecho –la persecución de los autores del hecho a Oscar Nicolás Bustos y Javier Calderone–, insisten ambas defensas en la posibilidad de **tener por acreditada una variante alternativa de la plataforma fáctica** según la cual se habría producido un intercambio de disparos entre los vehículos involucrados.

Así las cosas, entienden que no puede afirmarse –en modo alguno– que el proyectil causante de la muerte de García haya sido efectivamente disparado por los ocupantes del vehículo que perseguía a Nicolás Bustos.

Por el contrario, y según las defensas, cabe admitir la posibilidad de que el proyectil proviniera de la Ford EcoSport conducida por aquél último.

De hecho, a sustentar esa posibilidad se dirige el agravio relativo a la errónea valoración de la prueba contenida en el pen drive.

Con base en la plataforma fáctica alternativa propuesta, las defensas extraen la siguiente conclusión jurídica: «la autoría» de sus defendidos no habría sido demostrada más allá de toda duda razonable.

El razonamiento invocado por las defensas no puede compartirse pues el tribunal de la instancia previa ha valorado todos y cada uno de los elementos de prueba utilizando la sana crítica racional.

En efecto, puede mencionarse aquí, y en primer término, las declaraciones oportunamente vertidas por tres testigos presenciales que señalan a los encausados como coautores del hecho y cuyos relatos son contestes en relación con las circunstancias materiales del mismo, a saber, Florencia Celeste Jaure, Vanesa Tejada y Denisse Ayelén Pini (ver al respecto, fundamentos, pp. 5 ss.).

La primera de las testigos mencionadas efectivamente relató, entre otras cosas, que el día 1 de abril a las 21:30 hs se encontraba discutiendo con su ex pareja en la vereda, de nombre Oscar Nicolás Bustos –quien

había arribado en un vehículo Ford EcoSport–, cuando comenzaron a recibir múltiples disparos de fuego –dirigidos hacia Nicolás Bustos–, uno de los cuales impactó en su pierna derecha.

Luego, Nicolás Bustos escapó del lugar a bordo de su vehículo y los autores del hecho comenzaron a perseguirlo, efectuando diversos disparos.

Afirmó también la testigo que pudo identificar a Damián Farinela como uno de esos agresores. Por su parte, la testigo Vanesa Tejada – quien al momento de los hechos se encontraba junto a Florencia Jaure en el lugar donde sucedieron los hechos– realizó un relato muy similar al anterior y aportó un dato adicional, a saber, que entre los agresores logró identificar a Hugo Palma Jofré.

Por último, la testigo Denisse Pini relató que pudo observar al acusado Hugo Palma disparar desde el interior de un vehículo, así como que escuchó muchos disparos y observó a Gastón desplomarse en el suelo.

En segundo término, el juez de la instancia previa valoró también la existencia de diversos elementos de prueba que desempeñan el papel de **corroboraciones periféricas de carácter objetivo y subjetivo**.

Entre las subjetivas, el juez hizo referencia a los testimonios ofrecidos por Roxana E. Lucero y Karen E. Jaure.

Entre las objetivas, el juez mencionó los informes elaborados por personal de Policía Científica, de la División Balística Forense y del Laboratorio de Microscopía de Barrido Electrónico, así como también al examen físico que fuera practicado por el Cuerpo Médico Forense sobre Florencia Celeste Jaure (allí se constató la presencia de lesión en el muslo derecho, causada por un proyectil de arma de fuego), el resultado de la rueda de reconocimiento en la que esta testigo reconoció al acusado Farinela y la necropsia efectuada sobre el cuerpo de Gastón García –donde consta la causa su muerte y su vinculación directa con el proyectil arma de fuego que recibió en su espalda–.

Por último, el juez refirió también que todo lo relatado por la testigo Tejada resulta concordante con lo asentado por personal policial en el acta de procedimiento correspondiente (ver al respecto, fundamentos, pp. 7 y 8).

En tercer lugar, el juez interviniente consideró acreditado el móvil por el cual se produjeron los hechos objeto de investigación de esta causa, en la medida en que los testimonios vertidos fueron coincidentes al señalar la existencia de un conflicto monetario entre Nicolás Bustos y Hugo Palma, todo lo cual había queda respaldado por el informe previamente elaborado por la Unidad Investigativa de Luján y las constancias de Migraciones incorporadas a la causa (ver al respecto, fundamentos, p. 8).

En cuarto lugar, el juez también valoró las conclusiones a las que condujo el examen psíquico de ambos acusados y que oportunamente practicó el Cuerpo Médico Forense (ver al respecto, fundamentos, pp. 8-9).

Desde el punto de vista procesal, entonces, parece claro que la plataforma fáctica alternativa sobre la que pretenden construir su hipótesis los recurrentes no encuentra sustento probatorio en las evidencias incorporadas a la causa.

Las dos testigos presenciales que se encontraban junto al vehículo agredido negaron que Nicolás Bustos o Javier Calderone –las personas cuya presencia en la Ford EcoSport puede considerarse indubitada– hayan ido armados al momento de los hechos; y la testigo Denise Pinni afirmó, de modo contundente, que los disparos provenían exclusivamente del vehículo que perseguía a la Ford EcoSport.

En relación con las conversaciones telefónicas y las publicaciones realizadas en la cuenta de Facebook de Alejandra Victoria Sosa –contenidas en el pen drive–, no es cierto que estas hayan sido incorrectamente valoradas por el juez interviniente.

Respecto de los audios, según lo explicado por el juez de la instancia anterior, la testigo manifestó durante el debate que fue el propio Hugo Palma quien le requirió que realizara declaraciones inculpativas en perjuicio de Nicolás Bustos y que, además, los audios incorporados como prueba a la causa habían sido seleccionados y manipulados por Palma.

En efecto, no estaban todos los mensajes y algunos de los que estaban habían sido completamente sacados de contexto, pues se referían a otras cuestiones. Respecto de las redes sociales, la testigo especificó que Hugo Palma contaba con su contraseña de Facebook y fue él quien realizó la publicación inculpativa en relación con Nicolás Bustos.

b.- Causa P-23.682/18

Los hechos objeto de estas actuaciones, que no han sido cuestionados durante el debate ni en los recursos interpuestos, podrían resumirse como sigue: el día 22 de marzo de 2018, siendo aproximadamente las 00:50 hs., en las inmediaciones de la manzana H del Barrio La Gloria, Godoy Cruz, Mendoza, Gastón Agustín Celan Jara recibió un disparo de arma de fuego calibre 9 mm. en el tórax y, como pudo, caminó hasta su domicilio.

Allí, se encontró con su madre y su padrastro, quien lo trasladó al Hospital Central, lugar en el falleció en horas del mediodía producto de un shock hipovolémico generado por las heridas. El agravio incoado por la defensa de Damián Farinela cuestiona la valoración de la prueba que ha realizado el juez para fundamentar la condena en la presente causa.

A su entender, las declaraciones testimoniales de L. Verónica Jara y A. Hidalgo no tienen el valor probatorio que se les ha asignado, pues esas personas no son testigos presenciales del hecho.

Asimismo, se afirma que la única testigo que pudo ubicar a su defendido en la escena del hecho fue Roldán, quien únicamente señaló que vio a Farinela correr después de escuchar la detonación. Al respecto, entiendo que el agravio no puede prosperar.

En primer lugar, porque la valoración de la prueba testimonial efectuada por el juez no adolece de los vicios que el recurrente le endilga.

En concreta referencia a los elementos de prueba valorados por el tribunal de la instancia previa a los fines de acreditar los hechos que fueron objeto de controversia –exclusivamente vinculados con la autoría del encausado Farinela–, cabe mencionar en primer lugar a las declaraciones testimoniales de Liliana Verónica Jara y Adolfo Hidalgo.

En este sentido, el juez de la instancia previa destacó que ambos testigos fueron coincidentes al señalar que fue la propia víctima quien les manifestó, cuando todavía no había perdido el conocimiento, que el autor del disparo fue Damián Farinela (ver al respecto, fundamentos, pp. 12-13).

No existe entonces aquí contradicción alguna entre los testimonios vertidos; más bien resultan estos coincidentes en relación con lo manifestado por la víctima al llegar a su domicilio, así como tampoco existen indicios de que esos testigos tengan enemistad con el imputado –ni siquiera lo conocían personalmente antes del hecho–, por lo que no es posible encontrar motivo que haga dudar de la credibilidad de sus dichos.

En segundo término, porque la argumentación que subyace a ese agravio tampoco se puede compartir: la acreditación de una determinada plataforma fáctica a los fines emitir una condena no requiere, en modo alguno, la existencia de testigos presenciales que acrediten haber visto al imputado ejecutar la acción descrita en el verbo típico.

c.- Conclusión

Atento a los fundamentos expresados en los párrafos precedentes, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

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

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos en las presentes actuaciones.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

25- OVIEDO. 28-12-23. (JJ)

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcOEK.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1°, 54, 80 inc. 2°, 55, 79 del CP. Ley 9106. Art. 2 de la ley 9387. Art. 75 inc. 12 de la CN.

Vox: Homicidio agravado. Veneno. Vínculo. Concurso ideal. Procedimiento insidioso. Concurso real. Homicidio simple. Juicio por jurado. JJ. Constitucionalidad. Veredicto de culpabilidad. Motivación. Huella digital.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua** por encontrarla penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal con homicidio agravado por haber sido cometido mediante un procedimiento insidioso (art. 80 inciso 1, 54 y 80 inc. 2 del CP) y del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2478 (01-12-22), pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Petean Pocoví. 07-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=276>
- Farres Paluj
- Duarte Actis
- Álvarez Castillo. 25-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarezC.pdf
- Santander, Luis Alberto. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcSLA.pdf
- Navia. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcNFH.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Pajón Retamales. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcPajon.pdf
- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Zúñiga. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vildoza. 15-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220615_FcVSD.pdf
- Lucero Videla. 12-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210812_FcLV.pdf
- Figueroa Arriga. 06-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf
- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Almonte. 29-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf

b-CSJN

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

c-CIDH

- VRP VPC vs Nicaragua. 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada

PORTERIE, Sidonie y **ROMANO**, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho», en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020

MAUREIRAVELÁSQUEZ, Marco; **GONZÁLEZ-GARCÍA**, Diego (2023). «La digitalización de la vida contemporánea: el saber, el poder y la subjetivación como vías de acceso a la experiencia digital». Papeles del CEIC, vol. 2023/1, papel 279, pp. 23. <http://doi.org/10.1387/pceic.23092>).

GIORDANO LERENA, «Prólogo», en DIORIO, et. Al, 2017, *El rastro digital del delito: aspectos técnicos, legales y estratégicos de la informática forense*, Universidad FASTA, 1ª, Mar del Plata, p. 16

SOSA, María Elisa, «Evidencia Digital. Su importancia en la investigación». Revista Pensamiento Penal, mayo de 2023, n° 466, p. 2

Precedentes relacionados

- Tizza. 08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=449>
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Zuñiga. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=803>

Juicios por Jurados realizados en la provincia de Mendoza:

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

Parágrafos destacados

En este orden, también en otra ocasión ya he puntualizado qué ha de entenderse **por motivación**. Así, he referido que «*el curso lógico de la decisión del jurado al que alude la referencia y que constituye el objeto revisable en esta instancia, comprende i) las instrucciones generales, o iniciales impartidas al jurado; ii) los alegatos de apertura; iii) la recepción de prueba en contradicción de las partes; iv) las conclusiones o alegatos de clausura; v) las reglas particulares, o instrucciones finales; y vi) el veredicto de unanimidad*» (ver, mi voto en el citado **precedente «Petean Pocoví»**).

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo. Gómez. Llorente. Garay. Dra. Day. Plenario.

Fallo:

CUIJ: 13-07128220-6/1((018601-18791)) FC/ OVIEDO ESQUIVEL KAREN LEYLEN P/ HOMICIDIO

**AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO INSIDIOSO (18791) P/
RECURSO EXT.DE CASACIÓ *106296557***

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo en pleno, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-07128220-6/1** caratulada **“F. c/ OVIEDO ESQUIVEL, KAREN LEYLEN P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO INSIDIOSO (18791) S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de la acusada Karen Leylen Oviedo Esquivel interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.478 de fecha uno de diciembre de 2022 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial luego del veredicto condenatorio del jurado popular.

Ello, en tanto se condena a aquella, en las causas n° P-14.390/22 y su acumulada n° P-18.791/22 a la pena de prisión perpetua por encontrarla penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal con homicidio agravado por haber sido cometido mediante un procedimiento insidioso (art. 80 inciso 1, 54 y 80 inc. 2 del CP) y del delito de homicidio simple (art. 79 del CP).

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido

por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La decisión impugnada por la defensa condenó a Karen Leylen Oviedo Esquivel a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos, conforme a las previsiones de la ley 9.106, encontró a la acusada culpable de los hechos que se le atribuyeron según una de las calificaciones que formaron parte de las instrucciones finales. Esto es homicidio simple (art. 79 del CP) y homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal con homicidio agravado por haber sido cometido mediante un procedimiento insidioso

(art. 80 inc. 1, 54 y 80 inc. 2 del CP) en causas n° P-14.390/22 y acumulada n° P- 18.791/22 respectivamente.

Conforme surge del alegato fiscal de apertura se acusó a Karen Leylen Oviedo Esquivel el siguiente hecho correspondiente a los autos n° P14.390/22: «[E.A.A., hijo de Rolando Aquino era] *un niño sano de 9 años [que] a partir del 5 de julio del año 2019, [estaba próximo] a empezar las vacaciones, [iba] a quedarse con su papá Rolando Aquino [para hacer cosas juntos]. [La acusada que] convivía desde hacía un tiempo con el señor Rolando Aquino [...] la tarde del 11 de julio de ese mismo año le dio algo de tomar a E. y eso que le dio contenía etilenglicol, líquido refrigerante de autos [...] sustancia absolutamente tóxica y letal [...] insípida, inodora, incolora, transparente como el agua [...]. [E]l 12 de julio [al levantarse su padre para trabajar] pasó a darle un beso [...] se dio cuenta que le costaba respirar y que no reaccionaba; inmediatamente lo subió al auto y se fue directamente al hospital Notti donde ingresó a las 6:45 [...] en muy mal estado general [...] con dificultades respiratorias [y] con trastorno de conciencia. Los médicos intentaron saber cuál era el origen de semejante cuadro en un niño sano, [y] recabar información [...] mientras el cuadro empeoraba [...] lo que hizo que E. falleciera el mismo 12 de julio a las 18:17 hs. [...] por un fallo multiorgánico [...]. [U]na vez que tuvieron conocimiento del segundo hecho [y buscaron la historia clínica de E.] lograron concluir con certeza que las dos causas de muerte responden justamente al mismo mecanismo y padecieron el mismo cuadro [que es] intoxicación por etilenglicol [...]*». Asimismo, que «[de contar con información que la acusada no aportó], *ambos podían salvarse [y que E.] fue asesinado insidiosamente por Karen Oviedo [...]*» (v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, 28/11/2022, video 3, minutos 00:16:30 en adelante y hasta minuto 00:25:05).

Asimismo, en los autos n° P-18.791/22, se le atribuyó el presente hecho: «[...] *el 7 de febrero del 2022, entre las 17:00 y las 19:00, en el domicilio donde convivían desde hace varios años la pareja formada por Karen Oviedo y Rolando Aquino en [...] Manuel A. Sáez 4173 de Guaymallén [...] Karen Oviedo, en forma insidiosa, oculta, engañosa, le dio a ingerir un vaso de agua con etilenglicol, haciéndole creer a Rolando que le estaba dando una medicación para las manchas de la piel. [I]nmediatamente después Rolando comienza con vómitos, [...] con trastornos de conciencia, en un estado grave [que] obliga a Karen Oviedo que lo traslade [...] a la clínica Santa María [donde] permaneció durante dos días, [falleciendo] el 9 de febrero [...]*». (v. registro audiovisual audiencia de instrucciones iniciales y alegatos de apertura, 28/11/2022, video 3, minuto 00:25:26 en adelante y hasta 00:29:10).

Dichos hechos, con idéntica calificación, fueron considerados probados por el Ministerio Público Fiscal en su alegato de cierre (v. registro audiovisual audiencia de alegatos finales, 01/12/2022, video 1, 00:00 a 39:40). De igual forma lo hizo la querrela particular (v. registro audiovisual audiencia de alegatos finales, 01/12/2022, video 1, 39:40 a 47:39).

El jurado, como se dijo, encontró culpable a Karen Leylen Oviedo Esquivel, en relación con el primer hecho, del delito de homicidio simple. Por su parte, en cuanto al segundo hecho, del delito de homicidio agravado por el vínculo en concurso ideal con homicidio agravado por haber sido cometido mediante un procedimiento insidioso.

La sentencia n° 2.478 del 1 de diciembre de 2022 y los fundamentos agregados digitalmente, dan cuenta de las instrucciones generales impartidas al jurado en la primera cuestión, de las instrucciones finales una vez clausurado el debate, del veredicto unánime en la segunda cuestión y de la imposición de la pena única por parte del juez técnico en la tercera cuestión.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa impugna la sentencia condenatoria pronunciada en autos y funda la admisibilidad formal del recurso en los arts. 474, 478, 480 y cc. del CPP.

A modo introductorio, afirma que se agravia de la sentencia en la que se le impusiera a su defendida la pena de prisión perpetua por ambos hechos para que este Tribunal anule la misma y dicte la absolución. En subsidio, cuestiona la calificación legal dada a los hechos, y solicita que su representada sea condenada por el delito de homicidio culposo, aplicándose el mínimo de la escala penal correspondiente. Asimismo, insta la nulidad de la pieza impugnada, por violación de ciertas normas que regulan el enjuiciamiento por jurado popular. Hace mención a la condena recaída, aun con error en orden a la calificación legal del hecho cuya víctima fue E.A.A., afirma que los hechos son meras narraciones del Ministerio Público Fiscal sin prueba alguna y que se refieren a indicios, deducciones y presunciones que no tienen que ver con la verdad real de los hechos.

Sostiene que la defensa nunca ha discutido la materialidad de los hechos –las muertes de Rolando Aquino y E.A.A. por la ingesta de etilenglicol–. Luego afirma que nunca se pudo probar la relación de éstas con el accionar de la acusada en calidad de autora.

Puntualiza que la prueba de cargo consiste en pericias al celular de Karen Oviedo –consultas de internet o google sobre sustancias relacionadas con etilenglicol y la compra de un anticongelante a través de la aplicación de Mercado Pago–. De allí, afirma, la fiscalía deduce la autoría. Refiere que sólo existe una testigo presencial, la mujer encargada de los quehaceres domésticos, pues los restantes fueron testigos parientes que describieron la personalidad y nivel de vida de las víctimas, y los peritos que se refirieron a la sustancia, características, peligrosidad, mortalidad y causa de la muerte de las víctimas.

Se detiene en la declaración de Claudia Cortez y extrae que el 7 de febrero de 2022, alrededor de las 18 hs. habría advertido que Rolando Aquino se encontraba descompuesto y con vómitos, que parecía borracho, que su defendida le quería dar un remedio para la piel pero decía que le hacía mal, que era un pequeño vaso lleno hasta la mitad al que le colocó un chorro de una botella del aparador, que discutieron porque no quería tomarlo, que Karen se fue, que quedó sobre la mesa y que no vio si lo tomó. Que la botella era de medio litro que contenía un líquido transparente como si fuera agua, sin color y que no era espeso.

Que ese frasco fue llevado a analizar al laboratorio de la Universidad Nacional de Cuyo ante la imposibilidad de llevarlo a cabo por el CMF y que las Dras. Barbeito y Clausen dijeron que no contenía etilenglicol ni ninguna sustancia extraña. Sostiene que en el domicilio de Oviedo se realizó inmediatamente un allanamiento y no se encontró etiquetas, envases o rastros de refrigerante o sustancia alguna.

Reitera que el resto de los testigos, familiares, peritos y funcionarios policiales no se refirieron al hecho concreto, sino a la personalidad y vida de las víctimas, la historia clínica, causa de muerte o la sustancia en cuestión como una clase académica y los psiquiatras y psicólogos lo hicieron acerca de la personalidad de Karen Oviedo.

Afirma que esta prueba de cargo no tiene relación directa con el hecho, que sólo sirve para elaborar la teoría de la incriminación mediante indicios, presunciones y suposiciones analógicas, mientras que la prueba de descargo, que no puntualiza, alcanza para demostrar la inocencia o al menos su falta de autoría.

Seguidamente reproduce el veredicto alcanzado por el jurado popular y sostiene que la sentencia es arbitraria, injusta y nula. Entiende que éste no tiene fundamentos ni siquiera los términos de la deliberación en los que se haya basado para dictar por unanimidad el fallo. Discurre acerca de los reparos personales que sobre la institución tiene esa defensa –la falta de fundamentos, la posible influenciabilidad

de aquellos por los medios de comunicación, la dificultad para entender causas jurídicas complejas, etc.– a cuyo efecto invoca el art. 2 de la ley 9.387 –posibilidad de cambio de jurisdicción por la conmoción del hecho en una comunidad y dificultad para obtener un jurado imparcial– y el art. 21 de la misma ley referido a la incomunicación de los jurados solicitada por las partes o de oficio cuando las circunstancias del caso lo requieran.

De ello, afirma que no se han observado ninguno de los requisitos exigidos por la ley, dado que es público y notorio la trascendencia, publicidad y repercusión del caso y los ataques que habría recibido de la prensa la acusada.

Por otro lado, entiende que el juez al dictar la prisión perpetua en ambos expedientes, vulneró el art. 2 de la ley 9.106 modificada por la ley 9.387, en tanto el veredicto, en autos nº P-18.791/22, no prevé dicha pena. A esos efectos transcribe la norma, y en tanto no se fijó audiencia a los fines allí previstos, entiende que la sentencia es nula y lesiona gravemente el derecho de defensa de su asistida.

Por último, la defensa de la acusada solicita se admita formal y sustancialmente el recurso de casación y se dé tratamiento de incidencia de previo y especial pronunciamiento a la nulidad articulada.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto procede formalmente y luego de analizar los agravios contenidos en el recurso interpuesto, adelanta que el mismo es improcedente sustancialmente.

Al efecto afirma que se ha dado cumplimiento cabal al art. 32 de la ley de juicio por jurados, plasmándose las instrucciones dadas al jurado en la sentencia por escrito y previa lectura.

Asimismo, entiende que cabe dar respuesta negativa al planteamiento de un apartamiento manifiesto de las pruebas producidas en el debate en orden a la acreditación de la autoría de la acusada.

Sostiene que el veredicto del jurado popular no es arbitrario, sino que es el fruto de la valoración de la totalidad de la prueba rendida, de cargo y de descargo, habiendo sido el jurado debidamente instruido para ello a través de las instrucciones generales.

De este modo, el jurado arribó a un veredicto de culpabilidad, en tanto entendió que los delitos imputados fueron probados y que la acusada fue quien los cometió, más allá de toda duda razonable. Cita los lineamientos del precedente «Petean Pocoví» en orden a la facultad revisora y la plausibilidad del veredicto a partir de las pruebas rendidas en el debate.

En cuanto al planteo de la trascendencia mediática del caso, entiende que no se observaron los requisitos exigidos por la ley y que el jurado contó con la instrucción pertinente –nº 3–, a la que la propia defensa prestó conformidad.

Respecto de la pena, considera acertada la apreciación del juez, en cuanto a que el planteo deviene abstracto en la mensuración de los arts. 40 y 41 del CP al haber sido considerada culpable de un hecho que sí ostentaba prisión perpetua, pena ésta única e indivisible.

En función de lo expuesto, considera que los agravios de la defensa deben ser desestimados pues constituyen una discrepancia con el resultado adverso para su pupilo en tanto no surge arbitrariedad del veredicto de culpabilidad. De acuerdo con ello, solicita no se haga lugar al recurso impetrado y que se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

5.- Audiencia de informe oral

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto, la defensa de Karen Oviedo Esquivel expuso sus fundamentos, haciendo alusión a los agravios y posiciones que se corresponden con el recurso interpuesto. A su turno, el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Homicidios y Violencia institucional, en representación del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado. Hizo lo propio la querellante oficial.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa de la acusada, adelanto mis conclusiones en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Karen Oviedo Esquivel y confirmar el veredicto de culpabilidad al que arribó el jurado popular interviniente, así como la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

A fin de ordenar la exposición de las razones que me conducen a esta solución, abordaré en primer lugar los cuestionamientos vinculados con el sistema de enjuiciamiento por jurados en general y la vulneración de la ley 9.106 en particular, para luego adentrarme a los agravios sustanciales centrados en la discusión de la autoría de la acusada.

1.- Sobre los cuestionamientos de la defensa al sistema de enjuiciamiento por jurados y los planteos referidos a la vulneración de normas de la ley 9.106

Si bien el presente agravio es tratado tangencialmente por la defensa, sobre el final de su planteo y sin mayores fundamentos, aquélla parte expresa que: el veredicto no tiene fundamentos, ni tan siquiera los términos de la deliberación que dieron base a la unanimidad para condena; que la falta de fundamentos es uno de los reparos al juicio por jurados para luego centrarse en la posible influenciabilidad de los jurados por los medios de comunicación y los remedios de la ley al efecto así como la falta de preparación de éstos respecto de causas complejas.

En última instancia afirma incumplimiento del art. 2 de la ley 9.387 respecto de los autos nº P-18.791/22. Veamos.

Al respecto debe señalar que la defensa, a lo largo de todo el proceso, y tampoco en sus alegatos, no ha cuestionado el sistema de enjuiciamiento por jurados aplicado en el caso y que rige normativamente en nuestra provincia mediante la ley 9.106, y su modificatoria, la ley 9.387.

Como he señalado en otras oportunidades el juicio por jurados es la consagración de un modelo constitucional de enjuiciamiento que es una verdadera reserva de soberanía popular de conformidad con el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional (ver, para un mayor desarrollo, mi voto en el precedente de esta Sala «**Petean Pocoví**, entre otros).

El juez natural, imparcial e independiente que –por principio– consagra nuestra Constitución es el jurado de pares y así parece ha sido compartido por la defensa, no obstante su crítica tardía.

Por otra parte, no estamos ni más ni menos que frente a un procedimiento regido por una ley dictada por la Legislatura provincial, que no prevé facultad alguna de opción respecto del imputado en orden al juzgamiento de este tipo de hechos a través del juicio común y sobre la que no se ha articulado planteo de inconstitucionalidad alguna.

Más allá de ello, esta Sala ha manifestado que «[...] *el veredicto del jurado constituye una decisión motivada, como parte de una sentencia judicial que satisface las exigencias de fundamentación exigibles a toda decisión jurisdiccional, respecto de lo cual este Tribunal se ha expedido en distintas ocasiones –ver, por caso, «Farres Paluj», «Duarte Actis», «Álvarez Castillo» o «Santander, Luis Alberto»–» (ver mi voto en el precedente «Petean Pocoví»).*

Ello, además, ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en favor de la **constitucionalidad** del sistema de juicio por jurados. En este sentido, destacó que «[l]a exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivos– en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte del juez profesional» (CSJN, «Canales», Fallos 342:697, considerando 19).

Del mismo modo lo ha entendido la Corte IDH en el Caso V.R.P., V. P. C. y otros versus Nicaragua, considerando 257, citado expresamente por la CSJN en «Canales», y considerando 256. Y ello ha llevado a dicha Corte, con referencia a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en «Taxquet vs. Bélgica», a distinguir «expresión de fundamentos» y «motivación».

Respecto de la motivación.

En este orden, también en otra ocasión ya he puntualizado qué ha de entenderse **por motivación**. Así, he referido que «*el curso lógico de la decisión del jurado al que alude la referencia y que constituye el objeto revisable en esta instancia, comprende i) las instrucciones generales, o iniciales impartidas al jurado; ii) los alegatos de apertura; iii) la recepción de prueba en contradicción de las partes; iv) las conclusiones o alegatos de clausura; v) las reglas particulares, o instrucciones finales; y vi) el veredicto de unanimidad*» (ver, mi voto en el citado precedente «Petean Pocoví»).

De acuerdo con ello, debe señalarse que tanto respecto de las instrucciones iniciales como las finales la defensa prestó expresa conformidad.

Así, surge claramente de las audiencias celebradas al efecto (ver registro audiovisual del 28/11/2022, video 3, en el que se dio lectura a las instrucciones iniciales, entregadas previamente a los jurados en formato papel y alegatos de apertura, minutos 00:00 a 16:17 y 16:30 a 53:00; registro audiovisual del 01/12/2022, video 1 y 2, alegatos finales, lectura de instrucciones finales, veredicto y sentencia).

Las **instrucciones finales** fueron remitidas previamente por el juez el 1 de diciembre de 2022 a las partes para su estudio y la formulación –eventualmente– en audiencia, de observaciones (ver registro 85. y 86., Sistema LeD).

Consta en audiencia de aquella fecha que el Ministerio Público Fiscal, aportó observaciones referidas a la necesidad de incorporar el concepto de dolo eventual o en su caso de peligro de dolo o imprudencia deliberada, de perspectiva de género en razón de lo surgido en el debate y la condición de mujer de la imputada y luego, ya respecto de las opciones de veredicto, a la posibilidad de prever el desdoblamiento de las agravantes del homicidio. Citó para ello los precedentes «Zurita» y «Navia». Estas observaciones, debatidas, contaron con la conformidad de la defensa y fueron así plasmadas en las instrucciones que

finalmente le fueron suministradas al jurado (ver registro audiovisual del 28/11/2022, video 3, minutos 00:14:16 y ss.).

Por lo tanto, no puede ser de recibo en esta instancia cuestionamiento vinculado con la ausencia de fundamentos del veredicto del jurado popular.

Respecto de la pretendida influenciabilidad del jurado

En el mismo sentido corresponde expedirse respecto de la pretendida **influenciabilidad del jurado** por la repercusión mediática del hecho y la posibilidad consecuente de obtener un jurado imparcial y su incomunicabilidad.

Lacónicamente, la defensa afirma que no se han observado ninguno de los requisitos exigidos por la ley, pues son públicos y notorios la trascendencia, publicidad, repercusión del caso y ataques que la acusada recibiera de la prensa.

Por un lado, debe decirse que la crítica constituye tan sólo expresiones carentes de fundamentos jurídicos y andamiaje probatorio.

Por otro lado, se advierte que no ha existido ejercicio del derecho que fuera previsto por el mismo art. 2, párrafo 2, de la ley 9.106, sustituido por la ley 9.387. Baste para ello la compulsa del sistema LeD y la totalidad de los registros audiovisuales.

Respecto de la incomunicación de los jurados. Art. 21

La misma suerte corre la referencia de la defensa respecto de lo dispuesto por el **art. 21** de la ley acerca de la incomunicación de los jurados. Ello, en tanto ésta debe ser *solicitada por las partes o de oficio cuando las circunstancias del caso lo requieran*. Ello en tanto la propia ley prevé la posibilidad de alojamiento y viáticos. Nada de ello resultó planteado por la defensa, ya sea en la audiencia preliminar o durante el curso del debate, lo que nos permite colegir que la misma no advirtió esa necesidad que ahora desliza.

Asimismo, las obligaciones y prohibiciones que el rol de jurado supone en relación con este aspecto les fueron debidamente impuestas a éstos en las instrucciones iniciales n° 3 *Prohibiciones al jurado*, n° 7 *Irrelevancia del prejuicio o piedad* y n° 9 *Libertad de conciencia del jurado*; instrucciones que han sido debidamente litigadas por las partes (por lectura y en soporte papel y así consta en los fundamentos, Primera cuestión, págs. 2 a 5, Registro 88. LeD).

Lo propio sucedió con las instrucciones finales, *B. Obligaciones del juez y jurado*, punto 10; *Improcedencia de información externa*, punto 1 y 2; *Irrelevancia del prejuicio o piedad*, punto 1 (así consta en los fundamentos, primera cuestión, págs. 5 a 20, Registro 88 LeD).

De tal manera, no resulta procedente el cuestionamiento relativo a la influenciabilidad del jurado pues la defensa no explica y fundamenta, en el caso concreto, de qué manera la difusión mediática del caso habría repercutido en el jurado (ver, al respecto y en este sentido, «**Pajón Retamales**»).

Respecto de la falta de audiencia de cesura. Art. 38 inc. b de la ley 9106 sustituido por la ley 9387

Por otra parte, la defensa cuestiona la falta de audiencia de cesura a tenor al veredicto de homicidio simple recaído en autos n° P-18.791/22 cuya víctima es el niño E.A.A. Refiere que ello lesiona gravemente el derecho de defensa de su defendida por lo que la sentencia es nula, pero, sin embargo, no precisa de cómo ello se configura.

Es decir, la defensa no explica en qué modo, la supuesta inobservancia de la ley ritual –el **art. 38 inc. b de la ley 9106 sustituido por la ley 9387**–, ha derivado en un perjuicio para la acusada.

En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este tribunal en otras oportunidades («**Miranda Sosa**», «**Luna García**», «**Yaleva**»); entre otros que *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*.

Este es, por cierto, el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

Dicho planteo ya fue formulado con anterioridad por la defensa al interponer incidente de nulidad en fecha 15 de diciembre de 2022, que fue rechazado *in limine*, mediante auto, el 16 de diciembre de 2022 (constancias 89 y 92, sistema LeD).

Pero, además, comparto con el juez que dirigió el debate e impuso la pena, los fundamentos que plasmó en aquel auto en el sentido que la audiencia de cesura devenía abstracta en tanto la figura legal por la que se condenó en los autos n° P-18.601/22 tenía prevista prisión perpetua, pena única posible a imponer por imperio legal.

Ello, impedía la consideración de los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP, por lo que la situación encuadra perfectamente en el inc. a del citado art. 38, es decir *si el veredicto fuere de culpabilidad por delito previsto en el artículo 80 del CP, inmediatamente el juez impondrá la pena*.

En definitiva, el proceso se ha desarrollado, tal como adelanté, en un todo de acuerdo a las previsiones legales del juicio por jurados –ley 9.106–, modificada por ley 9.387, y Código Procesal Penal, de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible con aquella modalidad de enjuiciamiento.

2.- Consideraciones acerca de la inexistencia de autoría de la acusada como consecuencia de la pretendida arbitrariedad del veredicto del jurado

En segundo orden, y reconociendo la materialidad de los hechos, así como las causales de muerte de ambas víctimas por la falla multiorgánica producida por la ingesta de etilenglicol, la defensa entiende que la sentencia es arbitraria –y por lo tanto, nula– pues no existe prueba que acrediten la autoría de la acusada, sino tan sólo indicios y presunciones.

Al efecto, la defensa entiende que sólo existe un testigo presencial, Claudia Cortez, que no advirtió la ingesta, las búsquedas de internet relacionadas con el etilenglicol y la compra de anticongelante de Mercado Pago. A lo que agrega, como descargo, que el resultado negativo de etilenglicol de una botella secuestrada en el domicilio, así como la inexistencia de otros envases o rastros de dicha sustancia allí.

Sostiene que el resto de la prueba de cargo –declaraciones de médicos, psiquiatras, familiares y funcionarios policiales– y prueba instrumental no tienen relación directa con el hecho investigado.

Además, expresa que la prueba de descargo alcanza para demostrar la inocencia o la falta de autoría.

Entiendo, al respecto que, aun cuando no lo expresa de este modo, el punto central de este agravio tiene basamento en la existencia de un apartamiento del jurado popular de la prueba rendida siendo errónea su valoración, prueba a la que cataloga de indiciaria.

La teoría del caso de la defensa, plasmada en los alegatos de apertura, ha sido sostener la falta de autoría de Karen Oviedo en los hechos que se le endilgan, reconociendo la materialidad del hecho y la causa de la muerte de las víctimas (ver registro audiovisual del 28/11/2022, video 3, minutos 00:40:00 hasta 00:53:00), y es esto lo que reitera en el recurso articulado.

Dicho esto, considero que los cuestionamientos asociados con la valoración de prueba producida en el debate y su aptitud para fundamentar un veredicto de culpabilidad no pueden ser de recibo. No sólo porque únicamente denotan una mera discrepancia con lo resuelto por el jurado, sino porque en el caso concreto entiendo que el plexo probatorio rendido aporta elementos de convicción que sostienen la teoría del caso de la acusación, lo que hace posible el veredicto al que arribó el jurado popular.

De manera preliminar, entiendo oportuno señalar, por un lado, que los elementos de prueba que avalaron las teorías del caso de las partes fueron ampliamente desarrolladas en el juicio y no existe elemento alguno que permita afirmar que el jurado haya ignorado o desatendido ciertas pruebas. Debe tenerse presente que el jurado llegó a dos veredictos diferentes respecto de los hechos, aun cuando la teoría del caso de la acusación, y así lo reconoció la defensa, era que la causa de la muerte fue producida por la misma sustancia, el etilenglicol.

Ahora bien, antes de ingresar al análisis concreto del agravio de la defensa, estimo relevante reiterar algunas precisiones respecto de la forma de juzgamiento que implica el juicio por jurados y cuál ha de ser el rol de este Tribunal en tanto órgano revisor de sentencias derivadas de aquella manera de enjuiciamiento.

En este orden, estimo que la tarea de este Tribunal supone un doble análisis, por un lado, una evaluación «externa» o «formal» del juicio, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado –selección y constitución del jurado, decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios, elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado, etc.–. Por otro lado, debe realizarse un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento y su conclusión. El objeto de revisión de este tribunal se traduce en un análisis que, para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, requiere un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate (ver al respecto, mis votos en «Petean Pocoví» «Acuña», «Vildoza», a los que me remito en lo pertinente).

Ello no implica superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Así, entiendo, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso (ídem anterior).

Respecto de la prueba y el proceso, particularmente, y tratándose el juicio por jurados un procedimiento acusatorio adversarial, toda información que se proporcione al jurado sólo es legítima y por tanto admisible si es introducida a través de la prueba producida en el debate y las instrucciones impartidas por el juez técnico. En particular, las instrucciones finales que deben haber sido litigadas por las partes y en forma pública haberse transmitido al jurado y videoregistradas.

Todo ello ha sido garantizado en este juicio y permite sostener la imparcialidad del jurado. Prueba de ello es la falta de incidencias durante la audiencia preliminar, la audiencias de sorteo, **la audiencia de *voire***

dire, las diferentes audiencias de debate, así como la conformidad prestada y ya referenciada, tanto a las instrucciones iniciales, finales y las opciones de veredicto que se suministraron al jurado popular.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que «[...] *la imparcialidad en el juicio por jurados es una premisa básica del sistema que se fundamenta en dos de sus principales características: su accidentalidad y su representatividad. El jurado es accidental, nace de un sorteo sobre el padrón electoral donde se encuentran todas las personas en condiciones de ejercer los derechos políticos en Argentina. Esto garantiza, al mismo tiempo, que el jurado sea representativo de su comunidad. El número 12 asegura, en sociedades heterogéneas como las nuestras, que todos los sectores de la comunidad estén igualmente representados. En segundo lugar, además, el sistema ofrece otro resguardo a la imparcialidad que es la audiencia de selección o audiencia de voir dire. En ella las partes tienen la posibilidad de utilizar sus recusaciones para excluir del jurado a aquellas personas que tengan prejuicios manifiestos que impiden juzgar el caso con imparcialidad*» (PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana, «Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho», en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020). Del mismo modo en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantía por la que ha de velar el juez técnico en el juicio por jurados.

A ello van estas menciones y el cumplimiento de estas pautas en orden a los cuestionamientos que la defensa instala recién en esta etapa recursiva y han sido consentidos a lo largo de todo el proceso.

En lo relativo a los cuestionamientos de la defensa, efectivamente, como señala esa parte, en el debate declararon la acusada, numerosos testigos, familiares y profesionales de la medicina, tanto del Cuerpo Médico Forense como de la clínica donde fue atendido Rolando y E.A.A., profesionales de la Universidad Nacional de Cuyo, además de personal policial y de Policía Científica.

Los agravios de la defensa se dirigen a cuestionar únicamente la autoría de la acusada y, para ello, sigue el razonamiento de negar el suministro de etilenglicol a ambas víctimas por Karen Oviedo. Ello, principalmente con dos argumentos: que nadie vio que aquélla suministrara sustancia alguna a Rolando Aquino y que era éste quien hacía uso de su propio celular. Comenzaré con el análisis de la prueba que hace a esos argumentos para, luego, abordar el resto, llevando adelante en forma conjunta el análisis de la prueba en ambas víctimas, aun cuando hayan tramitado por causas separadas. Como seguidamente se analizará, el veredicto resulta posible sobre la base de la prueba rendida en el debate.

Cierto es que los profesionales resultaron sumamente claros y amplios respecto de las características y efectos que el etilenglicol produce si es ingerido por una persona, así como que el cuadro clínico presentado por ambas víctimas, E.A.A. y Rolando Aquino, era compatible clínicamente con dicha ingesta. Veamos.

El Dr. Aldo Sergio Saracco, Jefe del Centro de Intoxicaciones de la provincia que el mismo creó en 2020, con una trayectoria, laboral y académica, en Toxicología de más de veinticinco años, docente universitario y de posgrado y Presidente de la Sociedad Toxicológica Argentina, evaluó ambos casos, el del menor E.A.A. y el de Rolando Aquino.

Así, explicó que el etilenglicol «[...] *pertenece a la familia de los alcoholes superiores o tóxicos con un metabolismo similar al alcohol etílico y que la degradación que produce el hígado genera unos derivados*

ácidos altamente dañinos para la salud de las personas. Es decir produce un efecto indirecto [...]. Quien se expone a ellos tiene los efectos propios de todos los alcoholes, efecto directo inicial irritativo, de náuseas, vómitos, dolores abdominales, como alguien que haya tomado alcohol por primera vez y no esté acostumbrado y alteraciones en el sistema nervioso central; primer inicio de estado de desorientación y después alteración y compromiso del sensorio, con estado de obnubilación y somnolencia que puede devenir en un estado de coma [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:33:55 y ss.). Y agregó que «[...] tiene también un efecto indirecto, que cuando empieza a ser degradado por el hígado a través de dos enzimas, la alcoholdehidrogenasa y la aldehídesidrogenasa va generando ácidos altamente tóxicos: [...] glicólico, gloxílico, oxílico, altamente dañinos a nivel celular. Horas después cuando va desapareciendo de la sangre el etilenglicol con el transcurso de las horas, van apareciendo los efectos indirectos. Generalmente, 4, 5 o 6 horas, más evidente dentro de las doce, daño directo a nivel celular. Aparecen cambios y disfuncionalidades a nivel renal, cardíaco, que deviene en muerte en estas primeras doce horas [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:35:20 y ss.).

Respecto de la dosis necesaria para producir estos efectos letales, sostuvo que «[...] puntualmente tiene la característica de una dosis letal muy pequeña, [con] capacidad de hacer daño en relación a su dosis o concentración, con pequeñas cantidades, menos de 30 cm cúbicos, menos de un trago que son 50 cm, lo que uno puede llegar a producir la muerte [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:36:27 y ss.). Luego, explicó que es esta la razón por la que se colorea la sustancia para llamar la atención, como sucede con el líquido de frenos, ya que la misma no tiene color ni olor, un aspecto levemente denso y dulzón. Y a los efectos del caso y con mayor claridad, dijo el etilenglicol «[...] se disuelve con gran facilidad por su polaridad en cualquier solución líquida [...] uno lo pone y se disuelve inmediatamente, lo ingiere, pasa al torrente sanguíneo, apareciendo los primeros síntomas que expliqué antes del efecto agudo, náuseas, vómitos, alteración del sensorio, malestar general, después a medida que se producen las enzimas del hígado, la otra sintomatología más marcada, falla renal, falla neurológica profunda, coma profundo, falla respiratoria, que lleva a la muerte [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:37:43 y ss.).

Hasta aquí, las características y efectos de la ingesta de etilenglicol. Veamos entonces si estos efectos son los que se produjeron en las víctimas.

El Dr. Saracco explicó, durante el debate, que para llegar a un diagnóstico se basan en la existencia de un síndrome –conjunto de signos y síntomas que llevan al diagnóstico de la enfermedad–, que no siempre puede determinarse con certeza cuál es el agente productor, que un hecho aislado no determina la enfermedad pero sí que, cuando distintos hechos son coincidentes, se puede hilvanar un diagnóstico de certeza, lo que se da mucho en Toxicología (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:39:09 y ss.). Ejemplificó con la intoxicación de monóxido de carbono, pues mientras la persona respira, lava el monóxido y al llegar al hospital el análisis da negativo, y agregó «[a] cá es exactamente igual, tanto el menor como el adulto tenían elementos clínicos pero efectos evolutivos y de laboratorio que nos llevan al diagnóstico de intoxicación por etilenglicol [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:40:00 y ss.).

El médico en cuestión accedió a la historia Clínica de E.A.A. pero respecto de Rolando Aquino fue consultado durante su internación, luego revisó la historia clínica y la necropsia. Refirió que, dados los síntomas que presentaba, consultó la base de datos de la dependencia en que trabaja y expresó que sólo tuvieron dos o tres casos por año accidentales y sólo una muerte, producto de un suicidio ya avanzado, pues todas las demás tuvieron evolución favorable.

Luego aunó los síntomas que presentaba Rolando Aquino –*somnolencia, sudoración, alteración de conciencia, trastornos de orientación*–, y manifestó aconsejable en estos casos un estudio de ácido base, de PH sanguíneo, afirmando que era llamativo que estaba con una acidosis metabólica, un PH ácido, lo que llevaba a pensar en un cuadro de intoxicación al descartar elementos orgánicos como diabetes o metabólicos como tumores, razón por la que interrogó por antecedentes –trabajos con glicoles o toma de medicamentos como aspirina o derivados–. Agregó entonces que el médico tratante le refirió la mención de ingesta de ácido córico, compuesto tópico que es para blanquear las manchas oscuras de la piel, pero cuyo formulado no se correspondía con ese PH ácido, por lo que se le sugirieron otros estudios relacionados con la función renal y los niveles de calcio y seguir indagando a terceros sobre la ingesta de otras sustancias, enterándose, al preguntar al día siguiente, de la muerte del paciente, pese a los intentos de revertir ese PH ácido (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:42:00 y ss.).

Añadió que cuando tuvo acceso a la historia clínica y a los análisis de laboratorio, empezó a pensar en el diagnóstico de intoxicación por etilenglicol y enumeró «[...] *alteración o trastorno de conciencia que lleva a depresión, un PH sanguíneo ácido que no revertía a pesar del tratamiento con bicarbonato y otras sustancias; falla renal que fue avanzando en forma marcada y sostenida a lo que se suma después un descenso del calcio, [...] presencia de cristales de oxalato de calcio en el riñón. Es decir que tenía todas estas características que nos llevan a un síndrome que no son otros alcoholes sino específicamente el etilenglicol [...]. Cuando tengo un conjunto de signos y síntomas que son característicos de esta enfermedad nos lleva a tener la certeza final de diagnóstico de intoxicación por etilenglicol [...]*» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:47:00 y ss.).

En el caso de E.A.A., destacó que llegó a la misma conclusión y explicó las razones. Al efecto, sostuvo que contaban con una búsqueda específica, que realizaron un cálculo matemático, una ecuación de niveles de cloro, sodio, bicarbonato, glucosa en sangre que arrojó valores característicos de los glicoles, por encima, en cinco veces, de lo normal, a lo que se sumó una falla renal marcada, altos azúcares sin antecedentes de diabetes, alteración de la respiración celular que genera otro desecho: el ácido láctico, cuya presencia se dio en ambos –E.A.A. y Rolando Aquino– con valores elevados, destrucción muscular y acidosis gravísima (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:48:38 y ss.).

«[L]a evidencia nos va llevando a tener una seguridad diagnóstica y poder decir que la causa de la intoxicación fue la ingesta de etilenglicol [...]», afirmó ante el requerimiento fiscal (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:48:38 y ss.). Y añadió, «[a]l ver las declaraciones, [ambos] debutaron con un trastorno de conciencia, estado de depresión del sensorio, ese estado de sopor, este sueño en el caso del niño, respiración atípica, este ronquido, estamos viendo la evolución de esta intoxicación, respiración agónica, acidótica. El organismo trata de respirar más rápidamente para compensar, lavar dióxido de carbono y alcalinizar rápidamente. El niño ingresó mucho más evolucionado, [estuvo] internado solo doce horas, hay una consulta tardía, el padecimiento fue en esa noche. En cambio, el adulto consulta más rápidamente, buscando alguna sintomatología, pero los dos terminan con el desenlace final que es una falla multiorgánica que es el producto de la acción indirecta de los metabolitos que producen un daño a nivel celular afectando toda la economía que deviene en un falla en el corazón [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:53:24 y ss.).

Acerca de dicha sustancia amplió, «[e]l etilenglicol, cuando se absorbe, pasa a sangre como cualquier sustancia a los 20 o 30 minutos, y puede durar 3, 4 o 5 horas, dependiendo de la cantidad. Mientras va desapareciendo de sangre se metaboliza y se van generando los metabolitos tóxicos y el deterioro del

paciente [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 01:13:00 y ss.). El niño E.A.A., dado el ingreso a las 6 hs aproximadamente al Hospital Notti, ha estado expuesto a la sustancia diez o doce horas. Luego, detalló el valor de PH, de glucemia, la falla renal significativa, para sostener que E.A.A. «[...] ingresó con una alteración y un compromiso orgánico severísimo que podía haberlo llevado rápidamente a la muerte y que se demoró o ayudó, porque en busca de tratamiento, se le hizo diálisis peritoneal, que ayuda a bajar los metabolitos tóxicos sin tener el diagnóstico. Me lleva a todas las características, no hay otra patología o tóxico que genere todos estos síntomas: hiperglucemia, falla renal, acidosis pese a las grandes cantidades de bicarbonato que se le suministraron que en ningún momento levantaron y que en cualquier otra patología se corrige [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 01:13:25 y ss.).

Por su parte, Saracco destacó que, de haberse contado con información sobre la ingesta de la sustancia, se podría haber suministrado el antídoto específico, que es la etilterapia –suministro de alcohol etílico–, pero para ello era necesario actuar antes, actuar en el período de latencia (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 00:55:60 y ss.). Asimismo, quedó claro que en la mayoría de las intoxicaciones «[...] se llega al diagnóstico por elementos indirectos, pues hacer la determinación es complejo y dificultoso [...] como es muy difícil, a veces no nos centramos en la sustancia sino en la clínica [...]» (registro audiovisual, 30/11/2022, minutos 01:06:00 y ss.).

En forma coincidente, declaró la Dra. Marcela Godoy, profesional médica del Cuerpo Médico Forense, respecto del fallecimiento de E.A.A. Esta profesional, conjuntamente con los bioquímicos Gaspar Alcides Váldez –además, especialista– y Verónica Neully –además, magister– del Laboratorio de Toxicología Forense del Cuerpo Médico Forense y el perito de control Dr. Rodolfo Videla, realizaron la pericia médica de E.A.A.

Al respecto, la Dra. Marcela Godoy sostuvo que surge de la historia clínica del Hospital Notti que el niño ingresó con muy pocos signos vitales, en una fase terminal. Refirió que la sangre debe tener un PH equilibrado –ácido y alcalino– y que los valores de E.A.A. eran malos, que presentaba acidosis metabólica, trastorno de conciencia y que, si bien reaccionó, al tratar de compensarlo, ingresó luego en coma profundo.

Expresó en este sentido que «[e]l niño ingresa con el valor máximo de esta escala, lo primero [...] es sostener las funciones vitales más importantes, respiratoria y cardíaca, con respirador y medicamentos. Mientras, se busca la causa, cuando no hay antecedentes que justifiquen, lo primero a descartar es que en el cerebro haya una causa estructural [...] isquemia, traumatismo, tumor, [...] No se encuentra ninguna de estas causas con la tomografía. Las causas pueden ser estructurales o metabólicas, esto se descartó, se buscan análisis de sangre. Algunas patologías pueden llevar al estado de coma, [como] la diabetes, grandes alteraciones metabólicas [que] pueden justificar este estado de coma. [...] Se intenta compensar estos valores. Uno cuando intenta compensarlo el cuerpo responde, sostiene al principio hasta que solo se recupera y sale. En este caso se empiezan a compensar los más graves, no responde de ninguna manera y culminó todo este intento fallido a las pocas horas [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:45:14 y ss.). Del mismo modo, señaló que E.A.A. presentó falla renal aguda, trastorno neurológico sin etiología y por ello indicio de intoxicación adjudicada a una sustancia particular y explicó que al examinar comienzan a buscar otras causas a las descartadas en la historia clínica como alcoholes, etilenglicol, que provocan mucho daño en pequeñas cantidades y cuadros de acidosis metabólica aguda. Añadió que lo primero es descartar intoxicación por etilenglicol, fue un diagnóstico por descarte (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:45:14 y ss.).

Acerca del cuadro en sí y su evolución, explicó que «[tiene] tres fases: aguda, donde se ve la persona como alcoholizada, ebria, mareada, [con] náuseas, vómitos, alteración de la conciencia pero conectada; luego acidosis metabólica [que] interfiere y daña muchas partes del cuerpo, renal, cerebral y cardíaco, en estupor, somnolienta y puede llegar al coma; y la tercera fase, casi irreversible, los metabolitos provocan alteraciones, causando la muerte [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:45:14 y ss.). Añadió que creía que el paciente debía haber entrado en fase dos o tres con una evolución de 24 hs o de la noche anterior. A la posibilidad de sobrevida, indicó que generalmente los familiares aportan un envase o dicen algo pero hay dos tratamientos específicos, uno con alcohol.

Afirmó claramente cuál fue la causa de la muerte de E.A.A y refirió, «[...] nosotros descartamos otras causas, no arribamos a otra posible causa [por el etilenglicol] el 99% de certeza que fue esto [por el etilenglicol] lo que causó la muerte [...]». Explicó el protocolo de la necropsia, desde la apertura hasta la toma de muestras y refirió que «[...] el etilenglicol es un tóxico, de alta biodisponibilidad, poca dosis intoxica mucho y tiene una vida media muy corta. Solamente podíamos hallar la presencia en las primeras 4 o 5 horas de la ingesta, no podíamos detectar el tóxico, si en este caso hubiésemos hecho una necropsia posiblemente no lo podríamos haber encontrado por el transcurso de esta ventana [...]». Luego, agregó que «[e]se etilenglicol, se metaboliza en hígado, [y por] efecto cascada, van y actúan a nivel del sistema renal, cardiovascular, hematológico, todo empieza a fallar, lo que falla gravemente, es la coagulación, [producen] trombos en la parte del cerebro, [...] falló todo este organismo, [...] lo que nosotros podemos peritar es el por qué se produce este fallo del todo el organismo [...]». Coincidió también en cuanto a que una dosis pequeña causa grave daño –más o menos 20 mililitros– y sostuvo que no pierde efectividad al incorporar otro elemento como agua, comenzando sus efectos a la hora aproximadamente (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:45:14 y ss.).

De igual modo, declaró el **Bioquímico** Gaspar Valdez del Laboratorio de Toxicología del Cuerpo Médico Forense, especialista en ingeniería en calidad analítica, patología química, es decir en alta complejidad en toxicología y diplomado en ciencias forenses. Refirió que revisaron la historia clínica y observaron la bioquímica clínica, de la que surgió acidosis metabólica, que permite sospechar de etilenglicol y produce falla renal aguda. Para explicar más claramente, sostuvo que un componente que ingresa al cuerpo humano es procesado y puede salir de otra forma, en este caso en forma de metabolitos y aparecen entonces síndromes toxicológicos compatibles con un tóxico volátil, dentro de los cuales está el etilenglicol. También señaló que «[la sustancia] es insípida, inodora, de un ligero sabor dulce [...], imperceptible para el que lo ingiere [...], no le va a generar reacción, no lo va a quemar, no le va a hacer nada de eso. Al contrario, no lo va a percibir, va a ser como una suspensión ligeramente dulce, no tiene color, pero sí se le suele poner un color [...] fluorescente o rojo [...], justamente se intenta de que llame la atención a la vista y que no sea consumido, sobre todo por un menor [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:01:31 y ss.).

En cuanto a Rolando Aquino, de suma utilidad para sostener la teoría del caso de la acusación resultó la declaración del Dr. Daniel Calderón, **médico especialista en terapia intensiva** que lo atendió en la Clínica Santa Clara a partir del 8 de febrero de 2022, habiendo ingresado, en apariencia descompuesto, el 7 de febrero de 2022. Es importante su declaración no sólo respecto del cuadro clínico del paciente al ingreso, su evolución y el desenlace fatal, sino porque fue el profesional que mantuvo contacto con la acusada y sus familiares durante la internación e indagó en busca de alguna causa que llevara al cuadro que presentaba Rolando Aquino.

Durante el debate el profesional sostuvo que «[el día 7] *ingresó a Terapia Intensiva, llevaba las primeras horas de internación, ingresa por guardia con vómitos, náuseas, trastorno de conciencia [...] con un trastorno neurológico –convulsiones– [que] habitualmente aparecen y no vuelven, pero hizo un primer fenómeno, un segundo, sin lograr recuperarse, estado de conciencia disminuido, síndrome convulsivo sin posibilidad de recuperación y [ante] las posibilidades de broncoaspiración, tomé la decisión de entubarlo y poder proteger su vía aérea [...] que es el método. Tenía estado de obnubilación, somnolencia, no estaba lúcido desde que ingresó [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:20:04 y 00:34:00).

El profesional, de propia iniciativa consultó con el Dr. Saracco y explicó las razones. «*[E]n primer lugar tratamos de achacar el proceso a causas comunes, de hecho, tuvo un examen tomográfico normal, electro y radiografías de pulmón sin patología y un laboratorio que marcaba la gravedad. Hay una cuestión técnica de Laboratorio que se establece por el PH, y es la medición del medio interno, como un órgano más, de límites de normalidad [y añadió ante la posibilidad de sobrevida] existen tratamientos, uno podría haber intentado el tratamiento, es bastante accesible para todo el mundo [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:20:04 y hasta 00:34:00). Luego explicó que no firmaron el certificado de defunción por falta de claridad acerca de la causa de fallecimiento y por ello dieron intervención judicial añadiendo que surgió la ingesta de un tóxico, sin quedar claro de cuál se trataba.

El segundo aspecto, la comunicación mantenida con los familiares principalmente la acusada con la que Rolando Aquino convivía, contribuye a esta imposibilidad de dar con el tratamiento adecuado. Refirió en relación con ello que «*[...] los llamé, hablé con la esposa. Los llamo porque hay un paciente muy joven que no da un motivo claro de por qué está así, de gravedad extrema [...]. Interrogar a la familia es muy importante para saber qué le estaba sucediendo. Muchas veces el interrogatorio marca qué puede tener [...]. Le expliqué el estado de gravedad del paciente. Me mencionó que había tomado un medicamento que se llama ácido córico, que habían comprado por Mercado Libre para las manchas de la piel. Ahí la diferencia es que eso da unos síntomas muy leves y el paciente tenía síntomas muy graves, no había referencia de otros tóxicos [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:25:30 y ss.). Añadió que dicho medicamento se prescribe para lesiones hiperpigmentadas y el paciente tenía manchas hipopigmentadas, que ambos lo habían tomado y no dijo cantidad, que no fue contundente acerca del medicamento y ante el requerimiento del envase para poder ver la formulación, refirió haberlo tirado.

La Dra. Herrera, médica legista del Cuerpo Médico Forense, fue quien realizó la autopsia de Rolando Aquino. De manera preliminar, explicó al jurado con claridad la metodología y protocolos que se siguen en la realización de una necropsia –examen externo donde advirtió la existencia de una enfermedad de la piel tipo micosis con manchas hipopigmentadas–, incisión en el cuerpo, detección de orificios o heridas –que no los había–, evaluación de todos los órganos, su consistencia, muestras para estudios de anatomía patológica y de líquidos de orina, gástrico, pericárdico, sangre, para estudios de toxicología y laboratorio (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:03:10 y ss.).

Señaló que «*[...] en este caso en especial [...] necesitamos el estudio de la historia clínica [...]. [Rolando Aquino] ingresa con una sospecha de intoxicación. Entonces yo me remito [a] solicitar la historia clínica al hospital donde había estado internado esta persona. [...]*». Específicamente, refirió que «*[...] realizó las conclusiones teniendo en cuenta todo lo que se observa en la necropsia, los resultados de estos estudios de anatomía patológica de la muestra de órganos que mandamos, los resultados de laboratorio de toxicología que enviamos [...] a nuestro laboratorio y con el estudio y análisis de la historia clínica enviada*

por Clínica Santa María. Con todos estos elementos, analizados y estudiados sobre todo la historia clínica y confirmando algunas cosas que hemos encontrado en la microscopía, se llega a la conclusión que la causa de muerte es compatible con una intoxicación con etilenglicol (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:05:27 y ss.).

Luego explicó la evolución del cuadro, mencionó que a Rolando Aquino se le realizaron tres tipos de análisis en tres oportunidades y qué advirtieron en la microscopía y la anatomía patológica: una masa encefálica congestiva; un pulmón con edema agudo; insuficiencia cardíaca y en los riñones; y, cristales de oxalato de calcio. Del mismo modo, señaló que ese cuadro e historia clínica les hizo pensar en algún tipo de alcohol con una vida ultracorta como diagnóstico diferencial, sobre todo en base a la historia clínica, porque realizó las tres etapas de la intoxicación por etilenglicol y presentaba acidosis metabólica con anión gap aumentado. Añadió también que existen tratamientos para revertir el cuadro (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:06:49 y ss.).

También prestó declaración la Dra. Ivana Marinelli Triller, médica pediatra, especialista en terapia intensiva pediátrica en el Hospital Notti como médica de guardia y de Terapia Intensiva que atendió al menor E.A.A.

Expresó que lo atendió desde que ingresó al Hospital el 12 de julio de 2019 a las 6 hs., que lo trajo su padre a la guardia por un cuadro de trastorno de conciencia severa y dificultad para respirar. En esa oportunidad se iniciaron todas las medidas de atención y estabilización. Añadió que presentaba una depresión neurológica severa por lo que se decidió la intubación endotraqueal para estabilizarlo y poder realizar estudios complementarios –tomografía cerebral–, surgiendo de ésa algunas lesiones que, evaluadas con los médicos de guardia, terapia intensiva, neurología, neurocirugía, de diagnóstico por imágenes, se diagnostica trombosis de senos venosos profundos. Esta trombosis se traduce en coágulos en las venas del cerebro. Deben ser drenados y, si son muy importantes, generan este tipo de depresión neurológica.

Añadió que «[...] los resultados de los estudios de laboratorio empezaban a mostrar disfunción en otros órganos [...]. En uno de sus riñones, nos fueron mostrando resultados compatibles con un estado de hipercoagulación [...] coagulación anormal, [...] diseminada. Durante el transcurso de la mañana, empieza a mostrar otros signos, mal función de otros órganos, como del sistema cardiovascular, presión muy baja, necesitó soportes, medicaciones, para mantener la presión. También hiperglucemia en sangre llevando a la necesidad de insulina [...]. El deterioro nos llevó a iniciar terapias de reemplazo renal, soporte del riñón porque su función empeoraba cada vez más, [...] a la tarde terapia de diálisis peritoneal; [luego] presentó arritmias, [...] necesidad de desfibrilización y finalmente paro cardiorespiratorio que llevó a maniobras de reanimación avanzada por aproximadamente cincuenta minutos. Se termina evaluando la muerte del chico cerca de las 6.15 de ese día [y se emite certificado por] fallo multiorgánico, fallo de la función del riñón, cardíaca, y coagulación [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:00:03 y ss.).

Del mismo modo, respecto del Dr. Mercado, la Dra. Marinelli mencionó que se requirió información a los padres, que se habla permanentemente acerca de antecedentes traumáticos, golpes en la cabeza, ingesta de sustancias, intoxicaciones que se pueden dar, generalmente accidentales, sustancias desengrasantes, ácido clorhídrico, agentes de limpieza y que de haber contado con información que hiciera sospechar la etiología o causa podrían haber hecho un tratamiento. También agregó que E.A.A. no mostraba ningún indicio de lesión, que tenía los controles médicos, que era previamente sano y que se le ofreció necropsia clínica ante la falta de causal de muerte.

Seguidamente, explicó los efectos del etilenglicol, sus fases, la dosis letal de los 20 o 30 ml y afirmó que era compatible con el cuadro que presentó E.A.A. inicialmente (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:16:51 y ss.).

Hasta aquí y aun con la salvedad hecha por la propia defensa al reconocer el hecho y la causa de la misma por etilenglicol, entiendo que resulta altamente posible que ambas víctimas murieron por la ingesta de esta sustancia tóxica. Como sabemos y así lo han hecho saber los profesionales de la medicina, es la clínica médica, es decir los signos y síntomas los que permiten arribar a un diagnóstico de la causa de la muerte de las víctimas. Y ello es así independiente de si, en los resultados de laboratorio aparece o no el etilenglicol, que, por otra parte, una vez ingerido, como toda sustancia comienza a ser metabolizado y en pocas horas no es hallado. Ello, responde también a las características de este tipo de alcohol.

Con ello, la interpretación que postula sobre este punto la defensa decae inmediatamente ante la evidencia científica que resulta de la prueba brevemente referenciada y examinada. De tal manera, se puede afirmar que ambas víctimas murieron por una falla multiorgánica ocasionada por la ingesta de una sustancia tóxica –etilenglicol– suministrada insidiosamente y de la que no se tuvo conocimiento en forma oportuna para arbitrar alguna otra metodología terapéutica.

A partir de lo expuesto, es posible abordar otro de los argumentos centrales de la defensa. El resultado negativo de etilenglicol en una botella transparente secuestrada en la casa de Karen Oviedo y analizada por un laboratorio especializado de la Universidad Nacional de Cuyo, sumado al momento de secuestro de dicha botella y al testimonio de Claudia Cortez, parece ser la piedra de toque en la que la defensa asienta la falta de autoría con respecto al segundo hecho, esto es el homicidio del menor E.A.A..

Efectivamente, en el debate declararon la Lic. María Esther Barbeito, la Jefa del Laboratorio de Análisis Instrumental de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Cuyo y la Ingeniera María Ruth Clausen, Subdirectora del Laboratorio de Análisis Instrumental, Jefa de Laboratorio de Análisis Químicos y Subdirectora del Instituto de Medio Ambiente de la Facultad de Ingeniería de la misma universidad. Ambas tuvieron a su cargo el análisis de una botella secuestrada –de medio litro, posiblemente de gaseosa y sin identificar– que contenía un líquido incoloro a solicitud del Ministerio Público Fiscal para determinar si dicho líquido era etilenglicol (registro audiovisual, 30/11/2022, video 2, minutos 00:04:55 y ss.; 00:10:50 y ss.).

La conclusión de ese análisis arrojó resultado negativo, es decir no se detectó etilenglicol en ninguna concentración o concentración menor a cinco mililitros por litro. Se agregó que la botella no ha contenido dicha sustancia y que, si la misma fue lavada, analíticamente, como la sustancia es soluble al agua, no se podría saber nunca. Dicha labor se realizó con el cromatógrafo de gases (registro audiovisual, 30/11/2022, video 2, minutos 00:07:07 y ss., 00:10:50 y ss.). Más aún, la Ingeniera Clausen sostuvo que la botella tenía un volumen importante de líquido con aspecto de agua, que más bien había sido llenada, pero nunca se podría saber si había sido bien lavada previamente (registro audiovisual, 30/11/2022, video 2, minutos 00:14:10 y ss.).

Sin embargo, esta afirmación de la defensa acerca de la recepción de consideraciones académicas en orden a la sustancia y sus efectos y la ilustración del jurado y de todas las partes durante el debate, es una simplificación y parcialización del valor convictivo de la prueba. Ello así, en tanto la misma ha de valorarse en forma conjunta con el resto del plexo probatorio. Dicho de otro modo, las interpretaciones y valoraciones de estos aspectos, que también estuvieron al alcance de los miembros del jurado popular,

no impiden arribar a un veredicto condenatorio como efectivamente se alcanzó en el marco de las presentes actuaciones.

La familia, principalmente la madre de E.A.A. y ex pareja de Rolando Aquino, María Soledad Guardia, con quien aquél mantenía una excelente relación, su abuela Verónica Morales, las hermanas de Rolando, María del Carmen Monasterio y Graciela Aquino y la madre de otro hijo de Rolando y ex pareja, Érica Chávez, también aportaron elementos de juicio a los hechos acontecidos, aun cuando sea cierto que no son testigos directos de la ingesta de la sustancia tóxica.

En este sentido, y a fin de aminorar su peso probatorio, la defensa sostuvo que los parientes han declarado solo en torno a la personalidad de la acusada y respecto de la personalidad y modo de vida de las víctimas.

Pero de dichas testimoniales bien podemos extraer también que ambas víctimas eran sanas y no presentaban enfermedad de base.

Así surge también, respecto de E.A.A., de la testimonial y la historia clínica del Hospital Notti oralizada por la Dra. Ivana Marinelli: «[E.A.A.] *era previamente sano* [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:13:01 y ss.). Ello es coincidente con la declaración de su madre, María Soledad Guardia, «[acerca de internación o enfermedad, crónica] *cuando tenía 7 años me chocó un taxi cuando lo busqué en la escuela, en una moto roja que tenía y le enyesaron la pierna* [...]. [Era] *un niño muy sano, todos los controles tiene, nunca tuvo nada* [...]; *lo único que sé es que era bastante sano* [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:42:52 y ss.). Su abuela, Verónica Morales, también señaló que era un niño muy sano, que no tenía enfermedades crónicas o repetidas, que tenía todos sus controles y que al médico lo llevaba su mamá (registro audiovisual, 29/11/2022, video 1, minutos 00:10:16 y ss.).

Ocurre otro tanto respecto de Rolando Aquino. Su anterior pareja, Ester Carolina Chávez, ex esposa y madre de su hijo Javier, afirmó que no padecía ninguna enfermedad, explayándose incluso acerca de las actividades deportivas que realizaba. Chávez, que vive en Lavalle con su actual pareja y fue llamada por la acusada cuando Rolando Aquino se habría descompuesto aduciendo que viniera porque se quería ir del hospital y quizás a ella le hiciera caso, fue clara al sostener que era un hombre sano, trabajador, que hacía ejercicio y que comía bien. Surgió también de dicha declaración que se conocían desde niños, que mantenían una relación de amistad y trato frecuente, que Aquino era un padre presente y que conocía a su pareja, quien fue la que, incluso, la llevó al hospital desde Lavalle (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:06:43 y ss.). También agregó que jugaba fútbol americano en un equipo llamado Los Leones, al referirse a la vida social de Rolando (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:22:46 y ss.).

La hermana de Rolando, María Belén Monasterio, relató un episodio del día 6 de febrero de 2022 a las diez de la noche, un día antes de la internación. Expresó que recibió un llamado de la acusada haciéndole saber, en apariencia, la negativa de su hermano a realizarse un tratamiento referente a las manos. Seguidamente indicó que habló con él, que le dijo que se sentía bien, que no tenía nada y que no le mencionó a qué tratamiento se refería Karen Oviedo pero, agregó también, que su hermano nunca tuvo ningún problema y que practicaba fútbol americano (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:14:16 y hasta 00:16:08 y 00:29:55 y ss.).

Graciela Aquino, también hermana de Rolando, enfermera de profesión, se expresó en similar sentido y refirió que se enteró de la internación el lunes a la noche, por María Belén Monasterio, porque no conocía a la acusada. Acerca de la salud de Rolando Aquino, señaló que «[...] *tuvo una pérdida grande, el tema de*

mi sobrino Elías. Después de la muerte tuvo su momento de dolor, pero nunca estuvo depresivo; todo lo contrario [...], era un hombre de deporte, se dedicaba a pasear a su perrita [...] no tomaba medicamentos, era muy sano [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:36:00 y ss.).

Por su parte, debe tenerse en cuenta el testimonio de Claudia Cortez, quien realizaba las tareas domésticas en la casa de la acusada cuando ésta la necesitaba y vio a Rolando descompuesto momentos antes de ser internado. Este testimonio fue juzgado de importancia por la defensa y la acusación, pero es cuestionado por la primera porque no habría sido testigo directo de la ingesta tóxica.

La testigo referida respecto del segundo de los hechos atribuidos a la acusada señaló que «[...] ese día llegué 17:00 de la tarde, me dediqué a limpiar el baño [y] después pasé a la cocina. [E]scuché cuando ella le decía [a Rolando Aquino] que tenía que tomar un líquido, no era un jugo, era agua, [...] no era un gotero, era agua en un vaso que ella le echó las gotas, pero no era un gotero [...]. Escuché cuando lo obligaba a tomarlo y él le decía que no lo quería tomar porque le caía mal, que todo lo que ella le daba le hacía mal [...]». (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:41:02 y ss.). Añadió que, ante su pregunta, Karen Oviedo, primero dijo que debía tomarlo porque tenía apnea y, luego, que era para la piel. También señaló que Rolando estaba en su habitación, que siempre estaba escuchando música bajito, mientras ella limpiaba (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:41:38 y ss.).

Mencionó que, al avisarle que ya había limpiado el baño para que Rolando se bañara, advirtió que éste se sentó en la cama y al intentar levantarse comenzó a vomitar. Entonces le avisó a la acusada y, según la testigo, ésta presentó más preocupación por los perros que comían del vómito que por la salud de Rolando Aquino (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:42:11 y ss.). Mencionó que Rolando Aquino parecía aquellas personas borrachas o ebrias y que vomitó muchísimo.

Agregó, además, que «[e]lla agarró una botella del aparador y se lo puso en un vaso transparente [...]. El líquido era transparente en agua. [Era] una botella como un tipo gaseosa transparente [sin etiqueta] vi cuando ella la guardó en el aparador [...]» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:44:03 y ss.). Y contestó que ella no tiró esa botella a la basura, que el vaso era wiskero corto, que tenía la mitad de agua y que le echó un chorro, añadiendo que *fue mucho*, de un líquido transparente que no se veía espeso. Eso fue como a las cinco y media o seis menos cuarto de la tarde, que la botella era como de medio litro y que estaba llena (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:45:11 y ss., 00:52:03 y ss.).

Como señalé, otorga relevancia la defensa a aquella parte del testimonio en que Cortez dice que no sabe si Rolando Aquino tomó o no lo que la acusada le sirvió. Sin embargo, debe considerarse tanto la secuencia anterior así como la posterior, no sólo que la acusada salió enojada luego de exigirle a Rolando que ingiriera el líquido sino que Cortez, prácticamente en forma inmediata, comenzó a ver descompuesto a la víctima. Ello, por cuanto corresponde su análisis en el contexto no sólo de la situación y el rol de la propia testigo, sino junto a la restante prueba rendida (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:54:09 y ss.).

Con el mismo propósito, desvincular a la acusada del hecho, la defensa también cuestiona el examen de celular de Karen Oviedo, así como la valoración de las compras de sustancias relacionadas con el etilenglicol en la aplicación Mercado Pago. Y para ello recurre a un argumento subjetivo, sostener que dicho celular era utilizado por Rolando Aquino. Pero olvida otras consideraciones que fueron bien sindicadas por los acusadores en sus alegatos de clausura, tal como las fechas de utilización del mismo. Finalmente, se toma del resultado negativo a la botella secuestrada en el domicilio de Oviedo.

El Oficial Principal Federico Ponce Ávila, Subjefe de la División Delitos Tecnológicos de Policía Científica, quien colabora con la investigación de delitos desde hace más de quince años, incluso en la División Antisecuestros extorsivos, tuvo a su cargo el análisis del teléfono celular de la acusada y, para ello, recibió un informe con la extracción, por el sistema UFED, de UDAPIF del día 11 de febrero de 2022 (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:42:44 y ss.). A partir de allí, es posible extraer elementos de juicio relevantes relacionados con la muerte de Rolando Aquino.

A partir de la elaboración de un primer informe del 11 de febrero de 2022, que fue oralizado y exhibido en pantalla en el debate, aquel sostuvo que surge información de interés, en primera instancia, del historial de internet, de un celular Motorola XT2070-2 e informó que el 4 de febrero de dicho año hubieron treinta y cuatro búsquedas acerca de distintos venenos, sustancias tóxicas, envenenamiento por etilenglicol, las que detalló al jurado –«*Cinco sustancias tóxicas que se encuentran en frutas y vegetales*», «*Un veneno que no deje huella*», «*Cien veces más grave que el arsénico*» entre otras—. Mencionó un tercer informe más detallado que incluye el nombre completo de la búsqueda con accesos, incluso a páginas médicas, con referencias no sólo al etilenglicol, sino a los primeros auxilios necesarios, la facilidad de su detección, por caso.

Luego aparecieron veintidós nuevas búsquedas –que también detallan– del 6 de febrero, pero refiere que pudo haber habido borrado del historial del día anterior por la utilización de la página de ingreso a Google, My Account y My activity, asociada a su teléfono del día 7 de febrero de 2022. Añadió que estas búsquedas se extienden hasta el 8 de febrero de 2022.

En fecha 8 de febrero de 2022 hay registro de seguimiento de envío en la página de Correo Argentino, y continuaron las búsquedas acerca de sustancias tóxicas. El 9 de febrero de 2022 ya aparecen accesos a la cuenta de Gmail, privacidad y condiciones de Google, cuya principal función es la exportación y borrado de información. También referencia una búsqueda en Mercado Libre de ácido córico para la eliminación de manchas y blanqueamiento e, incluso, surge del envase que aparece en la imagen un sticker que advierte la aplicación con hisopo o algodón.

Destacó Ponce Ávila que el sistema UFED hace un calcado completo de la información del teléfono. Se trata de un software de equipamiento israelí de los más potentes que se usan en el mundo y que procesa a través de un algoritmo que genera un código de 25 a 30 dígitos para cada archivo (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 01:02:51 y ss.). Al efecto refirió que la principal cuenta vinculada a ese teléfono termina en «0094» y es el correo de la acusada –«karenoviedo2017@gmail.com»– y lo propio aconteció con los mensajes de WhatsApp, expresando que quien envía y contesta repetidamente es la señora Karen Oviedo asociada a la cuenta «karenoviedo2017» a lo que, aporta, que hay muchas imágenes, fotos de su DNI, de la tarjeta verde de un automóvil Fox, e imágenes repetitivas en las que está ella (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:59:56 y ss.).

Expresó, específicamente respecto del etilenglicol, que dada la información –una imagen de captura de pantalla de compra de dicho producto del 28 de enero de 2022 por 500 centímetros cúbicos por \$870–, se requirió informe a Mercado Libre, empresa que suministró toda la información de esa cuenta. De allí surgen, en consecuencia, además de esta captura, otra del 3 de febrero de 2022, del menú de compra y el pago aprobado por \$2.449,99 por una compra de etilenglicol de 1.000 centímetros cúbicos pagados con Mercado Pago. Luego hay una compra de ácido córico del día 9 de febrero del mismo año (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 01:06:16 y ss.).

Sobre la posibilidad de uso de la cuenta, por otra persona, con conocimiento de usuario y contraseña o el *hackeo* de la cuenta, expresamente señaló que «[...] *cuando uno trata de acceder, por más que conozca usuario y contraseña desde otros dispositivos, Google inmediatamente genera un alerta asociada al número telefónico [...]. Cada vez que quieran acceder o intentado acceder a la cuenta de la señora Karen Oviedo se enteran [...]. Y no sólo eso de habilitar el doble factor de autenticación, [...], a mí me permite tener la seguridad de que si yo quiero, yo voy a ingresar a través de cualquier computadora, voy a ingresar en tanto y en cuanto yo acepte desde mi teléfono celular el acceso [...]. [Asimismo] tanto Mercado Libre como Mercado Pago que estaban asociados, también verifican sus propios softwares. Toda esta información es para saber que están operando legítimamente los usuarios [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 01:20:50 y ss.).

Asimismo, y ya acerca del menor E.A.A., el secretario de la Unidad Fiscal de Homicidios, Dr. Martín Torres, quien hizo mención a la información que remitió Mercado Libre el 3 de marzo de 2022, ante la solicitud de la Fiscalía de compras y cuentas vinculadas con la acusada con su número de DNI 35.145.145. Expresó que uno de los perfiles enviados que terminaba en 170 estaba vinculado a su nombre y a su mail y a la dirección de Manuel A. Sáenz 4173 de Guaymallén Luego, se informó un detalle de varias compras de mayo a julio de 2019 de etilenglicol, posteriormente canceladas y, específicamente, dos compras aprobadas del 2 de julio de ese año (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:08:34 y ss.) de etilenglicol puro por \$429,99 y \$350,00. Dichas compras fueron enviadas a domicilio y compradas diez días antes del fallecimiento de E.A.A., obrando esta documentación en autos.

El argumento de la defensa acerca de que dichas compras fueron realizadas por el propio Rolando Aquino, en tanto éste le utilizaría el celular a la acusada, no encuentra andamiaje probatorio, ni en su momento fue ofrecido elemento alguna que acreditara esa hipótesis alternativa más allá de la propia declaración de la acusada (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:12:00 y ss.)

Rolando Aquino tenía su propio celular. Así lo sostuvieron sus exparejas, Ester Carolina Chávez, madre de Javier, hijo de Rolando, y María Soledad Guardia, madre de E.A.A. También, Claudia Cortez y sus hermanas María del Carmen Monasterio y Graciela Aquino.

En principio, todas ellas fueron llamadas por Karen Oviedo, desde su propio celular, cuando Rolando Aquino fue internado, para que fueran a cuidarlo a la clínica donde estaba. Además, tanto Guardia como Chávez, sostuvieron que Rolando era un padre presente, dedicado a sus hijos, y con quien mantenían vinculación fluida.

Ester Carolina Chaves, afirmó de esta situación al señalar que «[...] *no recuerdo el celular de ella, pero es el de ella. porque yo tengo el celular de Rolando y no era ése [...]. Ella me dijo que era su número [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:05:06 y ss.). Incluso, contó que la acusada, a la que no conocía, le había mandado mensajes y audios a su celular: «[...] *Ella en enero me manda mensajes diciéndome por qué le mando un mensaje a su marido. Y bueno otras cosas así. Nunca le contesté. Me mandó dos audios reclamando lo mismo [...]. Le dije a Rolando “hablá con tu pareja porque yo no tengo nada que ver con ella, son cosas entre ustedes”. Él me dijo que no le hiciera caso, que era celosa. [...]. Ahí yo ya la agendé. Hace un año atrás [...] me mandó solicitud por Facebook, no la acepté [...]. Para mí ella es una desconocida [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:05:34 y ss.). Valga señalar que la testigo conoció a la acusada cuando se hizo presente en la clínica donde se encontraba internado Rolando Aquino (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:09:24 y ss.).

Por otra parte, debe señalarse que fue Karen Oviedo quien, desde su celular, le avisó a María del Carmen Monasterio de la internación de Rolando Aquino, con quien, además, había mantenido comunicación telefónica días antes (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:09:24 y ss.). Lo propio aseguró su otra hermana Graciela, quien refirió que «[...] *lo único que sabía en su momento es que él estaba había entrado como con una intoxicación y nada más [...]. El día martes hablé con Karen, yo no la conozco, le pedí su número de teléfono de celular a mi hermana María Belén [...] le mandé un mensaje de WhatsApp a Karen diciéndole que yo era Verónica, que era la hermana de Rolando, que qué había pasado con él [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:33:09 y ss.).

Claudia Cortez, refirió que se enteró de su fallecimiento al día siguiente, que vio la puerta de la casa abierta y que una de sus hermanas, previo explicarle quién era ella, le refirió que Rolando Aquino había fallecido. Respecto del uso de los teléfonos, expresó que tenían cuatro teléfonos, que estaban siempre conectados, que cada uno usaba el suyo y que en uno de ellos ponían música. Añadió que ella jamás utilizó ese teléfono y que nunca había intentado comunicarse con Rolando Aquino porque no tiene su número y siempre lo había hecho con Karen por trabajo (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:46:54 y ss., 00:57:34 y ss.).

Por otra parte, la acusación se sostuvo en la declaración del Oficial Principal Ponce Ávila, que brindó no sólo acerca de las búsquedas y compras de la acusada por Mercado Libre y Mercado Pago de la sustancia tóxica que nos ocupa, el etilenglicol, sino porque refirió que esas cuentas estaban asociadas al número de DNI de la acusada, a su domicilio y el teléfono contaba con cuantiosa información personal –fotos, documentos, tarjetas verdes, etc.– y sobre el que ya me explayé. De igual modo, la declaración testimonial del Dr. Torres.

Dos elementos más brindan sólido sustento a la teoría del caso de la acusación en relación con el uso del teléfono celular por la propia Karen Oviedo para acreditar la compra del etilenglicol. En primer lugar, tal como refirió Ponce Ávila, el teléfono de la acusada continuó registrando actividad vinculada con la causa estando Rolando Aquino internado los días 8 y 9 de febrero de 2022. En segundo lugar, no es posible que pudiera ser utilizado por la víctima, pues ésta nunca recuperó la conciencia. Así lo sostuvo el Dr. Calderón. Fue la propia acusada quien mendazmente utilizó como argumento, para requerir la comparecencia de Chaves, que Rolando Aquino estaba agresivo y no quería seguir el tratamiento.

Asimismo, no encuentra explicación, en la teoría del caso de la defensa, las búsquedas y compras de la sustancia tóxica que, del mismo tenor, realizó la acusada coetánea a la muerte del menor E.A.A.

Previo a ingresar a la declaración de la acusada, la actitud asumida durante la internación de Rolando Aquino y la pericia psíquica que se le efectuara en el Cuerpo Médico Forense, se deben puntualizar dos circunstancias. En primer lugar, el momento en que fue desapoderada de su teléfono celular y cuál fue el destino del teléfono celular de la víctima. En segundo lugar, y del mismo modo, el secuestro de la botella cuyo líquido fue analizado por profesionales de la Universidad Nacional de Cuyo como demostrativa de la inexistencia de etilenglicol.

Al momento de prestar declaración testimonial, al inicio de las actuaciones n° P-14.390/22, el 9 de febrero de 2022 a las 15:49 horas, ya cuando se había producido el deceso de Rolando Aquino, la acusada prestó autorización al ingreso de personal policial de Investigaciones y de Científica a su domicilio. también autorizó la extracción de datos de su teléfono móvil y el de Rolando Aquino, cuyo secuestro se realizó mediante acta n° 41/22 del mismo día a las 20:25 hs. Esa es la razón por la que el celular de Karen Oviedo

registra actividad hasta ese mismo día, como informara el Oficial Ponce Ávila. Surge asimismo que Oviedo resultó aprehendida ese día a las 23.30 hs. Esto permite concluir que pudo hacer uso del mismo en todo momento antes y durante la internación de Rolando Aquino, incluso luego y hasta ser despojada del mismo. Sin embargo, cabe aclarar que no obstante haber prestado esta autorización, el informe de la oficina de delitos tecnológicos se realizó con la debida orden del juez de garantías para la extracción de datos de dichos teléfonos y la notificación de dicha medida a la defensa.

Ahora bien, nada explica que la propia acusada reconozca que una vez internado Rolando Aquino, efectuara búsquedas acerca de la sustancia tóxica y que el motivo de ello sólo fuera saber por qué razón aquél lo había comprado y no trasladara este conocimiento a los profesionales actuantes, lo que hubiera posibilitado que la víctima pudiera ser correctamente atendido y que hubiera salvado su vida. Luego, más adelante y aun cuando aceptó que tenía el celular suyo en su poder, desconoció esas búsquedas y pretendió endilgárselas a Claudia Cortez (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:18:00 y ss.).

El secuestro de la botella que supuestamente contenía el líquido ingerido por la víctima fue producto de un allanamiento efectuado el día 10 de febrero de 2022 y secuestrada bajo el n° 45/22.

Debe señalarse que, conforme las características de la sustancia tóxica que produjera la muerte de Rolando Aquino –etilenglicol– detallado por los distintos profesionales, y el momento en que dicha botella fue secuestrada y analizada, el resultado negativo que resultara del Laboratorio de la Universidad Nacional de Cuyo no ostenta la definitividad que pretende darle la defensa. Más cuando ni tan siquiera se puede asegurar con certeza que dicho líquido estuviera o hubiera estado en alguna oportunidad en esa botella o en algún otro envase. Por otra parte, desde la ingesta o al menos desde el ingreso de Rolando Aquino a la Clínica Santa María –7 de febrero de 2022– hasta el registro domiciliario –9 de febrero de 2022 a las 19:15 hs.– la vivienda continuó siendo habitada por la acusada.

Finalmente, las contradicciones en las que incurriera la acusada acerca de la ingesta, así como las actitudes asumidas en cuanto a la internación de su pareja y el cuidado que éste requería, deben ser analizadas conjuntamente con el examen psíquico oralizado en el debate por el Dr. Profili.

Respecto de las primeras, la acusada, ante distintos interlocutores, brindó explicaciones diferentes acerca de la ingesta que podía, en su caso, explicar el cuadro de Rolando Aquino.

El Dr. Daniel Calderón indicó, dado el estado en el que ingresó Rolando Aquino, que habló con la acusada para poder determinar qué podía tener, que le explicó la gravedad del paciente y que le mencionó, sin contundencia, que ambos habían tomado un medicamento en distintas dosis –ácido córico– que habían comprado por Mercado Libre para las manchas de la piel. Agregó, sin embargo, que no eran indicadas para la patología que presentaba el paciente, que su ingesta produce efectos leves que no condecían con el grave estado de Aquino y que no hubo rescate, pues ella refirió haberla tirado a la basura (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:13:06 y ss.). El Dr. Saracco, que fue consultado al efecto, también sabía de esta versión de ingesta de ácido córico y fue concluyente respecto, no sólo de su uso tópico, sino de su ineficacia para provocar la muerte (registro audiovisual, 30/11/2022, video 1, minutos 00:41:42 y ss.).

La Dra. Herrera del Cuerpo Médico Forense que realizó la necropsia, señaló que al compulsar la historia clínica de Rolando Aquino se había consignado *ingesta de ácido córico para manchas en la piel*, y añadió que es de uso tópico, que se usa para manchas oscuras de la piel –hipopigmentación–, que no es lo que

tenía Aquino y que, además, si lo hubiese ingerido, no es tóxico y no hubiera fallecido por ello (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:20:04 y ss.).

Similar fue la versión recibida por la Oficial Policial de Comisaría 3ª que se hizo presente en la clínica ante la existencia de una muerte dudosa, Celina Rodríguez. Al entrevistar a Oviedo le manifestó que su pareja había consumido unas gotitas para la piel, que no sabía si eran ácido láctico, que lo había pedido por Mercado Libre y llegado el 7 de febrero de 2022 y que ahí se empieza a descomponer, encontrándolo inconsciente cuando regresa del gimnasio. También mencionó que ella también lo consumió porque también tenía manchas en la piel. Acerca del envase adujo que no lo tenía, que ese día había ido la empleada y lo había tirado (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:34:29 y ss.).

A Ester Carolina Chávez le llamó el día 8 de febrero de 2022 de madrugada –1:30 horas– y le dijo que Rolando Aquino estaba descompuesto del estómago e internado y que necesitaba que lo viniera a ver porque estaba mal. Ésta relató que vive en Lavalle, que no tiene movilidad y que finalmente su actual pareja la acercó con su moto hasta el nosocomio como a las dos de la mañana. Añadió que antes de llegar le avisó a Oviedo, pero cuando arribó, ella se había retirado, razón por la que la llamó inmediatamente y le recriminó, recibiendo por contestación que se quería ir con ella, que se había puesto violento y que se quería sacar el suero (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:01:48 y ss.). A ella, –Ester Carolina Chaves– en cambio le dijo, «[...] *“Papá se tomó las pastillas” de su mamá o de ella [...] de la tiroides o de la ansiedad. [Y]o pensaba por qué estaban en su casa [y le dije]. Pero si son de tu mamá, ¿qué hacen ahí en tu casa teniendo ella dos niñas que corren peligro? [...]. Muchas cosas más que ella me fue insinuando, [...] lo me recaló mucho de las pastillas que él se podía haber tomado. [Mencionó que] ese fue el motivo que me dijo ella por lo cual estuvo ahí estaba internado, por eso yo supuse que estaba mal del estómago que le habían hecho un lavado de estómago porque ella no me explicaba bien qué es lo que él tenía [...]*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:11:51 y ss.).

Resulta importante destacar el diálogo mantenido por Chávez con el Dr. Calderón ante la incomprensible, para ella, noticia de la muerte de Rolando Aquino. No sólo ante su requerimiento el médico le dijo que Rolando Aquino *llegó dormido y se fue dormido*, sino que le manifestó que no sabía de la ingesta de pastillas, pero que supieron, por la esposa, que se había tomado un *líquido que era para las manchas blancas que tenía*. Refirió, y así se lo expresó al médico, que esas manchas eran falta de vitamina C, que tomaba jugo de naranja o una pastillita para eso, que lo tenía desde niño y que el hijo que tienen en común tenía las mismas. También expresó que entendía que estaba pasando algo raro, que habló con la secretaria de la clínica para hacer la denuncia y que ésta le dijo que se quedara tranquila, que ya habían llamado a la policía. Asimismo, refirió que al llegar la policía la aislaron junto a la acusada y fue cuando le dijo, ante su indagación con el objeto de seguir averiguando, que habían comprado un jarabe para las manchas, que eso ingirió y ella también, aun con dosis diferentes (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:14:31 y ss.).

Graciela Aquino sostuvo que Oviedo en primera instancia le manifestó que Rolando Aquino había tomado pastillas para dormir, para luego referirle que había tomado algo para las manchas, lo que le resultó llamativo porque ella es enfermera y lo que le sucedía no era compatible con lo explicado (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:35:02 y ss.).

También la actitud asumida durante la internación de Rolando Aquino por Oviedo resulta, cuando menos llamativa, y avala la teoría del caso de la acusación.

El llamado a las hermanas de Aquino para que se hicieran presentes y ayudaran con su cuidado guarda cierta lógica, pues eran su familia.

Sin embargo, y frente a ello y por lógica, no puede afirmarse lo mismo respecto de Ester Carolina Chávez, que si bien era ex pareja de la víctima y madre de uno de sus hijos, no la conocía personalmente y había sufrido cuestionamientos previos hacia Aquino por las comunicaciones que mantenían e, incluso, directamente a su teléfono por ello. Pero más relevante resulta que habiendo llamado a ésta en la madrugada, viajado desde Lavalle para responder a su pedido, al llegar a la clínica la misma se hubiera retirado (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:03:21 y ss., 00:06:43 y ss.) y ello fue materia de reclamo de su parte. Como el 9 de febrero, Chávez tenía un cumpleaños de un sobrino y venía a la ciudad, Oviedo ofreció ir a buscarla porque no la conocía personalmente y fue cuando en el auto pretendió ayuda para desbloquear el teléfono de Rolando Aquino. Esta actitud, Carolina Chávez la juzgó extraña porque estaban juntos y hasta ese momento, ella creía que Rolando Aquino estaba consciente (registro audiovisual, 29/11/2022, video 5, minutos 00:09:14 y ss.).

Aun cuando no presente la misma incidencia, la situación de gravedad en la que se encontraba su pareja Rolando Aquino, tampoco tuvo suficiente resonancia emocional en la acusada, quien era su pareja desde hacía varios años.

Así lo expresó la Oficial Celina Rodríguez cuando se hizo presente en la clínica al referir que se imaginó que iba a ver a una persona desconsolada, a la que le iba a ser difícil entrevistar pero, sin embargo, estaba tranquila con su teléfono y le preguntó por el tiempo en que todos los trámites iban a demorar (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:34:29 y ss.).

Lo propio sucede con el médico tratante, Dr. Cortez, quien expresamente dijo que le llamó la atención la actitud de la acusada al explicarle la gravedad del cuadro que su esposo presentaba y la posibilidad de su muerte (registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:20:04 y ss.).

La posibilidad de la cremación, es un dato que apareció en ambas muertes, la de E.A.A. y la de Rolando Aquino, y que llamó la atención por la insistencia y el desconocimiento de dicha voluntad en personas que mantenían trato frecuente con el último. Ello no pudo efectivizarse, respecto del menor, ante la negativa de la madre y su abuela y, en el segundo de los casos, ante la existencia de una muerte dudosa y la intervención judicial.

Dicho esto, entiendo, adquiere importancia la declaración del Dr. Profili, médico psiquiatra del Cuerpo Médico Forense, que realizó el examen psíquico a la acusada junto a la Lic. Mathus y al Lic. Messina, perito de parte, a través de una entrevista completa psiquiátrica y psicológica y batería de tests. El informe fue firmado por los tres profesionales.

De aquel informe surge que Karen Oviedo tenía todas las funciones psíquicas superiores conservadas, es decir no había tenido ningún morbo a nivel de desarrollo para generar algún trastorno de esas funciones. Luego se describió el funcionamiento o comportamiento que se ve en las técnicas proyectivas sobre la personalidad y su funcionamiento. Y aclaró que se recababa información de la persona, no del hecho, que no puede decirse si es autora o no, sino describir personalidades (registro audiovisual, 30/2022, video 1, minutos 00:01:55 y ss., 00:27:25 y ss.).

Detalló las conclusiones, las puntualizó y explicó una por una éstas. Se refirió a: «*actitud de vacío y reticencia y manejo de información con falta de espontaneidad y con contradicciones y escasa repercusión emocional; juicio crítico conservado; permite distinguir acciones valiosas y disvaliosas-; centrada de sí*

misma, intenta dar una imagen virtuosa o positiva de sí como modo de ocultar su actitud negativa de confianza y su hostilidad excesivamente controlada, que se da cuando no pueden satisfacer sus necesidades y aumenta el nivel de frustración y aparece el enojo, la irritabilidad, la descarga solapada de esa agresión –conductas de venganza, arbitrariedades, desconfianza, celos, descalificación al otro–; relaciones interpersonales donde predomina la frialdad y falta de compromiso, desconfianza o escasa tolerancia a la frustración lo que permite las reacciones impulsivas» (registro audiovisual, 30/2022, video 1, minutos 00:11:26 y ss.).

Asimismo, aquel profesional contestó en su declaración que no advirtió algún indicador posible que remitiera a algún padecimiento de violencia de género, que no vieron esa veta o esa cuestión histórica. Afirmó, en este sentido, que sí recordaba que lo mencionó en un momento, pero que a veces la persona cuenta con recursos para hacer frente a esa situación pero que, sin embargo, en ella advirtió predominio del funcionamiento dominante, por los rasgos, por las elecciones, por los vínculos, por la historia (registro audiovisual, 30/2022, video 1, minutos 00:23.00 y ss. y hasta 00:30:09).

Instrucciones acerca de violencia de género

A ello, cabe añadir que el jurado **contó con debidas instrucciones acerca de violencia de género en las instrucciones finales** –específicamente, sobre «Valoración de la prueba, 1. Decidir sin sesgos y 2. Violencia de género»–, en el que se incluyeron los conceptos de sesgos, estereotipos y violencia de género, con suficiente amplitud para ilustrar al jurado (ver fundamentos de la sentencia, págs. 10 y 11). Cabe mencionar que dichas instrucciones fueron incorporadas por pedido expreso del Ministerio Público Fiscal, elaboradas por el juez técnico y puestas luego a consideración de las partes, que prestaron su conformidad (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:13:40 y ss.).

De tal manera que, no obstante haberse previsto en las instrucciones finales eventuales situaciones de violencia de género, el jurado resolvió acerca de su inexistencia.

Queda por último detenerme en la declaración realizada en el debate por la acusada. Al respecto, entiendo que cada una de las afirmaciones que realizó han quedado contradichas con la prueba rendida en el debate y que el jurado tuvo a su disposición al momento del veredicto de condena.

Así, respecto del niño E.A.A., solo se explayó acerca de la existencia de una excelente relación para con ella, sus hijas y un sobrino con el que jugaba a punto tal que le habría llamado *mamá*, situación que fue negada por María Soledad Guardia y su abuela Verónica Morales (registro audiovisual, 29/11/2022, video 1, minutos 01:08.00 y ss.). Luego, negó haber sugerido nada acerca de su cremación (registro audiovisual, 29/11/2022, video 2, minutos 00:05.13 y ss.)

Del hecho en sí, dijo haber escuchado el ronquido del menor, levantarse e intentar despertarlo sin éxito, razón por la que levantó a Rolando Aquino y lo llevaron al Hospital Notti. Sin embargo, Verónica Molina y la madre del niño, aseguraron que Rolando Aquino las llamó y les dijo que advirtió, al levantarse a la mañana e ir a saludarlo para irse a trabajar, que E.A.A. no despertaba (registro audiovisual, 29/11/2022, video 1, minutos 00:04.35 y ss. –Morales– y video 3, 00:30:23 y ss. –Guardia–).

Ahora bien, dada la causa de la muerte de ambas víctimas, la conclusión de los profesionales acerca de que la ingesta, en escasa cantidad, de etilenglicol permite alcanzar un resultado mortal, siendo ésta la causa de muerte de Elías, el argumento que utiliza Oviedo para explicar las constancias en su teléfono celular de consultas y compras de etilenglicol, tal que pudo haber sido utilizado por el propio padre del

niño, no encuentra asidero alguno. Ello resultó fortalecido por la testimonial de Ponce Ávila que oralizara el análisis efectuado en el celular de la acusada.

Lo propio acontece con la muerte de Rolando Aquino, que, clínicamente, responde a idéntica causa y en este caso, ante la ausencia de aquél, la acusada deslizó que el teléfono celular, para justificar los accesos a internet, pudo haber estado en manos de Claudia Cortez. No sólo ello fue negado por la propia Cortez, pues fue a limpiar una vez que ella regresó del salón de belleza sino que la acusada, erráticamente, refirió no haber estado en la casa cuando ésta hizo las tareas de limpieza. Dicha concurrencia al salón de belleza o al gimnasio, no encuentra más acreditación que sus propios dichos (registro audiovisual, 28/11/2022, video 3, minutos 01:14.45 y ss.), y los de Cortez pero, en cualquier caso, ello aconteció antes del arribo de Cortez a su domicilio (registro audiovisual, 29/11/2022, video 1, minutos 00:49.37 y ss., y minutos 00:57:42). También sostuvo que dejaba su celular en la casa y que lo utilizaba su pareja a efectos de explicar las compras y consultas efectuadas del etilenglicol, afirmaciones desacreditadas con la cuantiosa prueba rendida.

Por otra parte, la defensa intentó presentar a Rolando Aquino como una persona que había dejado de trabajar y que vivía de la despensa propiedad de su pareja, la acusada. Asimismo, como una persona celosa y controladora, que hacía uso de sus tarjetas y de su dinero sin su conocimiento y al que ella le dejaba su teléfono.

Sin embargo, los testigos, principalmente sus dos ex parejas, María Soledad Guardia y Ester Carolina Chávez, con las que tenía hijos, han conceptualizado a Rolando Aquino como un padre dedicado, presente, que visitaba y ayudaba económicamente a sus hijo a escondidas de la acusada para que ésta fuera la que no se enojara, porque era muy celosa (declaración de Guardia, registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:21:25 y ss., os 00:57:42; declaración de Chávez, 29/11/2022, video 5, minutos 00:21:25 y ss.). Además, como una persona muy sociable y deportista (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:22:36 y ss.).

Para ellas, así como para Cortez, Aquino era una persona trabajadora. Había trabajado en la feria de Guaymallén y en el maíz, para luego ayudar a Oviedo en la despensa. Ella misma lo afirmó en su declaración cuando dijo que dejó la feria porque le pagaban muy poco, que había sido operada de los intestinos y no podía hacer fuerza y él la ayudaba (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:49.37 y ss., y minutos 00:57:42). También lo señaló Cortez, quien, además de hacer limpieza, vivía a cuatro casas de Oviedo (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:47.34 y ss.). Ester Carolina Chávez, a su vez, mencionó que se conocían de los siete u ocho años, que era chico cuando empezó a trabajar, que ella lo llevó a trabajar en un galpón de ajos, que tuvo varios trabajos, y luego se quedó muchos años en la feria (registro audiovisual, 29/11/2022, video 3, minutos 00:36:29 y ss.).

Por último, ambas negaron haber sido víctimas de una situación de violencia de parte de Rolando Aquino e, incluso, Cortez también lo negó y agregó que siempre la trataba como «*mi amor*» (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:47.53 y ss.).

Contrariamente, y tal como surge de la declaración del Dr. Profili, psiquiatra del Cuerpo Médico Forense, esta actitud controladora parece devenir de la propia acusada y surgió no sólo del examen que se le realizara, sino de su propia declaración en el debate cuando reconoció, previo mencionar, que Rolando Aquino era celoso hasta de los proveedores, que cuando Rolando se dejaba el teléfono y estaba sin el patrón, ella leía los mensajes (registro audiovisual, 29/11/2022, video 6, minutos 00:13:40 y ss.).

Por último, corresponde analizar el cuestionamiento de la defensa respecto de la aplicación de la figura de homicidio culposo. Con esfuerzo, debido a la ausencia de desarrollo por la defensa, es posible interpretar que se refiere al reconocimiento de Oviedo del suministro de ácido córico a Rolando Aquino. Ahora bien, la contundencia de la prueba de cargo, que sustenta la teoría del caso de la acusación, deja sin base la teoría del caso subsidiaria de la defensa, según la cual nos encontraríamos frente a una figura culposa.

En efecto, dicha figura no forma parte de las opciones brindadas al jurado, expresamente aceptadas por la defensa, pero además, debe señalarse que no concreta, siquiera, el agravio en el plano teórico, lo que aparece, en el caso, como una mera discrepancia que debió plantear oportunamente.

Finalmente, vuelvo a señalar que la revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, *«debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado»* (ver al respecto mi voto en **«Tizza» y de la mayoría de esta Suprema Corte de Justicia en «Hisa», «Zúñiga», «Acuña», «Ponce Rubio»**).

Así, como sostuve en **«Navia»** en orden a los límites de esta actividad revisora, la revisión de la valoración probatoria realizada por el jurado popular –que, a diferencia de los tribunales de jueces profesionales, no exterioriza su mérito de la prueba– *«[...] no consiste en una «superposición» del criterio del tribunal de casación con el del jurado popular, sino en una evaluación acerca de la posibilidad y razonabilidad de la hipótesis acusatoria que el jurado consideró acreditada, en relación con las pruebas que fueron producidas durante el juicio. Ello, si bien impone redoblar el esfuerzo, ante la mayor dificultad que representa la tarea de revisar la prueba y revalorarla en términos de su razonabilidad, cumple mucho mejor –y en forma objetiva– la revisión amplia, ya que no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino el análisis directo de la prueba lo que determinará, en definitiva, si la solución arribada (veredicto del jurado) es posible (conf. mi voto en «Petean Pocoví», «Tizza»,), posición que fue reafirmada por la mayoría del Tribunal que resolvió en Pleno en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»; en el mismo sentido, CSJN «Canales» y Corte IDH «VRP VPC vs Nicaragua»)*.

También expresé que dado el plus de legitimidad que rodea al veredicto del jurado popular, la única ocasión en que los jueces de esta instancia podemos examinar el resultado de la valoración probatoria realizada por el jurado popular, es cuando ésta acoge la teoría del caso de la acusación o cuando, aún sin acogerla completamente, su veredicto es de culpabilidad (art. 41, primera parte, de la ley 9.106).

Ahora, en la situación contraria –veredicto de no culpabilidad– la solución la da el texto expreso de la ley: *«Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno»* (conf. art. 38, inc. d de la ley 9.106).

La razón de la gran *«deferencia»* por el rol de determinación de los hechos que efectúa el jurado radica en que *«[t]al decisión merece su irrestricto respeto, desde que ella es consecuencia directa del ejercicio pleno de la soberanía que el pueblo se ha reservado constitucionalmente, y cuya efectivización se realiza en un marco legalmente definido, esto es, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes*

en la selección (deselección) en la audiencia de voir dire, como al ingreso de la prueba, con inmediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucciones finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime (v., al respecto, mi voto en «Tizza», luego reafirmado por la mayoría que resolvió en Pleno en las causas «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza Soria», «Hisa»). De tal manera, ese particular respeto que merece la decisión del jurado popular, determina que la tarea de revisión encomendada a esta instancia no consiste en un control de la deliberación del jurado popular –la cual es secreta, conf. art. 33 de la ley 9.106–, sino en una evaluación de la posibilidad de la teoría del caso que el jurado popular consideró acreditada o que dio lugar a su veredicto de culpabilidad».

«Ese control debe revisar específicamente si «[...] la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive[a] de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate» (conf. art. 41, inc. d, ley 9.106). Dicho en otras palabras, nos toca corroborar que exista alguna interpretación razonable de la prueba que permita sostener el veredicto del jurado popular y, en ese caso, confirmar la decisión condenatoria arribada cuando resulte posible según las instrucciones impartidas y la prueba producida e incorporada al debate (ver al respecto, mi voto en «Petean Pocoví», el voto de la mayoría en «Tizza», el voto de la mayoría del Pleno del Tribunal en «Acuña», «Zuñiga», «Vildoza» e «Hisa»; todo de conformidad con lo señalado en «Canales» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)».

Cuando el cuestionamiento finca en la arbitrariedad del veredicto, como en el caso de autos en la instancia revisora debe observarse dicha regla que no supone de modo alguno una limitación al recurso del acusado, ni un impedimento para la revisión de una sentencia emitida a raíz de un veredicto de culpabilidad de un jurado popular. Por el contrario, ello no hace sino comprometer y obligar a que la tarea revisora se centre en determinar si aquella decisión del jurado popular que se cuestiona, se encuentra dentro del elenco de opciones probables y racionales que surgen de las pruebas producidas durante el debate, labor en la que, como dije, debe guardarse la especial deferencia al buen juicio y al sentido común del colectivo del jurado.

De allí que, para ello se deberá determinar: a) si de acuerdo a las evidencias utilizadas en el juicio, es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado; y b) si con las teorías del caso presentadas por las partes en sus alegatos e instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para deliberar válidamente y dictar aquel veredicto posible según la prueba. Si la respuesta es afirmativa respecto de ambas cuestiones, la sentencia debe ser confirmada (ver mi voto «Navia» y, en el mismo sentido, en «Lucero Videla», «Figuroa Arriga», «Chaves Rubio»).

Dicho esto, del detalle de la prueba producida, entiendo que se halla suficientemente probado que Karen Oviedo, tal como afirmaran las partes acusadoras, resultó autora del homicidio de E.A.A. y de Rolando Aquino a través del suministro de etilenglicol, lo que finalmente les produjo un fallo multiorgánico. En consecuencia, el veredicto dictado por el jurado popular por el que se declarara culpable a la acusada de homicidio simple en el caso de E.A.A. y de homicidio agravado por el vínculo y mediante un procedimiento insidioso respecto de Rolando Aquino encuentra sustento en los elementos de convicción suficientes producidos e incorporados en el debate. Estos elementos fueron analizados conforme las instrucciones iniciales y finales otorgadas al jurado, lo que lo convierte en veredicto posible y, por tanto, no existe arbitrariedad que permita su nulificación, tal como pretende la defensa.

De acuerdo con las consideraciones realizadas en los puntos

precedentes, en opinión concordante del señor Procurador General, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Dr. Garay. Dra. Day. Adhieren

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

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

En cuanto a las consideraciones sobre la institución del juicio por jurados, me remito, en lo pertinente, a mi voto en el **precedente «Petean Pocoví»**. Ello, por entender que son de plena aplicación al presente caso.

No obstante ello, me interesa destacar algunos lineamientos referidos a la manera en que la nueva era digital o cuarta revolución industrial impacta, como en el presente caso, en la investigación de los hechos a través de la información digital que generan las nuevas tecnologías.

Precedente Almonte

Al respecto, en el **precedente «Almonte»** sostuve que «[...] *la irrupción de internet y su accesibilidad originó un exponencial crecimiento de imágenes, videos, datos e información en el mundo digital. Conforme con esta realidad, resulta claro, entonces, que toda esta información evidentemente constituye un reservorio importante de prueba, que puede tener un gran impacto en el marco de una investigación penal*» (ver, mi voto ampliatorio en «Almonte»).

En efecto, como sostienen los investigadores Marco Maureira Velásquez y Diego González-García «[...] *desde la puesta en marcha de Internet, pasando por la creación del World Wide Web y el desarrollo actual del Internet de las Cosas, asistimos a una multiplicación de aparatos digitales que se esparcen por una diversidad de escenarios sociales que van de lo doméstico a lo laboral, pasando por el campo educativo, político, empresarial y alcanzando hasta la intimidad del ámbito sexual. Asimismo, estos dispositivos tienen la capacidad de conectarse a la red y entre ellos mismos, para producir y procesar una masiva cantidad de datos. Surge, así, una especie de mega-máquina sensitiva que se disemina en una variedad de objetos digitales que escanean, a modo de rastros, las prácticas, las relaciones, los movimientos, las conexiones y las transacciones que ejecutamos en nuestro día a día*» (**MAUREIRAVELÁSQUEZ, Marco; GONZÁLEZ-GARCÍA, Diego (2023)**). «La digitalización de la vida contemporánea: el saber, el poder y la subjetivación como vías de acceso a la experiencia digital». Papeles del CEIC, vol. 2023/1, papel 279, pp. 23. <http://doi.org/10.1387/pceic.23092>).

De este modo, al mes de enero del año 2023, conforme el Informe de Digital Global Report, el 64,4% de la población mundial es usuaria de internet y el 59,4% es usuaria activa de redes sociales (<https://datareportal.com/reports/digital-2023-local-country-headlines> [tm_source=Global Digital Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital 2023&utm_con](https://datareportal.com/reports/digital-2023-local-country-headlines?utm_source=Global_Digital_Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2023&utm_con)

[tent=Digital_2023_Global_Overview_Promo](#)), mientras que en Argentina, a esa fecha, había 39,79 millones de usuarios de internet y 36,35 millones de usuarios de redes sociales (<https://datareportal.com/reports/digital-2023-argentina>).

Por su parte, *Discovery Today* y *Legal Tech Media Group* (LTMG) publicó la infografía hasta el mes de junio del año 2023 «*The Internet in every minute 2023*», tras recopilar datos del tráfico mundial en la red de redes, dando cuenta de algunos datos, por ejemplo, en un minuto de internet se reportan, 241,2 millones de emails enviados (cada día se envían 347.300 millones de correos electrónicos), 18,8 millones de mensajes de texto (al día 27.000 millones de mensajes), 10,4 millones de vistas en Instagram (500 millones de usuarios al día, con una media de 30 minutos en la plataforma), 6,94 millones de emojis enviados (10.000 millones de emoticonos enviados cada día), 6,3 millones de videoconferencias en Zoom (3,3 billones de meetings al año), 2,4 millones de búsquedas en Google, 694.000 horas de vídeo en YouTube (se puede ampliar información <https://blog.acens.com/infografias/que-pasa-en-internet-en-unminuto-2023-infografia/>).

Ello muestra una fuerte actividad en la dimensión digital tanto a nivel mundial como local. Es decir, el acceso a los datos, a la información y al conocimiento es exponencial.

Huella digital. Fingerprinting

De este modo, todas las interacciones digitales que ocurren en el ecosistema digital inevitablemente dejan rastros. A ello se lo denomina huella digital o *fingerprinting*, a veces llamada sombra digital o huella electrónica. Se refiere al rastro de datos que se deja cuando usamos Internet. Es decir, la actividad digital deja rastros, datos y metadatos que son recolectados, tratados, procesados, perfilados y analizados, siendo el principal motor de la economía global. Como expresa Giordano Lerena, «[...] *por el solo hecho de vivir en sociedad, consumimos y producimos información digital (o provocamos su producción). Y en ese ser y vivir digital, dejamos permanentemente huellas o rastros digitales; información digital que habla de nosotros y de nuestras acciones. Evidencias digitales de nuestro paso por la vida*» (GIORDANO LERENA, *****, «Prólogo», en DIORIO, *****, et. Al, 2017, *El rastro digital del delito: aspectos técnicos, legales y estratégicos de la informática forense*, Universidad FASTA, 1ª, Mar del Plata, p. 16).

Así, los dispositivos electrónicos que a diario se utilizan constituyen fuente de información, sea esta, comercial, familiar, de salud, de diversión, educación, financiera, deportiva, noticias, entre muchas otras, siendo también fuente valiosa de prueba en el marco de procesos judiciales.

Tal es el caso que nos ocupa donde, del análisis de las pruebas incorporadas al debate, se desprende que la evidencia digital constituyó prueba relevante para el veredicto al que arribó el jurado popular.

En efecto, a través del informe elaborado por UDAPIF sobre los datos extraídos del teléfono celular de la acusada Oviedo, se pudo comprobar –a partir del historial de internet– la realización de numerosas búsquedas de sustancias tóxicas, en particular, de la sustancia etilenglicol utilizada por la acusada para causar la muerte de las víctimas.

Así también, se pudo determinar que la acusada compró y pagó la referida sustancia tóxica a través de las aplicaciones de «Mercado Libre» y «Mercado Pago», respectivamente.

A su vez, cabe destacar que en el presente caso la evidencia digital que sustentó la responsabilidad de la acusada Oviedo por los hechos investigados, cumplió con los tres principios fundamentales para que aquélla tenga incidencia en la determinación de los hechos: la relevancia, la confiabilidad y la suficiencia. Estos tres elementos definen la formalidad de cualquier investigación basada en evidencia digital.

Así, la relevancia es una condición técnicamente jurídica, que hace referencia a los elementos que son pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos investigados. En el presente caso, según advierto, el procedimiento aplicado a la búsqueda de información se limitó al objeto procesal (ver informe de División Delitos Tecnológicos de Policía Científica y declaración testimonial del Oficial Principal Federico Ponce Ávila -registro audiovisual, 29/11/2022, video 4, minutos 00:42:44 y ss-.)

La confiabilidad es otra característica fundamental, que busca validar la repetibilidad y auditabilidad de un proceso aplicado para obtener una evidencia digital. De manera tal que el resultado no varíe con la repetición del procedimiento utilizado para la extracción y análisis de datos. Sobre los distintos métodos de extracción y análisis de datos de dispositivos móviles, como así también la implementación de buenas prácticas en su procedimiento, me remito –en lo pertinente– a mi voto en el **precedente «Almonte»**.

Finalmente, el principio de suficiencia, se relaciona con la completitud de las pruebas informáticas. En otros términos, significa que las evidencias recolectadas y analizadas, en la mayoría de los casos, son elementos capaces de sustentar los hallazgos y verificar las afirmaciones efectuadas sobre los hechos investigados (**SOSA, María Elisa, «Evidencia Digital. Su importancia en la investigación». Revista Pensamiento Penal, mayo de 2023, n° 466, p. 2**).

Este principio –según entiendo– fue el más relevante para los miembros del jurado al momento de deliberar sobre la responsabilidad de la acusada Oviedo, en tanto se advierte que la evidencia digital fue preponderante para el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, debe resaltarse la importancia para las investigaciones penales de considerar que las personas al utilizar dispositivos tecnológicos registran, guardan, ejecutan e instrumentan todo tipo de hechos u actos, sean jurídicos o no, los que permiten dilucidar o iluminar el rastro de los datos y de la información que resulta relevante, en el marco del proceso, para la eventual determinación de la responsabilidad penal de las personas acusadas.

Por estas razones, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASI VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Coincido con la solución a la que llegan mis colegas, en cuanto a que el recurso de casación debe ser rechazado. Ello, por cuanto no se advierten los vicios que señala la defensa.

En efecto, comparto los argumentos del voto preopinante en cuanto a la plausibilidad de la prueba que fundamenta el veredicto condenatorio.

En relación con las consideraciones sobre el alcance de la revisión del veredicto condenatorio en el juicio por jurado popular, me remito, en lo pertinente, a lo referido en mi voto en el **precedente «Petean Pocoví»**.

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa de la acusada Karen Oviedo, comparto el resultado al que se llega en el voto preopinante, en el sentido que debe rechazarse la impugnación respecto de la sentencia nº 2.478 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

En este sentido, y por las razones expuestas en el voto que lidera este acuerdo, considero que no existe arbitrariedad en el veredicto del jurado popular.

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

En particular, en tanto afirmé que esta modalidad de juicio no debe cancelar el derecho al doble conforme del que goza toda persona acusada en el proceso penal. Por el contrario, entiendo que el juicio por jurados es compatible constitucionalmente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho.

En este sentido, la denominada regla de la deferencia en modo alguno puede entenderse restrictiva de las facultades revisoras de este Alto

Tribunal. Ello, en pos de garantizar un recurso oportuno, accesible, amplio y eficaz, en los términos delineados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:3399; 331:2077; 332:422; 332:2705; 335:817; entre otros), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH, Caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Caso «Gorigoitia vs. Argentina», Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2019; Caso «Mohamed vs. Argentina», Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012).**

En razón de ello, y sin perjuicio de la aclaración realizada, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO, OMAR A. PALERMO, JULIO R. GÓMEZ, PEDRO J. LLORENTE, DALMIRO GARAY CUELI Y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO, OMAR A. PALERMO, JULIO R. GÓMEZ, PEDRO J. LLORENTE, DALMIRO GARAY CUELI Y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

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

S E N T E N C I A:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

Capítulo II.

Delitos contra las personas.

Lesiones.

CAPÍTULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones.

1- PIA FERNANDEZ. 16-02-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcPFJ.pdf

Lex: Art. 94 bis, 1° párrafo en fc. de los arts. 94 y 90 del CP. Art. 45, 1° párrafo, inc. 4 de la ley 9024.

Vox: Lesiones graves culposas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** –con los beneficios del art. 26 del CP– y **dos años de inhabilitación** para conducir cualquier vehículo automotor, como autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves (art. 94 bis, primer párrafo en función de los arts. 94 y 90 CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 180, pronunciada por el JPC N° 2-2° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-05360498-0/1((028502-5208)). F C/ PIA FERNANDEZ JUAN AGUSTIN P/ LESIONES CULPOSAS (5208/19) (5208) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105532508*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05360498-0/1**, caratulada **“F. c/ PÍA FERNÁNDEZ JUAN AGUSTÍN P/LESIONES CULPOSAS S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa técnica de Juan Agustín Pía Fernández interpone recurso de casación (fs. 89/101) contra la Sentencia N° 180 y sus fundamentos, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de un año de prisión –con los beneficios del art. 26 del CP– y dos años de inhabilitación para conducir cualquier vehículo automotor. Ello, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves (art. 94 bis, primer párrafo en función de los arts. 94 y 90 CP). Pronunciamiento dictado en los autos n° T-5208/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado, con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] *en el departamento de General Alvear, provincia de Mendoza, para fecha 24 de enero de 2019, aproximadamente a la hora catorce veinte minutos, en circunstancias que la ciudadana Gladys Susana Narváez Benítez circulaba en su motocicleta marca Zanella 90 cc, dominio: A06-2YIX por el sector Este del carril Este de Av. Libertador Sur, con sentido de circulación hacia el norte, al llegar a la intersección con calle Francia, colisiona con su sector delantero, el lateral derecho del automóvil marca Citroën, modelo C3, dominio IOZ-358, conducido por el ciudadano Juan Agustín Pía Fernández acompañado por Nicolás Agustín Bernardes, quienes circulaban por el carril Este de Av. Libertador Sur, atravesando el mismo con dirección hacia calle Francia, con sentido de marcha hacia el Este. Debido a este actuar imprudente, negligente y antirreglamentario [...] la conductora de la moto sufrió politraumatismos; traumatismo encéfalo craneal con pérdida de conocimiento, traumatismo de columna cervical, traumatismo de tórax y traumatismo de rodilla derecha, con sesenta (60) días. Todo ello en contradicción a lo dispuesto por el art. 45, primer párrafo, inc. 4 de la Ley de Tránsito de la provincia de Mendoza, en razón de que el acusado circulaba por una vía de mayor jerarquía y antes de ingresar o cruzar dicha vía, debía detener la marca» (véase registro audiovisual del día 21/02/202 en 00:01:00 ss.).*

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento e inspección ocular de fs. 1; el croquis ilustrativo de fs. 2; el informe de Policía

Científica de fs. 16/24; el informe de evaluación física del Cuerpo Médico Forense de fs. 38 y la declaración de la víctima.

II.- El recurso de casación

La defensa técnica de Juan Agustín Pía Fernández interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento.

Relacionado con la valoración de la prueba por parte del tribunal de la instancia previa, refiere que esta ha sido arbitraria y contraria a las reglas de la sana crítica racional. En concreto, sostiene que no se le ha hecho saber al acusado cuáles fueron las lesiones causadas a la víctima. Esto repercutiría, según el recurrente, en la calificación de los hechos, la posibilidad de acceder a un juicio abreviado, el derecho de defensa y el impulso de la acción penal. En consecuencia, la defensa solicita se declare la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la imputación formal.

Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que el juez ha interpretado incorrectamente la Ley de Tránsito, en tanto la prioridad de paso en la encrucijada en la que se produjo el siniestro era para el vehículo que conducía el acusado. En este sentido, postula que la víctima conducía a exceso de velocidad y, por lo tanto, fue la responsable del accidente.

Por lo expuesto, solicita que case la sentencia y se absuelva al acusado Pía Fernández por el beneficio de la duda.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Después de analizar los agravios defensivos, el titular del Ministerio Público Fiscal rechaza cualquier imprecisión en la determinación de las lesiones causadas a la víctima y, acto seguido, confirma la labor llevada a cabo por el juez sentenciante al momento de valorar la prueba ofrecida por las partes. En efecto, entiende que no le asistiría razón a la parte recurrente toda vez que las lesiones siempre han sido las mismas y que han sido conocidas por el encausado, y ello no deja lugar a dudas sobre la gravedad de las mismas.

Respecto de los agravios en el nivel de la aplicación del Derecho, El Procurador valida el razonamiento plasmado en la sentencia en cuanto allí se determinó que Pía Fernández circulaba por una calle de menor jerarquía frente a la que circulaba la víctima –una avenida– y no respetó la prioridad de paso. En consecuencia, la Ley de Tránsito ha sido correctamente aplicada al caso de autos.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pía Fernández considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar a la impugnación. Paso a explicarlo.

Sobre los cuestionamientos de la defensa vinculados con la valoración de la prueba, una vez compulsadas las presentes actuaciones y relevados los registros audiovisuales de las audiencias llevadas a cabo en el curso del proceso, considero que no le asiste razón a la defensa cuando sostiene que no se encuentran suficientemente individualizadas y probadas las lesiones padecidas por la víctima.

En efecto, Gladys Narvárez sufrió lesiones de gravedad que la incapacitaron laboralmente por un tiempo de 60 días. Dichas lesiones fueron verificadas por el médico Nicolás Heresiarte, profesional del Cuerpo Médico Forense, quien examinó a la víctima y dejó constancia de que el tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo sería mayor a un mes (fs. 38).

En este informe se concluyó que la víctima había padecido «*politraumatismo, fractura de clavícula izquierda, fractura de rodilla derecha*» con «*un tiempo probable de curación e inutilidad laboral de 60 días, de no mediar complicaciones*». De este modo, no se advierte cómo este extremo del hecho puede ser de alguna manera controvertida por la defensa, cuando las previsiones del art. 94 bis, en función de los arts. 94 y 90, todos del CP, son claros respecto de que las lesiones que hubieren inutilizado a la víctima por un periodo igual o superior a un mes deben ser consideradas graves.

En el mismo sentido se expresó la víctima en sede de instrucción (f. 43) y en sede de debate (audiencia del día 20/02/2020, 01:05:00 y ss.) al relatar que estuvo internada por una semana hasta que fue operada de la rótula. Luego de ello estuvo otros cuatro días internada. Luego, agregó que tuvo que desplazarse en silla de ruedas y que también tuvo el brazo izquierdo inmovilizado por cuarenta días. Gladys Narvárez narró que estuvo dos meses y medio en reposo absoluto. Para volver a caminar tuvo que realizar veinte sesiones de kinesioterapia y utilizar andador.

Al declarar en sede de instrucción, la víctima presentó un certificado firmado por el médico Pablo Díaz (mat. 10.569), quien especificó que la paciente había ingresado al Hospital Enfermeros Argentinos con fractura diafisaria de clavícula izquierda con escaso desplazamiento, tratada con inmovilización con cabestrillo, y fractura expuesta de polo inferior de rótula derecha tustilo I, la cual fue tratada con toilette quirúrgica inicial e inmovilización. Asimismo, ratificó el tratamiento indicado por la víctima al declarar y detalló la evolución del tratamiento (f. 42). Estas conclusiones son, asimismo, confirmadas por el informe de incapacidad aportado por la parte querellante obrante a fs. 45/47.

Ahora bien, que la determinación de las lesiones haya evolucionado conforme avanzaba el procedimiento, el transcurso los días y la realización de exámenes y controles diversos a la víctima explica las variaciones respecto de lo volcado en el acta de procedimiento –en particular respecto del traumatismo encéfalo-craneal–. Así, no le asiste razón a la defensa cuando solicita la nulidad de todo lo actuado, por cuanto la gravedad de las lesiones se encuentra verificada con base en el tiempo de curación estimado. Cabe agregar, asimismo, que esta objeción ya fuera contestada por el juez sentenciante al momento de dictar sentencia (véase registro audiovisual del día 20/02/2020).

Bien, despejado este primer interrogante, corresponde ahora analizar el cuestionamiento de la defensa en relación con la prioridad de paso en el cruce de Carril Este de Av. Libertador sur y calle Francia del departamento de General Alvear. El juez de la instancia previa sostuvo que tenía la prioridad de paso la motocicleta que conducía la víctima al circular –conforme los indicios hallados en el lugar y la posición final del rodado– por el carril este de Av. Libertador sur, con sentido norte. Por su parte, la defensa sostiene que la prioridad de paso era del vehículo que conducía el acusado, quien transitaba por el carril este de Av. Libertador sur, atravesando el mismo hacia calle Francia, con sentido de circulación hacia el este.

Esta cuestión, desde luego no pasó inadvertida para el juez, quien con base en las prescripciones de la ley 9.024, concluyó que la prioridad de paso la tenía la conductora de la motocicleta. Para llegar a esa conclusión, se basó principalmente en el resultado del informe técnico criminalístico del siniestro vial llevado a cabo por Policía Científica, el que da cuenta que «*de la inspección ocular practicada en el lugar*

de los hechos, daños ocasionados en el vehículo interviniente, manifestaciones e indicios hallados, se determina en la mecánica del hecho lo siguiente: en circunstancias en que el vehículo marca "Zanella", tipo "motocicleta 90 cc", dominio A06-2YHX, circulaba por el sector Este del carril Este de Av. Libertador Sur, con sentido de circulación hacia el Norte, al transitar por la intersección de este con calle Francia, colisiona con u sector delantero, al sector derecho del automóvil "Citroën", tipo "C-3", dominio IOZ-352, que circulaba por el carril Este de Av. Libertador Sur, atravesando el mismo, hacia calle Francia con sentido de circulación hacia el Este» (fs. 17/23).

A partir de aquí, el juez determinó que si bien era la motocicleta la que embistió al automóvil, fue éste quien no respetó la prioridad de paso de aquélla. Ello, en tanto la Av. Libertador era la vía de circulación de mayor jerarquía, hecho que no fue controvertido durante el debate (como bien subraya el juez al momento de dictar sentencia, véase audiencia del día 21/02/2020, 00:04:30).

El juez mencionó el punto 4 del **art. 45 de la ley 9.024** como fundamento de su tesitura, según el cual tienen prioridad de paso los conductores «*que circulan por una vía de mayor jerarquía. Antes de ingresar o cruzar dicha vía debe siempre detenerse la marcha*». A su vez, calificó la avenida como vía de mayor jerarquía frente a la calle –aunque esto no fuera un punto controvertido– (véase audiencia del día 21/02/2020, 00:15:00).

Sumado a ello, el juez puso de relieve que la motocicleta circulaba por la mano derecha, reafirmando su prioridad frente al vehículo del acusado que traspasaba la encrucijada por la mano izquierda. A su vez, el juez rechazó el hecho de que la motocicleta, por ser el vehículo embistente, haya perdido la prioridad dada por la jerarquía de la avenida por la que se desplazaba y por hacerlo por la mano derecha.

No fueron controvertidos otros extremos del hecho tales como la visibilidad, el estado de la avenida o la velocidad a la que se desplazaban los vehículos. En particular, respecto de este último extremo el juez puso de relieve que no contaba con pruebas que permitieran determinar la velocidad a la que se desplazaban las partes o siquiera rastros de abrasión que le permitan deducirla.

En suma, el juez consideró que el deber de cuidado infringido por el autor fue el no detener la marcha para ceder el paso a quien circulaba por una vía de mayor jerarquía y por la mano derecha, proceder que acabó obstruyendo el avance de la motocicleta, la cual colisionó en la puerta derecha trasera del automóvil.

En función de las razones expuestas, entiendo que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto y confirmar la resolución puesta en crisis.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Juan Agustín Pía Fernández.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

2- POCCHETTINO FAVREAU. 02-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230302_FcPFE.pdf

Lex: Art. 89, 92 y 80 inc. 1 del CP

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Valoración de la prueba. NNA. Roles de cuidado parentales.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado de **seis meses de prisión condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo (arts. 89, 92 y 80 inc. 1 del CP).

El SA es padre. El SP es su hijo menor.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 8827, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06763629-9/1((018501-73796))F. C/POCCHETTINO FAVREAU EXEQUIEL JORGE P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VÍNCULO (73796) (73796/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106019853*

Mendoza, a dos días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06763629-9/1** caratulada **“F. c/ POCCHETTINO FAVREAU EXEQUIEL JORGE P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR EL VÍNCULO (73796/18) s/ CASACIÓN”**.

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

La defensa de Exequiel Jorge Pocchetino Favreau interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 8.827, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis meses de prisión condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo (arts. 89, 92 y 80 inc. 1 del CP) en los autos P-73.796/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa ha tenido por acreditado que *«[...] en fecha 9 de septiembre de 2018, el niño [B.P.O.] se encontraba en el domicilio donde residía su padre sito en calle Maza Norte 3426 de Gutiérrez Maipú. En esa vivienda, también vivían los abuelos del menor y la bisabuela. Había una reunión familiar y, en horas de la tarde, el menor dañó unas plantas de su bisabuela motivo por el cual su progenitor se enojó, lo colocó en penitencia en una habitación y le dio unos golpes en el rostro con la mano abierta que le produjeron las lesiones constatadas en el informe médico»*.

Para así resolver, la jueza tuvo en consideración, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones testimoniales de Fernanda Orquín, Celina Patricia Pocchetino, Luciano Federico Pocchetino, Sandra Manrique, Olivia Roca, Patricia Viviana Favreau, Alberto Romero, el niño B.P.O., así como la declaración del acusado y la prueba instrumental debidamente incorporada en autos.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Pocchetino Favreau interpone recurso de casación de conformidad con lo previsto por el art. 474 inc. 2 del CPP.

En este sentido, cuestiona la valoración probatoria realizada en la sentencia por considerarla arbitraria e insuficiente para acreditar la certeza requerida para condenar. Afirma que el juzgado de instancia anterior

no analizó la prueba bajo las reglas de la sana crítica racional.

Critica una valoración parcial del informe psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense sobre el acusado y de la declaración testimonial de la madre del niño B.P.O.

Cuestiona que no se logró acreditar que las lesiones constatadas por el Cuerpo Médico Forense fueran consecuencia de los golpes propinados por Pocchetino Favreau. Destaca que del informe psicológico surge que el acusado posee control de sus impulsos y capacidad de autocrítica adecuada, en tanto que de la testimonial de la madre del niño surge que no existían episodios anteriores de violencia contra aquél.

Finalmente, señala que la declaración testimonial de Luciano Pocchetino no ha sido debidamente valorada.

Por todo lo expuesto, solicita se anule la sentencia y se ordene la realización de un nuevo debate. En subsidio, se case la sentencia y se absuelva a Pocchetino Favreau.

Hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 14/15 vta. en relación con el recurso de casación interpuesto. Si bien estima que corresponde hacer lugar formalmente al remedio casatorio, considera pertinente su rechazo desde el punto de vista sustancial.

Afirma que la sentencia posee una valoración exhaustiva del plexo probatorio y que la contundencia de las declaraciones testimoniales junto a la prueba objetiva sustenta la condena resuelta. Destaca que la declaración de B.P.O. en Cámara Gesell se condice con lo expuesto por su madre en la denuncia y en la declaración durante el debate. A ello, agrega que el certificado médico dejó constancia de las lesiones que presentaba el niño al momento de su examen, lo que ratificado por el médico Romero en su informe y en su declaración durante el debate.

Destaca que la tesis defensiva y lo declarado por los familiares del acusado durante el debate fue debidamente analizado por la jueza de la instancia previa, aunque sin darle el alcance pretendido por la defensa. En consecuencia, propicia que se confirme la sentencia de instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Pocchetino Favreau, corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

Los cuestionamientos realizados por la defensa se circunscriben a la valoración probatoria desarrollada por la jueza de la instancia previa en la sentencia de condena. Ello, por considerarla arbitraria. Sin embargo, de la lectura de su análisis y luego de apreciar todo el material probatorio incorporado debidamente en el juicio, considero que corresponde confirmar la sentencia por resultar acreditada la responsabilidad penal del acusado en el hecho que fuera investigado en las presentes actuaciones y que fuera calificado como lesiones leves dolosas.

La defensa señala que no se ha valorado debidamente el informe psicológico del Cuerpo Médico Forense respecto del acusado. Ahora bien, al respecto corresponde expresar que el informe presentado por el Cuerpo Médico Forense no se encuentra dirigido a determinar si el acusado realizó el hecho investigado o

no, sino que es el resultado de una entrevista psicológica amplia. En efecto, de la lectura del informe destacado por la defensa, se advierte que al momento de la realización de la entrevista psicológica Pocchetino Favreau poseía juicio crítico y percepción de la realidad conservados, que era responsable de sus actos, poseía una **personalidad egocéntrica con rasgos narcisistas, inmadurez y expansividad ante conflictos interpersonales**. Si bien, como afirma la defensa, no se detecta un inadecuado control del impulso que pueda desencadenar en agresión a otras personas, «[...] *puede presentar reacciones impulsiva ante la estimulación negativa de otro.*».

En relación a su roles de cuidado parentales el informe explica que «[n]o se detecta ser proclive a establecer patrones comunicacionales violentos con menores, ni riesgo de violencia en su rol parental, no obstante para una correcta evaluación se sugiere la intervención del equipo interdisciplinario del CAI y con la mediación del Juzgado de Familia, determinado así lo vinculado al menor y sus derechos» y recomienda que el acusado continúe con tratamiento psicológico.

Al respecto, la jueza de instancia anterior ha valorado debidamente este informe, en tanto consideró que el acusado resultaba responsable de sus actos y no debía ser incluido dentro de las previsiones del art. 34 del CP. Ahora bien, en relación con la acreditación del hecho y la autoría del acusado tuvo en consideración, acertadamente, otros elementos de prueba.

Si bien la defensa pretende desvincular a Pocchetino Favreau de la autoría de las lesiones por poseer control de sus impulsos, el informe no permite arribar a dicha conclusión.

En primer lugar porque no se encontraba destinado a acreditar la existencia del hecho como ya afirmé y, en segundo, porque allí se afirma que ante estimulaciones negativas de otra persona el acusado puede reaccionar impulsivamente, lo que contrariamente a la tesis defensiva, encuadraría en los hechos investigados.

Por último, el mismo informe aclara que para una correcta evaluación se requiere la intervención futura del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, con la mediación de fuera de familia.

En relación con las críticas sobre lo declarado por la madre de B.P.O. y denunciante de autos, Fernanda Orquín, entiendo tampoco puede ser recibidas. Los cuestionamientos se centran en que la madre del niño especificó que existían «*varias marcas en el cuerpo*» y que en el informe médico constan solamente en el rostro y la oreja. Si bien la defensa pretende restar valor a lo denunciado por la madre, no explica la existencia de la equimosis rojiza en el pómulo izquierdo y región preauricular, y las tres equimosis violáceas en el centro y pabellón auricular derecho con edema. La constatación de las lesiones mediante informe del Cuerpo Médico Forense confirma lo denunciado por Orquín y no le resta valor como pretende la defensa.

A la declaración de la madre del niño, como al informe mencionado, se agrega una prueba de valor categórico, como bien ha valorado la jueza de instancia anterior, que es la declaración del niño víctima en Cámara Gesell. En efecto, en esa ocasión B.P.O. señaló que su padre lo había golpeado con la mano abierta luego de llevarlo a la habitación para ponerlo en penitencia.

En este sentido, comparto lo expresado en la sentencia respecto a que «[...] *no obstante el tiempo transcurrido [la declaración de B.P.O. en Cámara Gesell] es conteste con la denuncia formulada por la madre del niño en orden a lo que le relató aquél lunes 10 de setiembre de 2018 cuando su padre lo dejó en su domicilio*».

Por su parte, tampoco corresponde hacer lugar al valor pretendido por la defensa a la declaración del hermano del acusado en tanto expresó que había visto al niño más tarde el día del hecho investigado y que no presentaba lesión alguna; sino que poseía sólo una picadura en la oreja.

Como bien explicó en el debate el médico Romero perteneciente al Cuerpo Médico Forense, quien realizó el examen físico del niño, la lesiones constatadas no poseían características macrovisuales de una picadura, las que técnicamente se identifican como heritema; sino que presentaba equimosis, lo que suele ser el resultado de golpes.

En consecuencia, entiendo que la valoración realizada por la jueza de instancia anterior en relación con que se encuentra acreditada la existencia del hecho y la autoría del acusado por las lesiones de B.P.O. es correcta. Así, el cuadro probatorio de cargo se encuentra constituido, fundamentalmente, por la declaración en Cámara Gesell de B.P.O., la declaración de la madre del niño, el informe en el que se describen las lesiones que presentaba el niño y la declaración del médico Romero respecto a que la clase de lesiones que poseía B.P.O. eran el resultado de golpes.

De acuerdo con todo lo señalado, considero que del análisis de la sentencia cuestionada y del recurso interpuesto surge que la primera no posee los vicios atribuidos por la defensa, en tanto se encuentra sólidamente fundada en los diversos elementos de prueba obrantes en la causa.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Exequiel Jorge Pocchetino Favreau.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).*

3- BALMACEDA. 21-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	414
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230321_FcBVL.pdf

Lex: Art. 89, 92, 80 inc. 1 y 11 del CP. Art. 414 del CPP. Ley 26485.

Vox: Lesiones leves dolosas. Vínculo. VG. Retracción. Ciclo de violencia. Valoración fragmentaria. Unidad de la prueba. Absolución. Nulidad. Nuevo juicio.

Summa:

El JPC absolvió a Victorio Leonel Balmaceda por el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género.

El MFP interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El Procurador General entiende que debe prosperar el recurso interpuesto.

La SCJM resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por Fiscalía. Anuló la Sentencia y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2318, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración de la prueba. Perspectiva de género

Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Montenegro Fisigaro.
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Adaro.

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Basualdo Reyes.

Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Retractación como fenómeno propio del ciclo de violencia

- Jara Pablo.
- González Abrego. 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Precedentes relacionados.

- Fuente: Compendio 2022. Recopilación de fallos y precedentes de la SCJM. Dra. Marina Martín.

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

Valoración de la prueba. Perspectiva de género

- Concha, Jesús.
- González Pringles.
- Ojeda Pérez. 22-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

I-Retractación. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180507_FcADO.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Ortíz Agüero. 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tello Sanchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Doctrina citada.

Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo

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

Fallo:

CUIJ: 13-06920727-2/1((048501-114365)) FC/ BALMACEDA VICTORIO P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106166629*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06920727-2/1 caratulada “Fc./ BALMACEDA VICTORIO LEONEL P/ LESIONES AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”.

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

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2318 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán. Ello, en tanto absolvió a Victorio Leonel Balmaceda por el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en los obrados n° P-114.365/21.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

Según surge de las presentes actuaciones a Victorio Leonel Balmaceda se le atribuyó que *«el 3 de noviembre de 2021, a las 21:30 aproximadamente [...] se encontraba en su domicilio sito en Barrio 26 de enero M -C, Casa 1 del departamento Tunuyán Mendoza, [cuando] le propinó a su pareja [R.B.L.R.] tres golpes de puño en el rostro, causándole una herida de 1,5 de longitud en pómulo derecho lo que requirió tres puntos de sutura e incapacidad laboral menor a un mes»*.

Cabe acotar que los fundamentos de la sentencia fueron vertidos en forma oral en la audiencia oral según surge del registro de la audiencia celebrada el día 23 de junio de 2022. En ella, el juez de anterior instancia luego de consignar los elementos probatorios debidamente incorporados, manifestó que no existía duda alguna respecto de la existencia del hecho ocurrido el 3 de noviembre de 2021, en el domicilio ubicado en Barrio 26 de enero M-C, Casa 1 del departamento Tunuyán Mendoza (ver registro audio visual a partir de minuto 8:36 a 8:50), pero expresó no poseer certeza respecto del modo en que se habrían producido las lesiones.

A partir de ello, y como se adelantó, el juzgador dictó la absolución de Victorio Leonel Balmaceda por el beneficio de la duda en relación con el hecho que fuera calificado como lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone el recurso de casación en razón de los motivos

previstos en el art. 474 del CPP.

Considera en este sentido que el juzgador dictó la sentencia absolutoria con la realización de una valoración parcial y arbitraria del plexo probatorio, sin consideración que la retractación de la víctima constituye un verdadero caso de violencia de género.

Entiende que el juez de anterior instancia no contempló el hecho de la **retractación** como una posibilidad en los casos de violencia de género. En el caso concreto, sostiene que no se valoró la denuncia inicial formulada por la víctima y no se consideró la retractación como expresión de un **ciclo de violencia**.

Estima que según el informe y el examen realizado por la licenciada Evangelina Salinas del Equipo Profesional Interdisciplinario, practicado al día siguiente de formulada la denuncia, la profesional advirtió **indicios asociados a la retractación** asociados a una situación de vulnerabilidad en casos de mujeres que son víctimas de violencia de género. A ello, agrega, que la profesional durante la audiencia oral concluyó que la estimación del riesgo de violencia física resultó moderado, sugiriéndose la toma de medidas de gestión de riesgo a los fines de su atenuación y que, en caso de no operar tales instrumentos de gestión, existe un marcado potencial para el incremento del riesgo asociado a un nivel mayor en el caso particular.

También la recurrente refiere que del informe practicado por el doctor Profili del Cuerpo Médico Forense (fs. 42) surge que Victorio Leonel Balmaceda posee una personalidad primitiva, hipoculturizada, con marcada inmadurez psico-emocional y baja tolerancia a la frustración, pudiendo reaccionar con irritabilidad y hostilidad ante la frustración y tendiendo a hacer prevalecer sus necesidades.

Entiende, concretamente, que el juzgador no valoró los elementos previamente consignados, lo que evidencia los vicios que sustentan su recurso y que se absolvió a Balmaceda a través de una valoración parcial, antojadiza de la prueba sin presentar en la misma perspectiva de género.

Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador mantiene el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y solicita que se acoja el reclamo casatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal debe prosperar. Paso a explicarlo.

Inicialmente entiendo pertinente, en función de las circunstancias del caso sometido a examen y al tenor de los agravios esgrimidos por el recurrente, formular unas breves consideraciones sobre la valoración de la prueba en contextos de género.

En efecto, en anteriores precedentes jurisprudenciales –así, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros– he afirmado que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y a nivel nacional a partir de la ley 26.485, «*ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima*». Específicamente, en cuanto al denominado ciclo de violencia en la pareja, que se presenta en contextos de violencias por razones de género el **Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)**, ha sostenido que «[...] *la violencia de*

género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica» (Recomendación General N°1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo). Ha sostenido también que «[...] existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo. El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden» (punto B.2, párrafo cuarto).

Cabe subrayar también que en investigaciones y juzgamientos de hechos de violencias de parejas, caracterizadas por ser cíclicas, se torna relevante la valoración integrada, con perspectiva de género, de las declaraciones de las denunciadas durante el debate con el relato de hechos de violencias efectuados en la denuncia, así como los exámenes físicos y psíquicos realizados a aquella y al denunciado, y todos otro elemento de convicción relevante –tal como las medidas de protección solicitadas y dispuestas para prevenir episodios de violencias posteriores, como aconteció en el caso en revisión– (cfr. **Ministerio Público Fiscal. (2016). Guía de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres. Procuración General de la Nación**).

Del relevamiento de las constancias de la causa, surge de modo claro que al formular la denuncia el día 4 de noviembre de 2021, R.B.L.R. narró que el 3 de noviembre de 2021, a las 21 horas aproximadamente, ella se encontraban junto con el acusado en el domicilio que habitaban, cuando éste quiso retirarse del lugar y llevarse el dinero de ambos. Entonces, ella lo tomó de la remera para que dejara el dinero que era de los dos y en esas circunstancias Balmaceda la tomó del cabello, la sentó y le dio tres golpes de puño en la cara. Luego le dijo «*mirá lo que te hice anda a lavarte la cara*». Posteriormente, tomó un cuchillo de cocina con serrucho y con cabo de madera y se cortó el brazo izquierdo. R.B.L.R. refirió que llamó al 911 y a los minutos llegó el móvil policial. Asimismo señaló que el acusado a veces se ponía violento y que le colocaron tres puntos en el pómulo derecho.

En la audiencia del día 8 de junio de 2022, R.B.L.R. dijo que tenía que ser sincera, que en el momento en que sucedieron los hechos, ella se encontraba drogada y había consumido alcohol. Que cuando llegó su esposo de trabajar comenzaron a discutir. Entonces ella comenzó a pegarle, sacó un cuchillo y quería lastimarlo. En medio del forcejeo, recibió un golpe con el codo. Luego llegó su mamá y la policía. Señala que ella manifestó a los policías que no quería denunciar los hechos y que fue al hospital y le colocaron un punto. Agregó que el Ayudante Fiscal Nicolás Muñoz la llamó al hospital y le manifestó que debía realizar la denuncia porque Victorio Balmaceda estaba detenido y sólo si ella formulaba la denuncia él recuperaría la libertad.

Ahora bien, según surge de las presentes actuaciones, las lesiones denunciadas originalmente fueron constatadas por el médico de la Policía Juan Gabriel Rueda y luego por profesionales del Cuerpo Médico Forense, quienes cuenta que la víctima presentaba una lesión en la región frontal de color azul verdoso de cinco días de evolución (examen físico practicado el día 21 de mayo de 2021 por Osvaldo Chambella).

También, Dante González Guerci y Nicolás Rodríguez Martínez, personal policial interviniente en el procedimiento que originara las presentes actuaciones dijeron, al declarar, que la víctima estaba muy nerviosa y que había familiares en el lugar. Particularmente, Nicolás Rodríguez Martínez, dijo que el acusado estaba golpeado y que él se había lesionado con el cuchillo, que vio sangre y que lo llevaron aprehendido. Específicamente en la audiencia del día 14/06/2022, el testigo señaló que el acusado había golpeado a R.B.L.R.

A su vez, Por su parte, en el examen de evaluación del riesgo practicado por la licenciada Evangelina Salinas, psicóloga del EPI, (fs.44/46), se indicó que R.B.L.R. presentaba indicadores de violencia psicológica, física y con un nivel de riesgo moderado. Cabe destacar que durante la realización de la audiencia oral del día 23 de junio de 2022, la profesional ratificó los términos del informe realizado. En efecto, en esa oportunidad la profesional declaró que en la exploración de la dinámica relacional se detectan mecanismos de minimización a partir de los cuales R.B.L.R. intenta dar una imagen positiva de la relación, y de su pareja, en forma dominante, con justificación y racionalización de los hechos o sucesos que puedan ser vistos como negativos.

A su vez, sostuvo que los mecanismos asociados a los **procesos de retractación constituyen factores significativos de vulnerabilidad** y ello restringe la capacidad personal de valorar situaciones de riesgo y de instrumentalizar conducta de auto-cuidado y protección, así como de solicitar ayuda externa. Esto permite detectar en la víctima indicadores de alta vulnerabilidad.

Por su parte, y tal como destaca la recurrente, José Profili del Cuerpo Médico Forense, que practicó un examen psicológico en el acusado (fs. 42), sostuvo que éste posee una personalidad primitiva, hipoculturizada, con marcada inmadurez psicoemocional y baja tolerancia a la frustración. De tal manera, ante la frustración puede reaccionar con irritabilidad y hostilidad.

Frente a los elementos referidos, el juez de la instancia previa sostuvo que si bien podía afirmarse certeza respecto de las lesiones, existía duda respecto del modo en que las mismas se habrían producido. Esta conclusión la fundó en la variación de los dichos de R.B.L.R., como también en los dichos referidos por Moreira, que manifestó que consideraba que tanto el acusado como la víctima eran una «pareja normal». No comparto este razonamiento.

Tal como lo afirma la recurrente en el escrito casatorio, el juez de grado llevó a cabo una valoración insuficiente y aparente del material probatorio, con omisión de la debida ponderación de elementos probatorios relevantes. Entre ellos, el ya referido examen psíquico practicado por José Profili del Cuerpo Médico Forense (fs. 42) y el examen de evaluación del riesgo practicado por la licenciada Evangelina Salinas (fs.44/46).

Por su parte, y en relación con la retractación de R.B.L.R., debe señalarse que el juez de la instancia previa no tuvo en consideración que aquélla podía formar parte del fenómeno propio del ciclo de violencia y, en base a ello, así ser valorada. Más aún, cuando aquella retractación tenía trascendencia en cuanto a la determinación del hecho.

Al respecto debe señalarse que este Tribunal ha destacado en forma pacífica y constante las implicancias de la **retractación como fenómeno propio del ciclo de violencia** (ver, al respecto, los precedentes «Jara Pablo»; «González Abrego», «Gómez Alcaraz» y «Narvaez Videla», entre otros).

Como se advierte, el juez de la instancia previa **realizó una valoración fragmentaria** de los elementos de

prueba obrantes en la causa, lo que torna arbitraria su decisión. En este sentido, resulta pertinente traer aquí a colación lo que se ha referido por esta Sala en el sentido que «[...] *los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta*» (L.S. 520-161).

Asimismo, se ha señalado que «*el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados* » (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188; LS520-161).

Por su parte, debe considerarse que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es arbitraria la sentencia absolutoria que valoró la prueba en forma fragmentaria y aislada, incurriendo en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando por falta de adecuación al objeto constitutivo del cuerpo del delito prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba informativa y la testifical y de todos ellos con otros elementos indiciarios. Resulta arbitraria la sentencia si la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el *a quo* carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio (Fallo 339: 276; 341:336. 341:336).

En definitiva, advierto que el juez de anterior instancia no meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática. Ello por cuanto, y como ya lo destacué, no valoró el testimonio de R.B.L.R. con la necesaria perspectiva de género que la temática requería, con la consideración de las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la mujer, circunstancias que podría justificar las posibles inconsistencias en el relato y aún, la retractación de lo originariamente denunciado. Tampoco los demás elementos de prueba obrantes en la causa fueron valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, en función de esta perspectiva.

De tal modo, concluyo que la sentencia cuestionada adolece de arbitrariedad y por ser así, corresponde su anulación, toda vez que no resulta un acto sentencial válido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Coincido con la solución propuesta por el ministro preopinante, y atento a las características del caso sometido a estudio, considero oportuno destacar que al momento de resolver el sentenciante no asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», y «Montenegro Fisigaro».

De tal manera, la primera cuestión planteada al acuerdo debe ser respondida de manera afirmativa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Di Cesare Morales» y «Mejía Salvador» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

Por tales razones, considero que debe ser respondida de manera afirmativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación y anular la Sentencia N° 2318 y los fundamentos orales y remitir las actuaciones al Juzgado Penal de correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.-** Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal de la Fiscalía Correccional y de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal de Valle de Uco
- 2.-** Anular la Sentencia N° 2318 y los fundamentos orales y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado de Tunuyán a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese.

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

4- MALGIOGLIO HERRERA. 05-04-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230405_FcMHS.pdf

Lex: Art. 92, 89 y 80 incs. 1 y 11, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 Ley 26485.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real. Amenazas simples. Violencia de género. VG. Unificación.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género. Aquella pena se unificó con la anteriormente impuesta en la Sentencia N° 1.698 y se impuso la pena única a tres años de prisión de cumplimiento efectivo

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9.611, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración de la prueba. Perspectiva de género

Dr. Valerio.

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Palermo.

- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

Precedentes relacionados.

- Balmaceda. 21-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230321_FcBVL.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06822963-9/1((018502-87626)). F. C/ MALGIOGLIO HERRERA SEBASTIAN MAXIMILIANO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (87626) (87626/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106075180*

En Mendoza, a los cinco días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06822963-9/1** caratulada **“F. c/ MALGIOGLIO HERRERA, SEBASTIÁN MAXIMILIANO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Sebastián Maximiliano Malgioglio Herrera interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.611, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-87.626/20, a la pena de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 55 y 49 bis primer párrafo primer supuesto del Código Penal y art. 4 Ley 26.485). Aquella pena se unificó con la anteriormente impuesta en la Sentencia N° 1.698 y se impuso la pena única a tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[p]ara fecha 22 de noviembre de 2020, a las 18:00 horas aproximadamente, Sebastián Maximiliano Malgioglio Herrera, en el interior de su domicilio sito en calle San Diego, Lote 8, C-66, Barrio San Cayetano de Perdriel, Luján de Cuyo, mantuvo una discusión con su pareja, P.S.R. y, a raíz de ello, Sebastián Maximiliano Malgioglio Herrera se ofuscó insultando a P.S.R., para luego arrojarla al piso, tomarla del brazo con fuerza y propinarle dos cachetadas en el rostro y patadas en sus piernas, provocándole equimosis violácea de 10x8cm en cara posterior del brazo izquierdo, tercio proximal, equimosis violácea de 4x3cm en cara posterior del codo derecho, equimosis violácea verdosa de 3cm de diámetro en región supraclavicular izquierda, equimosis violácea de 3cm de diámetro en región lateral externa de la pierna izquierda-tobillo, hematoma de 12x8cm en cara anterior de pierna derecha tercio superior y medio, lesiones con un tiempo probable de curación e

incapacidad para el trabajo menor a un mes según informe del Cuerpo Médico Forense, para luego Sebastián Maximiliano Malgioglio Herrera manifestarle que si lo denunciaba la iba a matar a ella y a sus hijos, causando un temor fundado a la víctima».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de P.S.R., de Luis Franco Angelini Rico, de Luciana Angelini Rico, de la licenciada Mariana Chiabrando, de la licenciada Alicia Pelaia, de la médica Claudia Gómez, así como de Jesús Tapia Ortega, de Martín Darío Pérez, de Emilce Erica Yamila, de Miguel Ángel Manyeguí, y del acusado, como el informe del examen físico de P.S.R.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Solicita en este orden la revocación de la sentencia de condena, por no ajustarse al derecho adjetivo, en tanto se basa en los meros dichos de la denunciante, provenientes de una errónea y equivocada valoración de la prueba, regida por la íntima convicción y apartándose de la sana crítica racional.

Sostiene que la sentenciante estima que el relato de la víctima expresado en la audiencia de debate es coincidente con lo denunciado en la oficina fiscal. Sin embargo, entiende que esto no es así. Al respecto, transcribe las declaraciones de la víctima con el fin de desvirtuar la afirmación del tribunal en cuanto a que el relato es coincidente y se mantiene en el tiempo.

Alude a las lesiones que presenta la víctima causadas, supuestamente a su modo de ver, por el acusado y, manifiesta que las mismas no se compatibilizan con la coloración certificada por el Cuerpo Médico Forense. En efecto, indica que, de acuerdo a la bibliografía forense que cita, la coloración de las lesiones descritas por la médica Tisera ya tenía, al menos, cuatro días de evolución.

También hace referencia a la falta de la descripción del elemento probable que produjo tal moretón o equimosis en examen.

Asimismo, la defensa sostiene que lo que más le llama la atención es que no existe lesión en el rostro de la víctima que pueda señalar haber recibido golpe de puño (denuncia original) o un cachetón que la desplazara tres o cuatro metros, ni referencia por parte de la profesional de dolores en la mandíbula ni explicación alguna.

Refiere, que la víctima expresó que las lesiones que tiene no se las causó el acusado, sino que al recibir los cachetones que la hicieron volar de tres a cuatro metros, ella golpeaba con distintos elementos, escombros, palos y cosas que había en el lugar, preguntándose el defensor cómo es que de esas caídas tan graves no ha tenido ninguna escoriación. En razón de ello, considera que resulta poco creíble esta versión de la víctima.

También indica otra incongruencia no tenida en cuenta por la sentenciante y es la contradicción entre el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y del Cuerpo Médico Forense (CMF), dando explicaciones pocos convincentes y basándose en una pretendida interpretación de los hechos desde la perspectiva de género.

Así, señala que el informe del EPI establece en la víctima un nivel de riesgo alto. En cambio, el informe del CMF establece que aquella posee patrones de recursos, habilidades de gestión de riesgo y que el riesgo era moderado.

Además, señala que, el examen efectuado al acusado por el CMF establece que no reúne criterios de peligrosidad para sí y para terceros. Refiere que esto es una apreciación científica de los profesionales, basada en los estudios psicológicos y psiquiátricos del acusado, que no pasan de ser meras apreciaciones personales en cuanto a su cara de ira, su carácter irritable y su temperamento agresivo.

Por otra parte, manifiesta que, en abono a los dichos del acusado, se encuentran las declaraciones de los testigos José Darío Pérez y Jesús Ortega, cuyo testimonios, según su entender, son minimizados por la sentenciante.

La defensa sostiene que en esta pareja no se advierte una dependencia, o preponderancia o empoderamiento del varón sobre la mujer, no existe dependencia económica, como lo dejó expresamente sentado la denunciante, como así tampoco existe una relación asimétrica en que el varón adoptara una posición de superioridad y dominio en detrimento de la víctima.

Por el contrario, advierte que desde el principio la relación de asimetría se dio en un predominio de P.S.R. sobre el acusado. Agrega, que esto se demuestra a través de los dichos de la denunciante en su declaración y de la indagatoria del acusado.

Por último, refiere que la sentenciante no encontró motivo en P.S.R. para realizar una denuncia falsa. Sin embargo, considera que, en los estudios psicológicos efectuados por el CMF a P.S.R., referentes a su personalidad, refieren que presenta *«rasgos histriónicos, inestabilidad emocional e inmadura, escasa tolerancia a la frustración, baja autocrítica»*.

Asimismo, sostiene que la razón de realizar una denuncia falsa se debe al ánimo de ejercer el dominio sobre su pareja, de tal suerte que el mismo deba sucumbir a cualquiera de sus caprichos, utilizando para ello –tal como lo expresó el acusado en su declaración– la amenaza constante de una denuncia por violencia de género, que sabía que seguramente le traerían al acusado los perjuicios que hoy sufre.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, considera que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que de la lectura de los fundamentos dados por la sentenciante surge claramente que efectuó un análisis global, en conjunto, de toda la prueba rendida en autos.

Refiere que la jueza consideró que la versión de los hechos brindada por la víctima se encuentra confirmada por el testimonio de sus hijos, quienes aseguraron que pudieron observar las lesiones en el cuerpo de aquella como así también hicieron referencia al estado de ánimo momentos posteriores al hecho, los informes del CMF y del EPI de los que surge la existencia de una relación asimétrica de poder entre la víctima y el acusado y el contexto de violencia en el que aquella encontraba inmersa, las declaraciones de los especialistas que entrevistaron a la víctima y dieron cuenta de la verosimilitud del relato y el informe del examen físico practicado.

Por último, estima que la jueza llevó adelante una valoración racional y lógica de la prueba atribuyendo credibilidad plena a las manifestaciones de la víctima, debiendo destacarse que no se trata del único elemento toda vez que resultó de suma importancia el resto de la prueba rendida en el debate y la incorporada, que demuestra que la víctima fue agredida físicamente y amenazada por el encartado, causándole las lesiones debidamente constatadas.

Así, afirma que, más que vicios en la sentencia, el recurso refleja la disconformidad de la defensa, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración dada al plexo probatorio por la sentenciante.

En virtud de lo expuesto, considera que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de realizarse la audiencia para que la defensa informara el recurso interpuesto, esa parte expuso sus argumentos, conforme los agravios expuestos en el apartado 2. Por su parte, el Ministerio Público Fiscal brindó las razones por la que consideró que debía rechazarse la impugnación de la defensa.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó la sentenciante.

Considero importante destacar, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, y en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, en los precedentes **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**, **«Quiroga Morales»**, **«Ojeda Pérez»**, **«Vázquez Tumbarello»**, **«Vega»**, **«Zurita»**, entre otros.

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de esas pautas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

Luego de analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que esta última no adolece de los vicios que pretende la defensa. Ello, en tanto, y conforme se explicará, encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente de la declaración de P.S.R., así como la de los testigos que declararon durante el debate y las demás pruebas que obran en la causa.

Ahora bien, el planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la credibilidad de los dichos de la víctima, manifestando que el relato expresado en la audiencia de debate no es coincidente con lo denunciado en la oficina fiscal.

Al respecto, se advierte que la sentenciante, acertadamente, analizó estas pretendidas inconsistencias durante el debate.

Así, consideró que el relato de P.S.R fue coherente, verosímil, contundente y coincidente no sólo con los testimonios brindados durante el debate, sino también con el resto del material probatorio.

En efecto, la defensa cuestionó las lesiones que presentaba P.S.R., con razón en que: 1) su coloración no era compatible con las certificadas por el CMF, 2) faltaba en el informe del examen la descripción del

elemento que produjo el moretón o la equimosis, 3) no se constataron lesiones en el rostro de la víctima, pese a recibir cachetadas por parte del acusado, 4) existen contradicciones en el relato de la víctima, en tanto en el debate manifestó que el acusado no le causó las lesiones que presentaba en el cuerpo.

Al respecto debo señalar que no comparto los argumentos de la defensa en cuanto refiere que las coloraciones de los hematomas no se condicen con el tiempo que las lesiones tendrían en el cuerpo de la víctima.

En este sentido, debe destacarse que el examen físico no se efectuó inmediatamente de ocurrido el hecho sino, y por el contrario, se realizó dos días después, esto es el 24 de noviembre de 2020.

Asimismo, debe resaltarse que lo expresado por la defensa, en cuanto a que la coloración de las lesiones tienen al menos cuatro días de evolución, no se condice con la declaración del acusado, quien refirió que la víctima se habría ocasionado las lesiones el mismo día del hecho, es decir el 22 de noviembre del 2020.

Por lo tanto, en forma coincidente con lo manifestado por la jueza de la instancia anterior, entiendo que la coloración violácea de las equimosis no puede constituir un elemento desincriminante por el transcurso del tiempo tal como lo pretende la defensa.

Estimo que tampoco resulta procedente el agravio dirigido a cuestionar la falta de constatación de lesiones en el rostro de la víctima, en función de las cachetadas que describió haber recibido del acusado. Se advierte, que tal cuestionamiento ya fue analizado por la sentenciante.

Así, acertadamente, la jueza refirió, como ya se dijo, que el examen físico se realizó dos días después de ocurrido el hecho, por lo tanto, resulta lógico que no se advierta enrojecimiento en el rostro. Asimismo, se desprende del testimonio de P.S.R. que el acusado le propinó una cachetada a mano abierta, en tanto consideraba, conforme aquélla declaró que con ese método no dejaba marcas.

En cuanto, a la contradicción en el relato de la víctima, surge de los fundamentos de la sentencia cuestionada que P.S.R dio una explicación plausible de la razón por la que había manifestado en la denuncia que el acusado le pegó patadas.

Así, refirió que en la denuncia no se había explicado bien, que el acusado no le dio patadas, sino que eran pequeños golpes que le daba con los pies, diciéndole que se levantara, cuando estaba en el piso.

Al respecto, considero, tal como lo expresó la sentenciante, que esto no es una inconsistencia en el relato de la víctima sino que, por el contrario, es un indicador de veracidad y de falta de ganancialidad, en tanto si sólo la motivara el querer perjudicar a Malgioglio, hubiera declarado que efectivamente le había pegado patadas.

Asimismo, debe resaltarse, que existen dos testimonios que aportan verosimilitud al relato de la víctima, el de Luis Franco y Luciana Angelini, hijos de la denunciante. Si bien, no son testigos presenciales del hecho, tuvieron contacto con P.S.R. inmediatamente después de ocurrido el hecho, y confirman su versión.

Así, la sentenciante consideró que el relato de Luis Franco fue claro, detallado y que impresionó como sincero.

En cuanto al día del hecho, el testigo refirió que su madre salió llorando y muy mal del domicilio del acusado. Agregó que estaba en estado de desesperación, como si estuviera en estado de pánico. Manifestó que le vio un moretón en el brazo y que ella le expresó que el acusado la había empujado, la

había tirado el piso, no recordó si su madre le dijo que el acusado le había pegado o no. Luego el testigo, totalmente angustiado, afirmó que la relación entre su madre y el acusado era violenta todo el tiempo.

Por su parte, Luciana Angelini también pudo dar testimonio del momento posterior al hecho y de la relación de su madre con el acusado, siendo su relato espontáneo y veraz.

Así, indicó que el día del hecho su madre llegó a su casa con moretones en la pierna y en el brazo y, que le ardía la cara. Refirió, en forma angustiada, que el acusado amenazaba a su madre todo el tiempo, que existía maltrato verbal y no verbal y que este hecho no fue el único, en tanto en otra oportunidad su madre llegó con el dedo fracturado, suceso que fue mencionado por la denunciante como el más grave que había sufrido por parte del acusado.

Asimismo, estimo que tampoco resulta procedente el cuestionamiento referido a que en el examen faltó la descripción del elemento que produjo el moretón o la equimosis. Al respecto, deben formularse dos consideraciones.

La primera, en tanto si bien en algunos informes sobre lesiones corporales se identifica o individualiza el posible elemento con el que se produjeron, lo cierto es que si en el informe realizado por el CMF ello no ocurre, no permite en modo alguno desvincular al acusado como autor de aquellas lesiones. Ello, atento al sólido cúmulo de pruebas que sostienen la acusación y que fueron valoradas debidamente por la jueza de la instancia previa.

La segunda, y más allá de lo referido, en cuanto la defensa no explica cómo la inclusión en el razonamiento de la juzgadora de aquellas circunstancias haría variar el resultado, frente al sólido caudal probatorio que sustenta la acusación.

Igualmente, considero que el agravio relacionado con la contradicción entre el informe del EPI y del CMF, no debe prosperar.

Así, se advierte que la jueza de la instancia anterior, acertadamente, señaló que no existe tal contradicción, en tanto la licenciada Mariana Chiabrando, del EPI, indicó que debía tenerse en cuenta que el CMF intervino después que la víctima abandonara la relación, por lo que es muy probable detectar una mejoría en cuanto a la gestión del riesgo, debido a las redes de sostén y apoyo que puedan haberse generado luego de la ruptura del vínculo.

En efecto, de las constancias de la causa surge que el CMF realizó el informe más de diez días después de ocurrido el hecho, cuando la víctima ya había denunciado al acusado y había finalizado el vínculo con éste y, el informe del EPI se realizó un día después del hecho.

Asimismo, es de resaltar que la médica Gómez aclaró que por que P.S.R. haya tenido habilidades de gestión de riesgo, no implicaba que no existiera sometimiento de parte del acusado, en tanto lógicamente si ella continuaba con la relación era porque quería, pero el hecho que tenga recursos para irse, no descarta que hayan indicadores de violencia, lo que fueron confirmados por la médica Gómez en su declaración en debate.

Por otra parte, en cuanto al cuestionamiento referido al examen psíquico realizado al acusado, la sentenciante, acertadamente, estimó que, si bien no se advertía indicadores de personalidad potencialmente violenta o agresiva, no se descartaba necesariamente la posibilidad que, en situaciones de intensa tensión emocional, frustración y/o conflicto, el acusado pudiese comportarse de forma irritable y hostil, en especial verbalmente.

En el mismo sentido, la licenciada Pelaia, de manera coincidente, manifestó que el hecho que no se detecten indicadores de personalidad potencialmente violenta no descarta que en ciertas situaciones de tensión la persona pueda reaccionar de forma irritable, lo cual se corresponde con lo denunciado por la víctima.

En otro orden, considero que tampoco debe prosperar el agravio dirigido a cuestionar que la sentenciante minimizó las declaraciones de los testigos aportados por la defensa. Por el contrario, de los fundamentos de la sentencia cuestionada surge que la jueza de la instancia anterior analizó detalladamente la declaración de tales testigos, aunque no con el sentido pretendido por la defensa.

Así, refirió que el valor probatorio del relato de Jesús Rubén Tapia Ortega es endeble y que el relato de Martín Darío Pérez tenía valor desincriminante.

Asimismo, indicó que las referencias de ambos testigos en cuanto a la personalidad de la víctima lucen inverosímiles, en tanto el conocimiento que tenían de la pareja era meramente superficial y alcanzaba a los lugares públicos que no son donde sucedieron estos hechos, ni donde suelen suceder los hechos que justamente configuran el contexto de violencia de género.

De igual modo, la sentenciante indicó que la información aportada por los testigos Emilce Erica Yamila Barrera y su esposo Miguel Ángel Manyeguí, no tiene pertinencia alguna con el hecho de amenazas y lesiones que se le atribuye al acusado, en tanto no sólo no fueron testigos presenciales de los hechos, sino que tampoco pudieron brindar información de la pareja, dado que ambos refirieron haber visto una sola vez a la víctima. De este modo, la jueza, acertadamente, afirmó que estos testigos sólo tenían la finalidad de aportar una buena imagen del acusado y una mala imagen de la víctima.

Por último, considero que tampoco deben prosperar los agravios referidos a afirmar que no existe dependencia del acusado sobre la víctima y que ésta realizó una denuncia falsa.

Al respecto, es importante resaltar que, al contrario de lo sostenido por la defensa, el sometimiento que ejercía Malgioglio sobre P.S.R. surge de la declaración de esta última, quien brindó detalles respecto del contexto de violencia de género que padecía por parte del acusado.

Así, refirió que no era la primera vez que sufría situaciones de violencia, sino que anteriormente Malgioglio le había quebrado un dedo, que en varias oportunidades quiso ahorcarla, al punto de ella no poder respirar. Además, expresó que aquél siempre le propinaba cachetadas y le manifestaba que la iba a matar.

A ello, debe sumarse que del examen psíquico de P.S.R. surge que su relato es claro, sin idealización delirante, reúne parámetros de ser verosímil y no presenta indicadores de fabulación, ni mitomanía.

Igualmente, los hijos de la denunciante, tal como referí más arriba, brindaron información relevante como prueba del contexto de violencia de género que sufría la víctima.

Además, del informe del EPI se desprende concretamente que se la relación de pareja entre el acusado y P.S.R. presentaba características marcadamente disfuncionales, inestables, con fallas a nivel de la comunicación y patrones de interacción agresivos hacia la mujer. También refirió que existía una modalidad vincular de tipo asimétrica, en la cual el varón adopta una posición de superioridad y dominio en detrimento de la examinada. A mayor abundamiento, el informe alude que se detectaron patrones conductuales compatibles con violencia psicológica hacia la mujer.

A lo señalado, debe sumarse que, tal como hizo referencia la sentenciante, el video aportado por la defensa como prueba también corrobora el contexto de violencia de género en el cual se encontraba

inmersa la denunciante. Así, la jueza afirmó que en aquella grabación se observa que el acusado se dirige a la víctima con insultos y descalificaciones, con palabras tales como «puta», «tonta» y «estúpida», lo que es conteste tanto con los informes referidos, así como también con el relato P.S.R.

Por último, en cuanto a la afirmación según la cual la víctima realizó una denuncia falsa, considero que no hay motivos para dudar de sus dichos, como así tampoco aparece corroborada por ninguna de las pruebas producidas durante el debate, siendo que, por el contrario, la víctima manifestó que realizar la denuncia fue una decisión difícil y que fue motivada por su hijo para formularla.

A partir de todo lo expuesto, es posible afirmar la improcedencia del cuestionamiento de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte de la jueza de la instancia anterior –la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional–, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Sebastián Maximiliano Malgioglio Herrera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. OMAR A. PALERMO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 5 de abril de 2023*

5- ORTIZ BRAVO. 28-07-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230728_FcOBB.pdf

Lex: Art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 183 del CP.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. VG. Concurso real. Daño simple. Juicio abreviado cuestionado. Monto de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión** e imposición de costas, autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, en concurso real con daño simple (art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 183 del CP), revocando la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia n° 11.987, unificándose composicionalmente ambas condenas en la pena única de un siete meses de prisión de cumplimiento efectivo.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 13057 (03-03-23), pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Prieto Valenzuela.20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf

Precedentes relacionados

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=874>
- Giovarrusci B. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=887>
- Lobato barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=869>
- Maldonado José . 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=964>
- Andrada Zanabria. 16-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf
- Garrido Jofré. 03-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf

Precedentes relacionados

“...Esta solución luce acorde con lo que ha resuelto anteriormente esta Sala, al sostener que «[...] la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que constituye una **construcción horizontal** entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido» (ver, al respecto y entre otros, «Prieto Valenzuela»)....”

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

Fallo:

CUIJ: 13-07195332-1/1((018501-5791)) FC/ORTIZ BRAVO BRIAN EMMANUEL P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (5791) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106358552*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07195332-1/1 caratulada "F. c/ O. B., B. E. P/LESIONES LEVES CALIFICADAS POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO REAL CON DAÑO SIMPLE S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa técnica del imputado B. E. O. B. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 13.057 de fecha 3 de marzo de 2.023, y sus fundamentos orales, que obran en soporte digital, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo e imposición de costas.

Esto por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, en concurso real con daño simple, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-5.791/23 (art. 92 en función con el art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y art. 183, todos del CP).

En el mismo pronunciamiento se revocó la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia n° 11.987 en fecha 21 de septiembre de 2.022, recaída en el marco de los autos n° P-707.635/19, unificándose composicionalmente ambas condenas en la pena única de un siete meses de prisión de cumplimiento efectivo.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar, en el marco del procedimiento de juicio abreviado, que la prueba obrante en autos acreditaba, más allá de toda duda razonable, la concurrencia material de los hechos objeto del proceso, así como la responsabilidad penal de Agüero en los mismos (ver registros audiovisuales, audiencia de fecha 02/03/23, min. 00:23:17/00:25:40).

En ese sentido, estimó acreditado que: «[e]l día 15 de enero de 2023 a las 10:30 horas aproximadamente, en el domicilio sito en ..., B. E. O. B. , en ocasión de una discusión por el dinero de la Asignación Universal por Hijo que O. cobra por la hija que ambos tienen en común y en un forcejeo entre ambos, tomó por el rostro a su ex pareja J. V. L. L., y le dio una cachetada.

A su vez, le propinó una patada al cochecito andarín de la niña, que en ese momento se encontraba sin la

menor encima, ocasionando que cayera a la acequia y se saliera una rueda del mismo, dañándolo. Con su accionar, B. E. O. B. ocasionó a J. V. L. L. las siguientes lesiones: Equimosis violácea de 2 cm de diámetro en cara medial de antebrazo derecho, tercio distal, tres equimosis rojizas de 4 x 1 cm, paralelas entre ellas en cara posterior de antebrazo izquierdo, tercio medio y Excoriación de 0.3 cm de diámetro en cara dorsal de segundo dedo de mano izquierda».

Para resolver de esa manera, además de la admisión del acusado del hecho que se le atribuye y su responsabilidad como autor del mismo, la sentenciante consideró que ambos extremos de la imputación delictiva se encontraban debidamente acreditados conforme los elementos probatorios incorporados al proceso.

En particular, la versión de la víctima contenida en el acta de denuncia, cuya credibilidad consideró corroborada con las imágenes fotográficas aportadas a la causa, con el informe elaborado por profesionales del Cuerpo Médico Forense (CMF) respecto del examen físico que se realizó a la denunciante constatando las lesiones sufridas, el acta de procedimiento policial, el informe de valoración de riesgo de violencia física practicado por personal del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) que acreditaba la existencia de un vínculo disfuncional entre la víctima y el victimario, y, finalmente, el examen psíquico del acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa funda su pretensión casatoria en el inc. 1 del art. 474 del CPP, por entender que existen vicios sustantivos que descalifican la resolución impugnada como acto jurisdiccional válido.

Considera que han resultado violadas o erróneamente aplicadas las normas penales bajo las cuales resultó subsumida la conducta del acusado, esto es, el art. 92 en función con el art. 89 y 80 incs. 1 y 11, art. 55 y art. 183, todas del CP.

Indica que su defendido realizó un juicio abreviado reconociendo los hechos y su participación en los mismos, pero que luego le refirió que los hechos no fueron como realmente le leyeron y reconoció.

Señala que, ante la falta de pruebas en concreto, la valoración por parte de la jueza de la instancia previa al momento de la determinación de la pena debió haberle impedido homologar el acuerdo de juicio abreviado.

En razón de lo expuesto, solicita que se case la sentencia impugnada, y se absuelva a su representado del delito por el que se lo acusa.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo formal del recurso de casación interpuesto.

Advierte que la defensa no concreta ninguno de los agravios que indica y pretende que se los infiera, tarea que le corresponde efectuar en su presentación, en forma clara y precisa.

En ese sentido, refiere que la defensa menciona que se cuestiona la calificación legal, aunque no explica cuál sería la que debió aplicarse al caso; al igual que considera que los hechos no habrían ocurrido como se le leyeron al acusado, sin decir en qué consistieron los mismos, o qué pruebas no fueron consideradas.

Expresa que si bien es cierto que la admisión formal ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte de la Nación, contando con el **leading case «Casal»**, también resulta claro que al menos la queja

intentada debe explicitar motivos que permitan a este Tribunal –y al Ministerio Público Fiscal– expedirse sobre los mismos, situación que no se advierte en el presente recurso en que la enunciación de breves e incompletas referencias no se autoabastecen, ni permiten al tribunal casatorio la revisión pretendida.

Por lo cual, **el rechazo formal propuesto no constituye rigorismo formal**, sino que patentiza la imposibilidad de análisis, por inexistencia de fundamentos sobre los cuales expedirse.

Sin perjuicio de ello, y ante la eventualidad que se considere que el recurso supera el control de admisibilidad formal, señala que, del registro audiovisual de la audiencia celebrada surge la petición de la defensa para que se imprima a la presente causa el trámite de juicio abreviado, el acuerdo al que arribaron las partes, y las manifestaciones voluntarias del acusado solicitando la aplicación del instituto en cuestión, admitiendo la responsabilidad en los hechos y la calificación legal de los mismos como le fueron leídos por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el desarrollo de la audiencia, y consintiendo el monto de penalidad pactado.

Con ello, estima, se demuestra que la norma procesal penal ha sido debidamente cumplida.

Por todo ello, solicita que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, y se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, debo adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de B. E. O. B.. Veamos.

En términos generales, debo señalar que la crítica defensiva se basa en una técnica –a mi juicio– deficiente: señalar de modo genérico e impreciso pretendidas falencias en el razonamiento probatorio y normativo de la sentencia, mediante la exposición de agravios indefinidos, inciertos y confusos, que no conforman cuestionamientos concretos en torno a la decisión adoptada y los fundamentos de aquella.

En ese sentido, se observa que la defensa no ha referido, de modo adecuado, cuáles son los concretos cuestionamientos en relación con la argumentación de la jueza de la instancia previa que motivaría la anulación o casación de la sentencia criticada. Ello, tiene lugar en dos planos.

Primero, porque si bien considera que los hechos no ocurrieron del modo en que aparecen descritos en la pieza acusatoria que se le leyó al acusado en la audiencia donde se tramitó y resolvió la causa mediante el procedimiento de juicio abreviado, lo cierto es que no indica de modo alguno en qué consistieron los mismos.

Tampoco menciona cuáles –a su criterio– fueron los elementos probatorios que han sido indebidamente valorados o, en su caso, que no habrían sido considerados, ni el efecto que el eventual error tendría en el razonamiento seguido por el tribunal de la instancia previa para tener por acreditados los hechos y, así, llegar a la solución condenatoria que hoy se cuestiona.

Segundo, esa misma indeterminación se observa en el escrito recursivo en el tramo donde se cuestiona la calificación legal de los hechos del proceso.

En ese apartado, la defensa indica ni explica, aún someramente, las razones que impedirían a su entender, encuadrar las conductas del acusado dentro del ámbito jurídico-penal de las figuras delictivas seleccionadas para ello en la sentencia.

Tampoco señala, en su defecto, cuál o cuáles serían los tipos penales que debieron aplicarse al caso.

Entiendo que no resulta adecuado sostener que los hechos no ocurrieron simplemente porque, según la defensa, el acusado le expresó que los hechos fueron distintos de aquellos que previamente admitió, sin siquiera presentar una hipótesis alternativa a la versión acusatoria que luzca razonable.

Ni tampoco alegar un déficit de la sentencia en el plano de la aplicación del derecho al caso concreto, sobre la base de una estrategia defensiva indefinida pues, o no existieron los hechos y, en su caso, el acusado resultaría inocente; o, bien, ocurrieron de otro modo que impide considerar al acusado como autor de los delitos de lesiones leves calificadas y daño.

En cualquier caso, los argumentos defensivos lucen ausentes por completo. No puede soslayarse que constituye un requisito del acto de interposición de recurso de casación, que el impugnante indique separadamente en el escrito recursivo que presenta ante el mismo tribunal que dictó el decisorio cuestionado, cada uno de los motivos que sustentan su pretensión, con indicación expresa de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, así como la aplicación que se pretende (art. 480 del Código Procesal Penal).

Por lo cual, la forma de plantear el recurso de casación por la defensa técnica de acusado O.B., dificulta indiscutiblemente la labor de revisión solicitada a este Tribunal, en tanto no es posible advertir concretamente cuáles son los vicios que atribuye la parte recurrente a la resolución atacada.

Dicho esto, y no obstante las deficiencias en el modo de interposición del recurso promovido por el letrado defensor, advertidas por el Procurador General, a los fines de salvaguardar el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior, satisfaciendo los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **in re «Casal» (Fallos 328:3399)** corresponde la revisión amplia y eficaz de la condena impuesta a B. E. O. B. (cfr. art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En efecto, los agravios sugeridos por la defensa técnica del acusado giran alrededor de los argumentos mediante los cuales, el tribunal de sentencia, llegó a la solución condenatoria en los presentes obrados.

En apariencia, de lo que se queja el defensor es la aplicación del procedimiento abreviado, cuestionando la existencia de elementos de convicción suficientes como para tener por acreditados los hechos objeto del proceso, como también, de la calificación legal asignada a la conducta de su representado.

Tangencialmente, sugiere la presencia de vicios en el consentimiento del acusado quien, según las propias manifestaciones expresadas por su defensor, niega que los hechos ocurrieran del modo en que le fueron leídos, además de no haberse percatado de la orfandad probatoria que existía en el expediente.

Más allá de las deficiencias apuntadas precedentemente, debe señalarse que la crítica así esgrimida por defensa no pasa de ser una mera e infundada discrepancia con la posición adoptada por el tribunal de la instancia anterior cuando admitió la aplicación del procedimiento de juicio abreviado solicitado por las partes, de conformidad con el acuerdo alcanzado, y que derivó en la sentencia aquí cuestionada.

Razonamiento jurisdiccional en el que no se verifica la presencia de elementos que, aún mínimamente, pongan en tela de juicio la existencia material de los hechos, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que fueron descritos en la acusación.

Tampoco que sugieran que, a partir de esa plataforma fáctica tenida por acreditada, no concurren aquellos elementos típicos que requiere el perfeccionamiento de las figuras penales bajo las cuales resultaron

jurídicamente calificados; ni, mucho menos, indicios que permitan inferir vicios en el consentimiento expresado por el acusado.

En este orden, no puedo dejar de señalar que la reproducción y visualización del soporte de audio y video digital en el que obra la audiencia de acusación realizada (art. 417 quinquies del Código Procesal Penal), da cuenta de lo afirmado precedentemente.

Así, abierta la audiencia, la jueza le cedió la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, quien expresó que habían acordado con la defensa del acusado que la causa se resuelva mediante la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, concertando una pena de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo respecto de B. E. O. B., como autor penalmente responsable de los hechos que se le atribuían en el marco de las presentes actuaciones, de acuerdo con la calificación legal allí contenida.

Agregó que también acordaron la revocación de la condicionalidad de una penalidad anterior y su unificación compositiva en la pena única de siete meses de prisión en efectivo.

Durante su intervención, el acusador explicó frente al acusado los hechos que se le atribuían, las pruebas obrantes en su contra y la existencia de una condena anterior.

En este tramo de la audiencia no se advierte en ningún momento que O. B. no haya comprendido aquello que se le estaba explicando, ni tampoco alguna intervención de su parte mediante la cual cuestione alguna de las circunstancias fácticas de los hechos atribuidos (v. registro audiovisual, audiencia del día 2/3/23, mins. 00:06:55/00:18:30).

Acto seguido, tomó la palabra la defensa del acusado, quien expresó su plena conformidad con el acuerdo alcanzado, según los términos referidos por el representante del Ministerio Público Fiscal, solicitándole al tribunal que procediera a su homologación (00:18:34/00:19:32).

Luego de ello, al momento de verificar las condiciones del acuerdo alcanzado, la jueza del tribunal de la instancia previa le consultó al acusado si entendía lo que estaba sucediendo en la audiencia, a lo que respondió afirmativamente (00:19:40/00:19:49).

Seguidamente, le explicó con lenguaje claro y sencillo las características y consecuencias que conllevaba el procedimiento abreviado, particularmente en lo que tiene que ver con los requisitos que deben cumplirse para que resulte posible concluir el proceso penal aplicando el procedimiento especial acordado (00:20:00/00:21:33).

Finalmente, le consultó si conforme la información suministrada, estaba de acuerdo en que la causa se resolviese a través de ese mecanismo, si reconocía los hechos acusados, si admitía su responsabilidad como autor de los mismos, y si estaba de acuerdo con la pena pactada por las partes. Todos estos interrogantes fueron respondidos afirmativamente por O. B. (00:21:30/00:21:58).

Posteriormente, la jueza anticipó a las partes su decisión de hacer lugar a la aplicación en autos del procedimiento de juicio abreviado solicitado, en los mismos términos que fueron acordados por los litigantes (00:22:06), expresando las razones que la determinaron a ello.

En particular, la concurrencia de los requisitos legales de para la procedencia del instituto procesal en cuestión («primera cuestión») la contundencia del cuadro probatorio cargoso que acompaña la causa para acreditar con certeza ambos extremos de la imputación delictiva, esto es, la existencia material de los hechos intimados y responsabilidad del acusado como autor de ellos («segunda cuestión») la adecuación de esos comportamientos delictivos dentro de las figuras seleccionadas por la acusación para calificarlos

jurídico-penalmente («tercera cuestión»), y, por último, la aplicación de la penalidad acordada («cuarta cuestión») y costas («quinta cuestión») (00:22:30/00:30:15).

Acto seguido, dio a conocer la parte resolutive del fallo recaído en autos (00:30:16/00:35:00).

El desarrollo de la audiencia en los términos reseñados, sumado al análisis de razonabilidad de los fundamentos orales vertidos por el tribunal de la instancia previa, descarta que el consentimiento del acusado se haya visto afectado de algún modo que impida considerárselo como producto de su libertad y voluntad.

En especial, desde que se observa que el mismo fue provisto de la información suficiente de lo que estaba ocurriendo en la audiencia, de los hechos que se le reprochaban y su calificación penal, y cuál era el impacto que producía la aplicación del procedimiento de juicio abreviado en los términos pactados sobre su situación procesal –condena, revocación de condicionalidad de condena anterior, y unificación de pena–.

Como corolario de todo lo expuesto, debe señalarse que de ningún modo se verifica en el presente caso un supuesto de orfandad probatoria como lo considera la defensa.

Por el contrario, de la audiencia respectiva, sumado a la compulsas de las constancias de la causa, y el análisis que tanto el representante del Ministerio público Fiscal y la jueza efectuaron sobre los elementos de prueba producidos e incorporados realizaron en sus respectivas intervenciones, no dejan margen para la duda razonable sobre la existencia de los hechos enrostrados al acusado, y que éste fue autor material de los mismos.

En esa línea, deben destacarse la denuncia de la víctima, las fotografías aportadas y obrantes en autos, y el informe del Cuerpo Médico Forense que constata las lesiones. Plataforma fáctica que se encuentra debidamente subsumida dentro de las figuras penales correspondientes.

De modo entonces, entiendo que el procedimiento abreviado se llevó a cabo dentro de los requisitos legales contemplados en la ley procesal penal, y tanto el acusado en forma voluntaria y debidamente informada, como su defensa técnica, expresaron libremente la conformidad de acogerse al procedimiento abreviado, de conformidad con el acuerdo pactado en relación con los hechos reconocidos por el acusado, la calificación jurídica de esos hechos contenidos en la acusación y la pena.

En función de ello, no encuentro vicio alguno en la sentencia dictada, razón por la que el agravio resulta a todas luces improcedente en tanto no tiene sustento verificable en datos empíricos de la audiencia referida.

Esta solución luce acorde con lo que ha resuelto anteriormente esta Sala, al sostener que «[...] la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que constituye una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido» (ver, al respecto y entre otros, «**Prieto Valenzuela**»).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Palermo. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado B. E. O. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

6- HINOJOSA. 01-08-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcHET.pdf

Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 30 del CPP.

Vox: SJP. Rechazo. Lesiones culposas. Consentimiento vinculante. Suspensión de juicio a prueba. Motivación aparente.

Summa:

El JPC rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada por esa parte.

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

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de la señalada y anular la resolución dictada por el JPC por cuanto rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada por esa parte, remitiendo las presentes actuaciones al JPC a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos.

Resolución cuestionada: Auto dictado el día 21-05-21 por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Ramos Sevilla. 04-04-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Moreno Frías. 01-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Romero Díaz. 15-08-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bustos Baldor
- Ramón Mayorga
- González Farías
- Entre Ríos Oliva
- Rodríguez Rosales
- Estrella
- Luna Amaya

Precedentes relacionados

I-SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliguer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20. VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- Hinojosa. 01-08-23: 01-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcHET.pdf

Parágrafos destacados

“...Sobre este último problema, de manera constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba el dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal sólo es vinculante para el juzgador cuando se encuentra **motivado**...” (Dr. Adaro)

“...Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre «**la conveniencia de la suspensión**» –conf. «Bernales Vargas», «Sánchez», «Cruzate», «Pérez Martín», «Moreno Frías», «Romero Díaz», entre otros–. En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un **concreto juicio de oportunidad político-criminal**, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional. En cambio, siempre resultará vinculante para el tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que el titular de la acción pública «consiente» la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio...” (Dr. Palermo)

“...A mi entender, el agente debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–...” (Dr. Valerio).

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

Fallo:

**CUIJ: 13-06709902-2/1((018502-1939)) FC/ HINOJOSA P/... P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (1939)
*105970907***

En Mendoza, el día primero del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06709902-2/1 caratulada "F. c/ HINOJOSA ESCAÑUELA, TANIA SABRINA JORGELINA P/ LESIONES CULPOSAS GRAVES S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Tania Sabrina Jorgelina Hinojosa Escañuela interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en fecha 21 de mayo de 2021 en los autos n° T-1939/20, por cuanto rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada por esa parte.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

De la compulsión de las actuaciones y constancias audiovisuales obrantes en la causa surge que, en oportunidad de realizarse la audiencia de acusación, el representante fiscal atribuyó a Tania Sabrina Jorgelina Hinojosa Escañuela que «[...] el día 18 de marzo de 2020, alrededor de las 11:50 hs, la víctima JUAN PABLO RIPORELLA circulaba por calle Gualberto Godoy próximo a intersección con Florencio Sánchez, de Guaymallén en sentido Este - Oeste, a bordo de su motovehículo marca Zanella Sapucaí 150 cc, dominio A077EFG, momento en que fue colisionado por una camioneta marca Toyota Land Cruiser, dominio AC286PP, conducida por TANIA SABRINA JORGELINA HINOJOSA ESCAÑUELA, quien circulaba por calle Gualberto Godoy, pero en dirección contraria a la víctima (Oeste - Este) y, al realizar una maniobra intempestiva y sin previa advertencia hacia el Sur, lo impactó ocasionándole lesiones a la víctima producto de la colisión, constatándosele en virtud del examen físico realizado por personal de Cuerpo Médico Forense, las siguientes lesiones: Fractura expuesta de tobillo izquierdo gusillo III A (fractura de meléolo medial y de cara lateral de platón tibial) y fractura 3° y 4° metacarpiana izquierdo, con un tiempo probable de curación e incapacidad laboral mayor a un mes». Tal hecho fue calificado por la acusación como lesiones graves culposas (art. 94 bis, primer párrafo del CP). Ello, en tanto de aquellos hechos surgía «la conducción imprudente y antirreglamentaria del vehículo automotor, de la violación al deber objetivo de cuidado al violar las disposiciones del Art. 42 inc. b) de Ley de Tránsito N° 9.024, la que prevé en su Art. 42 Los conductores deben a)... b)... En la vía pública circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra debe advertirse previamente y realizarla con

precaución, siempre que no cree riesgos ni afecte la fluidez del tránsito [...]» –conf. audiencia del día 21 de mayo de 2021–.

Ahora bien, formalizada la acusación, la defensa solicitó la aplicación del art. 69 inc. 6 del CP y la suspensión del juicio a prueba, planteos de los cuales el juez corrió vista al Ministerio Público Fiscal y al querellante particular, luego concedió derecho a réplica a la defensa y, finalmente, desestimó ambas peticiones y resolvió la admisión probatoria y fijación de audiencia de debate.

En lo que aquí resulta relevante –puesto que la defensa no ha impugnado todas las decisiones adoptadas en la resolución recurrida–, el juez de instancia anterior denegó el pedido de suspensión del juicio a prueba por entender que el art. 76 bis del CP dispone que la suspensión del juicio a prueba no resulta procedente en los casos en que el delito prevé la pena de inhabilitación, de modo que la norma penal de fondo no permite la concesión del instituto.

A ello, agregó que en el caso el representante fiscal denegó su consentimiento, con apoyo en directivas de Política criminal y jurisprudencia. Particularmente, el juez aludió al fallo «**Crecitelli Fliguer**», de donde surgiría que sin el consentimiento del Ministerio Público Fiscal –titular de la acción penal– no es posible la aplicación de criterios de oportunidad.

En función de tales razones, concluyó que no se verificaban en el caso los presupuestos necesarios para la suspensión del juicio a prueba solicitada y desestimó la petición –conf. audiencia del día 21 de mayo de 2021, min. 47:16 a 49:35–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El recurso se funda en el art. 474 inc. 1 del CPP, es decir, considera que la decisión incurre en vicios en la aplicación e interpretación del derecho. Se agravia de que el juzgado interviniente denegó la suspensión del juicio a prueba solicitada por carecer de consentimiento del fiscal, titular de la acción pública.

Pero, al resolver de ese modo, aplicó erróneamente el art. 76 bis del CP y el art. 30 del CPP, pues se apoyó en un dictamen fiscal que no se encontraba motivado.

En ese sentido, explica que el representante fiscal invocó la Res. 18/2020 de la Procuración General, en función de la cual la fiscalía de delitos de tránsito ha decidido no prestar consentimiento para la suspensión del juicio a prueba en casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, de modo que el único argumento para rechazar la petición ha sido uno genérico, no aplicado al caso concreto.

De allí deriva que el dictamen se encuentra inmotivado. Por otra parte, ataca el argumento del juzgado según el cual en función del fallo «**Crecitelli Fliguer**» de esta Sala Segunda la jurisdicción se encuentra impedida para conceder la suspensión del juicio a prueba cuando falta consentimiento fiscal, puesto que, según su interpretación del precedente, el dictamen debe ser motivado. Invoca asimismo el fallo posterior «**Cargnelutti, Martin**» de esta Sala Segunda y, en particular, el voto del doctor Palermo.

Afirma que la resolución le causa un gravamen irreparable a esa parte, puesto que el planteo no puede ser resuelto posteriormente. Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso debe ser rechazado en la etapa formal, puesto que se basa en doctrina adversa a otra ya consolidada por esta Sala de la Suprema Corte de Justicia.

Explica que la negativa expresa del fiscal, manifestada en un dictamen motivado, es vinculante para la jurisdicción y obsta la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, tal como lo ha reconocido este Tribunal en numerosos precedentes.

En el caso, el dictamen emitido por el fiscal fue debidamente motivado, a lo que se agregaron razones del juez para rechazar el planteo. En función de ello, estima que la impugnación debe ser rechazada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso en estudio corresponde señalar que, por las razones que a continuación se exponen, a mi entender corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa en autos.

Esta decisión es resultado de que la resolución judicial que denegó la suspensión del juicio a prueba lo hizo **sobre la base de una sola razón, la falta de consentimiento fiscal, cuyo dictamen erróneamente consideró motivado.**

Dicho en otras palabras, la negativa del representante del Ministerio Público Fiscal para la concesión suspensión del juicio a prueba se encuentra **fundada solamente de modo aparente, motivo por el cual no resulta vinculante para la jurisdicción.**

En la medida en que el Juzgado Penal Colegiado desestimó la suspensión del juicio a prueba únicamente por falta de consentimiento fiscal y que la posición de la fiscalía no se encuentra motivada, la resolución carece de fundamentación y resulta arbitraria en los términos del art. 155 del CPP.

Esto determina la nulidad de la decisión y la necesidad de una nueva resolución sobre el planteo de la defensa.

Para justificar esta decisión, en primer lugar, reconstruiré los argumentos presentados por el Ministerio Público Fiscal y por el Juzgado Penal Colegiado en relación con la suspensión del juicio a prueba solicitada (a). En segundo término (b), explicaré mi posición sobre dos cuestiones interpretativas relevantes: la necesidad de que el dictamen fiscal que deniega el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba se encuentre motivado para resultar vinculante para la jurisdicción (b.i) y la errónea invocación del art. 76 bis, 8vo párrafo del CP que efectuó el representante fiscal en autos (b.ii). Finalmente, concluiré (c).

a- Argumentos del MPF

a.- De la compulsas de la audiencia del día 21 de mayo de 2021 surge que, al contestar la vista de la solicitud de suspensión del juicio a prueba realizada por la defensa, el representante fiscal afirmó que la resolución de la Procuración General que les imponía no prestar conformidad cuando el delito estuviera reprimido con pena inhabilitación era la n° 225/11, que había sido derogada por la n° 2016/20 –en referencia a la Res. PG n° 16/20–.

Aclaró que, en función de ello, la decisión de otorgar o no la suspensión del juicio a prueba quedó como un criterio que define el Fiscal Jefe de cada Unidad Fiscal y que, en la Unidad Fiscal de Delitos de Tránsito, el criterio es no prestar el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba frente a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, sea como pena conjunta o como pena única.

Justificó este criterio en que, si bien el 30 CPP no prevé expresamente el caso, el art. 76 del CP dispone que la suspensión del juicio a prueba se rige por las disposiciones procesales y, en lo que no esté expresamente regulado, por el propio Código Penal.

Y el 76 bis, 8º párrafo del CP, establece expresamente que no se puede conceder la suspensión del juicio a prueba cuando el delito prevea la pena de inhabilitación –conf. audiencia citada, min. 34:10 a 36:10–. Explicó que, si bien hay distintas posiciones jurisprudenciales al respecto, el Ministerio Público Fiscal se apoyaba en la interpretación que surge del **plenario «Kosuta» de la CNCP**, del texto del art 78 bis, 8º párrafo del CP, y de fallo **«Crecitelli Fliguer»** de esta Sala Segunda.

En relación con ese último fallo, explicó que se ha fijado posición en cuanto a que el dictamen motivado del representante fiscal, en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, es vinculante y que por ello no corresponde hacer lugar al pedido cuando el dictamen es negativo.

Por lo que el consentimiento es un requisito de procedibilidad del instituto analizado.

Invocó los precedentes **«Bustos Baldor»**, **«Mesa»**, **«Silva, Hugo»**, **«González, Martín»**, **«Fernández Castillo»** y **«Guiñazú Samo»** en el mismo sentido. También invocó el voto del doctor Valerio en el caso **«Crecitelli Fliguer»**, donde afirmó que el ejercicio de la acción corresponde al Ministerio Público Fiscal, que puede prestar o no conformidad porque tiene decisión sobre la acción penal y, cuando no presta consentimiento, es suficiente con que de manera inequívoca manifieste la decisión de continuar el ejercicio de la acción, sin que su posición deba ser manifestada en forma de dictamen o requerimiento sujeto a exigencias de fundamentación del 167 CPP.

Ello, en tanto no se le puede exigir conclusiones fundadas cuando decide continuar el ejercicio de la acción penal, porque esto es una imposición legal –conf. audiencia citada, min. 36:10 a 39:12–.

Por otra parte, el querellante particular manifestó su rechazo a la concesión de la suspensión de juicio a prueba en el caso que nos ocupa.

En este sentido, adhirió a las consideraciones jurídicas manifestadas por el representante del Ministerio Público Fiscal –conf. audiencia citada, min. 39:30 a 41:48–.

Al resolver, el juez manifestó coincidencia con el representante fiscal al invocar el art. 76 bis del CP, concretamente donde señala que los delitos que prevén pena de inhabilitación tienen vedado el acceso a la suspensión del juicio a prueba.

Explicó que en esta causa se atribuye un delito conminado con ese tipo de pena de manera conjunta a una de prisión.

Además, consideró que el dictamen fiscal estaba motivado en directivas de la Procuración General sobre Política criminal para este tipo de delitos y en la norma de fondo.

De modo que, de acuerdo con la interpretación del juzgado de la instancia previa del criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala Segunda en el **fallo «Crecitelli Fliguer»**, según el cual sin consentimiento del Ministerio Público Fiscal no puede concederse la suspensión del juicio a prueba, debía denegarse la petición de la defensa –conf. audiencia citada, min. 47:20 a 49:33–.

b-Motivación.

Art. 167 del CPP

b.i- Ahora bien, dado que tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el Juzgado Penal Colegiado han hecho alusión a la jurisprudencia de esta Sala Segunda, encuentro necesario aclarar –como ya he hecho en otras oportunidades– la posición que mantengo en relación con las exigencias necesarias para que el dictamen del Ministerio Público Fiscal resulte vinculante para la jurisdicción en esta materia.

Tal como he señalado en anteriores pronunciamientos, la regulación de la suspensión del juicio a prueba en el Código Penal y en las leyes procesales ha suscitado diversas discusiones a lo largo de la historia de la institución, entre ellas la relativa a si el juez puede disponer la suspensión cuando el fiscal manifiesta su negativa para ello, así como la más general respecto del valor jurídico del dictamen fiscal, ya sea afirmativo o negativo.

Este dilema involucra un debate entre **los límites de las facultades jurisdiccionales y las facultades del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción pública.**

Sobre este último problema, de manera constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba el dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal sólo es vinculante para el juzgador cuando se encuentra motivado.

El órgano jurisdiccional no puede, entonces, hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado.

Me remito, en esta cuestión, los precedentes **«Romero Díaz», «Bustos Baldor», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales», «Torres, Héctor Emilio», «Cabrera Moyano», «Díaz Castro», «Luján Orellana», «Moreno Frías»,** entre numerosos otros.

La invocación, tanto por parte del representante del Ministerio Público Fiscal como por parte del juez, del precedente **«Crecitelli Fliguer»** para dirimir la presente causa, es inexacta.

Ello por cuanto, como afirmara el representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen, sólo una de las posiciones sostenidas allí –la de mi distinguido colega de Sala, doctor José V. Valerio– afirma que no es necesario que el dictamen fiscal contrario a la concesión de la suspensión del juicio a prueba se encuentre motivado para que la jurisdicción se vea impedida de concederla.

Quien suscribe, así como el doctor Omar A. Palermo, discrepamos en ese punto, tal como ha sido explicado en el **precedente «Romero Díaz»** al que he aludido previamente. Según entiendo, por al menos dos razones el dictamen fiscal debe emitirse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba.

En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica –a mi entender– en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, el mandato procesal contenido en el **art. 167 del CPP** según el cual «[l]os representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez [...]» pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública.

En supuestos como el presente, esto implica que el funcionario debe dar a conocer las razones en virtud de las cuales toma la decisión de prestar o no su consentimiento para la suspensión del juicio.

La adopción de una actitud preventiva por parte de los jueces impide consagrar arbitrariedades al exigir una motivación plena y suficiente a la posición del fiscal. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla –como si éste fuera un requisito formal–, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad (conf. **«Romero Díaz»**).

En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo (**conf. «Romero Díaz»**).

Motivación aparente

b.ii.- En el caso que nos ocupa, a mi juicio **el dictamen fiscal no se encuentra debidamente motivado**, sino que invoca razones meramente aparentes para denegar su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba.

En cuanto a las resoluciones generales de Procuración General, explica que la resolución que vedaba a los fiscales la posibilidad de consentir la suspensión del juicio a prueba frente a delitos conminados con pena de inhabilitación –esto es, la Res. PG 225/11– fue derogada. De modo que la cuestión quedaba sujeta al criterio de cada Unidad Fiscal.

La invocación de resoluciones de Procuración General –contrariamente a lo afirmado por el juez– no constituye entonces un fundamento para el dictamen negativo.

Por otra parte, explicó que el criterio político-criminal de la Unidad Fiscal de Delitos de Tránsito consiste en no prestar consentimiento para la suspensión del juicio a prueba frente a delitos que prevén pena de inhabilitación.

Sin embargo, no puedo considerar esta afirmación como una razón que motive el dictamen en cuestión, puesto que carece de toda referencia justificatoria: tanto a las razones que podrían justificar esa política en sí, como a las razones que la harían justificada en el caso concreto. De modo que tampoco este argumento permite considerar motivado el dictamen.

Otro tanto cabe señalar en torno a la invocación de precedentes de esta Sala Segunda.

Por una parte, la alusión al voto de mi colega de Sala, el doctor José V. Valerio, no luce suficiente para motivar el dictamen.

Por un lado, porque se trata de la **posición minoritaria de la Sala**.

Y, por otro, porque no aporta contenido vinculado al caso concreto o a políticas aplicables a este tipo de caso, sino que simplemente se trata de un criterio sobre el modo en que el dictamen vincula a la jurisdicción. Por último, y en este punto quiero detenerme, tampoco la invocación del art. 76 bis, 8º párrafo del CP resulta un fundamento para el dictamen. El fiscal invoca la aplicación de esta norma nacional a nuestro procedimiento por vía del art. 76 del CP, que dispone que «[l]a suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título».

Sin embargo, tal como sostuvo esta Sala Segunda, por mayoría, en el **precedente «Oropel Núñez»**, la premisa según la cual la normativa procesal local presenta un caso de «falta de regulación», que activa la regulación subsidiaria del Código Penal por aplicación del art. 76 de cuerpo normativo, no se encuentra libre de polémica.

Para sostener tal remisión es necesario justificar de qué modo el Código Procesal Penal presenta una omisión de regulación, y por qué la falta de la cláusula no puede ser considerada la manifestación de una diferente voluntad del legislador provincial respecto del nacional.

Puesto en términos claros, al igual que en aquél caso «[...] el representante del Ministerio Público Fiscal debió exponer los motivos por los que considera que la diferente regulación entre el CP y el CPP puede implicar una falta de regulación que «active» la segunda norma de remisión contenida en el 76 CP.

En todo caso, esto no es un dato obvio pues el legislador no sólo regula mediante normas expresas, sino también mediante omisiones. Máxime cuando la legislación procesal local es de fecha posterior a la nacional de fondo, por lo que puede presumirse que el legislador provincial, conociendo la regulación nacional, decidió reglar de una manera diferente el instituto [...]» –conf. «**Oropel Núñez**»–.

La invocación del precedente «**Kosuta**» de la Cámara Nacional de Casación Penal ningún apoyo aporta a su posición, puesto que aquél precedente –actualizado posteriormente por esa Cámara y por la Corte Federal, en precedentes que cuyo análisis el representante del Ministerio Público Fiscal ha omitido– se refiere a una norma cuya aplicación al caso el representante del Ministerio Público Fiscal no ha justificado.

De manera tal que este argumento tampoco puede ser considerado fundamento del dictamen negativo emitido en el caso por el representante del Ministerio Público Fiscal, lo que torna inmotivada su posición y no vinculante para la jurisdicción según lo explicado en el apartado b.i de este voto.

c-Fundamentos. Art. 155 del CPP.

c.- Resta, finalmente, referirme a la resolución del juez. Según la reconstrucción que he realizado, la resolución jurisdiccional se apoya únicamente en la falta de consentimiento fiscal. Lo dicho expone la existencia de vicios en el razonamiento de la decisión impugnada, que la tornan infundada. En tanto la vista conferida al representante del Ministerio Público Fiscal no fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP), la resolución judicial basada en ella resulta arbitraria. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante en cuanto a la suerte del recurso planteado por la defensa en autos.

Sin perjuicio de ello, y en tanto el voto del juez preopinante alude a las condiciones necesarias para que el dictamen fiscal emitido ante una solicitud de suspensión del juicio a prueba sea vinculante para la jurisdicción, corresponde explicar la postura que he sostenido con anterioridad sobre la cuestión.

Reiteradamente he mantenido que el consentimiento del fiscal requerido por la norma, para no inmiscuirse en la función de **control de legalidad –atribución propia de la función jurisdiccional– debe tener por objeto, necesariamente, algo distinto a las exigencias legales, reservadas al control judicial.**

Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, sino que el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al tribunal ni integra el «consentimiento» requerido legalmente; es decir, no es considerado vinculante.

Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre «**la conveniencia de la suspensión**» –conf. «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Pérez Martín**», «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», entre otros–.

En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un **concreto juicio**

de oportunidad político-criminal, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional.

En cambio, siempre resultará vinculante para el tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que el titular de la acción pública «consiente» la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Ello, de conformidad con los argumentos y conclusiones expuestos por la Corte Federal en los casos **«Tarifeño»**, **«Mostaccio»**, **«Cáseres Martín»**, entre otros.

Me remito a mi voto en los precedentes de esta Sala antes aludidos, en honor a la brevedad. En este caso, comparto con mi colega preopinante que el dictamen emitido durante la audiencia por el fiscal ahora recurrente no ha satisfecho estos extremos.

Por una parte, no ha realizado un análisis sobre la inconveniencia político-criminal de la concesión de la suspensión del juicio a prueba en este caso. Es decir, no ha justificado debidamente razones de política criminal aplicables a este proceso para solicitar una pena para la acusada –en lugar de una solución al conflicto alternativa–. Pero, por otra parte y como se advierte el voto preopinante, tampoco ha brindado una fundamentación de otra naturaleza para su dictamen, que se basa en la invocación aparente de normas y criterios jurisprudenciales que no guardan relación de pertinencia con este caso. En función de lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO: Discrepo con mis distinguidos colegas de Sala respecto de la procedencia del recurso interpuesto. En efecto, puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa entiendo que corresponde rechazar la impugnación y confirmar en un todo la resolución pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado en autos.

Conforme al criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver **«Lemos Guerrero»**, **«Estrella»**, **«Luna Amaya»**, **«Ramos Sevilla»**, **«Romero Díaz»**, entre otros).

A mi entender, el agente debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

En el caso que nos ocupa, el representante del Ministerio Público Fiscal no sólo ha manifestado expresamente su negativa para la resolución del conflicto por otra vía que el debate, sino que además ha motivado suficientemente su posición.

De manera tal que la resolución que se funda en la falta de consentimiento fiscal resulta adecuadamente motivada y debe ser mantenida como acto jurisdiccional válido, lo que sella la suerte adversa del recurso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: En función del acuerdo arribado en relación con la primera cuestión planteada, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por

la defensa de Tania Sabrina Jorgelina Hinojosa Escañuela, anular la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en fecha 21 de mayo de 2021 por cuanto rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada por esa parte, y remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Tania Sabrina Jorgelina Hinojosa Escañuela y anular la resolución dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en fecha 21 de mayo de 2021, por cuanto rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada por esa parte.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (disidencia) DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de agosto de 2023.-

7- GONZALEZ. 02-08-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGER.pdf

Lex: Art. 94, 1° párrafo en función del art. 89 del CP.

Vox: Lesiones culposas leves. Heterolesión. Autolesión. Ámbito de competencia. Riesgo permitido.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de multa de **siete mil pesos más un año de inhabilitación especial** para conducir cualquier vehículo automotor en los autos por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas leves (art. 94 primer párrafo en función del art. 89 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 296, pronunciada por el JPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Fernández Salinas. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcFSM.pdf

Parágrafos destacados

“...Como expuse en el precedente «Fernández Salinas», el análisis dogmático del hecho en la imputación del tipo objetivo requiere del estudio de la conducta de la víctima en dos niveles de análisis. Por un lado, requiere un tratamiento dentro del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva **-la imputación objetiva del comportamiento-**, como un supuesto capaz de adscribir el suceso, por completo, al ámbito de responsabilidad de la víctima. Es decir, excluir la tipicidad de la conducta a raíz del imperio del principio de autorresponsabilidad de la víctima. Por otro lado, corroborado que el comportamiento del autor ha superado los distintos filtros de imputación que componen la imputación objetiva del comportamiento – **riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y la adscripción del suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima**—; existen casos donde el comportamiento observado por ésta puede incidir en el segundo nivel de análisis del tipo objetivo, la imputación objetiva del resultado. Entre ellos, se destacan las hipótesis donde la conducta de la víctima no interrumpe el nexo de imputación y, a pesar de ello, resulta evidente que el resultado también está relacionado con ella, puesto que éste sólo puede explicarse por la presencia conjunta de ambos comportamientos riesgosos. Son los casos de confluencia o concurrencia de riesgos. Analizado ello en el caso de autos, y como se dijo, la pretensión defensiva exige la adscripción total del hecho a la responsabilidad de la víctima por las infracciones viales cometidas, criterio que no comparto...”. (Dr. Palermo)

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

Fallo:

CUIJ: 13-05730762-9/1((028502-3134)) F. C/ GONZALEZ ENRIQUE RAMON P/ LESIONES CULPOSAS LEVES P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105916098*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05730762-9/1 caratulada "F. c/ GONZÁLEZ, ENRIQUE RAMÓN P/ LESIONES CULPOSAS LEVES S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Enrique Ramón González interpone recurso de casación contra la sentencia n° 296, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° T-3.134/19, a la pena de multa de siete mil pesos más un año de inhabilitación especial para conducir cualquier vehículo automotor en los autos por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas leves (art. 94 primer párrafo en función del art. 89 del CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho en los términos establecidos en la acusación y que expuso en la sentencia expresada oralmente en los siguientes términos «[...] en el departamento de General Alvear para fecha 7 de enero de 2019, a la hora 15:20 hs. aproximadamente, [...] el Sr. Gonzalo AVECILLA circulaba en una moto marca Motomel Tunning 110cc. de color azul por el interior de la rotonda Av. Libertador norte y Av. Alvear este, donde perdió el dominio de la misma y protagonizó una caída. A raíz de esta, impactó con su sector frontal al sector izquierdo del automóvil Fiat Palio, dominio BNK 626, conducido por el Sr. Enrique Ramón González, quien se desplazaba por el carril Norte de Av. Alvear en dirección Este a Oeste».

Para así resolver, el juez valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones de Gonzalo Ariel AVECILLA, Mario Rubén Blanco, Salvador Segarra, junto a la prueba instrumental incorporada durante el debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de González interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474 del CPP, así como con los arts. 16, 18, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 de la CN y las leyes provinciales 6.082 y 9.024.

Cuestiona que la sentencia de condena realiza un análisis erróneo y desacertado de las circunstancias fácticas del siniestro acreditadas en el debate.

Destaca que la razón principal para condenar a González reside en una indebida interpretación del principio de prioridad del paso el que, a criterio de la defensa, cede por el incumplimiento de normas legales por parte de Avecilla.

Entiende que el siniestro se explica de forma exclusiva por la conducta de Avecilla.

Así, menciona que la víctima de autos tenía prohibición absoluta para circular, que conducía en exceso de la velocidad permitida, que había perdido dominio del ciclomotor luego de caer en la calzada.

Además, afirma que el juez de instancia anterior no valoró el lugar en el que se produjo el siniestro, el que posee abundante tránsito vial e interurbano, lo que imponía mayores deberes de cuidado a la víctima, como tampoco la pericia mecánica.

Critica que la sentencia exija a González el respeto por la norma de prioridad de paso de una forma imposible en la práctica, según su criterio.

Cita jurisprudencia sobre responsabilidad civil vinculada con la prioridad de paso, lo que contradice la interpretación expuesta en la condena.

En consecuencia, solicita la nulidad de la sentencia y la absolución de su representado.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a favor de la procedencia formal del recurso interpuesto, aunque propicia su rechazo sustancial.

Destaca que el remedio procesal formulado sólo refleja la disconformidad con la valoración probatoria realizada en la sentencia, sin exponer vicios que fundamenten su anulación.

Comparte la valoración de la sentencia acerca de que el acusado debió haber frenado y esperado a que la víctima terminara de circular por la rotonda para luego avanzar, lo que no hizo y provocó la caída, el impacto y las lesiones producidas a la víctima.

Específicamente refiere que la conducta violatoria del deber de cuidado se configuró al no respetar la prioridad de paso de circulación en una rotonda, lo que creó un peligro concreto para el bien jurídico protegido; lo que dio como resultado las lesiones constatadas en la víctima.

Destaca que en la resolución de instancia anterior se abordó y rebatió cada uno de los argumentos desarrollados por la defensa durante el debate, por lo que entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada. Por todo lo expuesto, solicita la confirmación de la sentencia de la instancia previa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado González, corresponde adelantar que la impugnación no debe prosperar.

Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

La crítica defensiva se circunscribe a cuestionar la valoración de la plataforma fáctica acreditada en el hecho y la atribución de responsabilidad a González bajo el argumento según el cual las lesiones sufridas por Gonzalo Avecilla resultan de su exclusiva responsabilidad.

Considera que la norma de prioridad de paso en las rotondas debe ceder ante las innumerables

infracciones viales cometidas por la propia víctima.

En primer término, corresponde destacar algunas cuestiones sobre la plataforma fáctica, para luego analizar si es resultado de lesiones de Gonzalo AVECILLA se explica por el comportamiento del acusado o por el propio comportamiento de la víctima.

En este sentido, ha sido debidamente valorado por el juez de instancia anterior como hechos no controvertidos, que en fecha 7 de enero de 2019, alrededor de las 15:20 hs, Gonzalo AVECILLA circulaba en un motovehículo por el interior de la rotonda ubicada en Av. Libertador norte y Av. Alvear este, cuando perdió su dominio, se cayó, e impactó con el sector frontal del motovehículo en el sector izquierdo del automóvil conducido por Enrique Ramón González, quien se desplazaba por el carril norte de Av. Alvear en dirección este a oeste.

Por su parte, tampoco estuvo controvertido que el lugar se encontraba en buen estado de conservación, seco, con buena visibilidad y que González contaba con una visibilidad de entre cincuenta y ochenta metros.

Ahora bien, se encuentra discutida por la defensa la dinámica del accidente y las competencias de quienes intervinieron en virtud de las exigencias que impone la normativa para el tráfico vial. Respecto a la dinámica del hecho comparto la valoración del juez de sentencia acerca de que se encuentra acreditado por los testigos Mario Rubén Blanco y Salvador Segarra que el motovehículo cruzaba la rotonda cuando Gonzalo AVECILLA se cayó e impactó contra el automóvil que circulaba por la calle Alvear este.

Segarra específicamente declaró que el motovehículo iba «ligero [y la víctima] se tiró de la moto», que si bien no alcanzó a ver el impacto, a su parecer el automóvil «[...] se le cruzó, le tenía que dar prioridad a la moto» (ver registro audiovisual de la audiencia desarrollada en fecha 12 de abril de 2019 a partir del minuto 27:35).

Coincide con estas declaraciones lo que atestiguó la víctima respecto a que transitaba por la rotonda cuando ingresó en ella un automóvil Fiat Palio y frenó para intentar no chocarlo, esto fue lo que le produjo la caída y posterior choque (ver registro de esa misma audiencia a partir del minuto 7:10).

A ello se agrega el informe del perito ingeniero Gatica ofrecido por la defensa, en el que se describe que «[s]e produce el contacto entre ambos protagonistas cuando el motociclo que se encontraba en una posición de desplazamiento apoyado con su flanco izquierdo sobre la calzada, embiste el sector medio inferior, rueda sector trasero del Fiat Palio, en el punto del límite entre los dos cuadrantes mencionados. (El motociclo, en mi opinión realizaba el giro de la rotonda, transitando la misma, al pasar por sobre la tapa de limpieza de canales o hijuelas que pasan por debajo del monolito, con una inclinación apropiada según su velocidad de desplazamiento, inclina mucho el motociclo en este sector, resbalándose en la tapa y cayendo al piso, siguiendo la trayectoria descrita de arrastre)».

Entiendo que el juez analizó correctamente la atribución de responsabilidades del accidente, al imputar al comportamiento de González las lesiones que sufriera AVECILLA por haber infringido la norma vial.

Esto, por cuanto esta infracción fue la que primordialmente explica el hecho que produjo las lesiones. Si bien el juez toma en consideración que tanto autor como víctima infringieron normas viales, es la violación a la prioridad de paso a quienes se encuentran circulando en una rotonda la que explica el hecho acaecido.

En otras palabras, si bien se toma en consideración que tanto autor como víctima habían sobrepasado el riesgo permitido del tráfico vial, la violación de la norma de prioridad de paso de quien circula por la

rotonda es lo que explica principalmente la posterior colisión que produjo las lesiones a Avecilla.

El art. 45 de la **ley 9.024** establece las prioridades de paso entre peatones, ciclistas y conductores de vehículos y prescribe que cuando un ciclista o conductor llegue a una bocacalle o encrucijada debe, en todos los casos, ceder el paso a todo vehículo que se presente por una vía pública situada a su derecha. A ello agrega que esta prioridad es absoluta y sólo se pierde en los casos establecidos por la ley, entre los que se destaca el previsto en el punto 6: las reglas especiales para rotonda.

La norma es completada por las previsiones del art. 47 del ese cuerpo normativo, que en su inciso e explica que «[s]i se trata de una rotonda, la circulación a su alrededor será ininterrumpida, sin detenciones y dejando la zona central no transitable, a la izquierda. Tiene prioridad de paso el que circula por ella, sobre el que intenta ingresar, debiendo cederla al que egresa».

En este sentido, y como se advierte, la norma vial ordenaba a González ceder el paso y respetar la prioridad de la rotonda, lo que no realizó, aumentando en consecuencia el riesgo que la norma procuraba reducir al mínimo. Según consta en el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense, el automóvil marca Fiat modelo Palio, circulaba por el carril norte de Av. Alvear este en dirección hacia el oeste y poseía sistema de frenos, lumínicos y sonoros con funcionamiento normal.

Al respecto, la pericia realizada por el ingeniero Gatica agregó que la velocidad aproximada a la circulaba González previo al impacto era de 24 km/h. Es decir, González ingresó a la rotonda por Av. Alvear a una velocidad de 24 km/h, en infracción de la orden legal de ceder el paso a quienes se encontraban circulando por aquélla.

En este contexto, también cobra importancia lo que fue reconocido por la defensa acerca de que González poseía, desde donde se encontraba, una visión que comprendía los cincuenta y ochenta metros de distancia, debido a que el hecho ocurrió a plena luz del día y con buena visibilidad.

Estas condiciones de visibilidad le permitieron visualizar que alguien circulaba por la rotonda por lo que, en función de la norma vial citada, debió detener el paso y respetar el orden de prioridad de quien circulaba por la rotonda. Este comportamiento consistente en ingresar en la rotonda a 24 km/h infringiendo el orden de prioridad legalmente establecido, es lo que produjo el intento de freno de la motocicleta conducida por Avecilla, lo que ocasionó la caída y posterior colisión.

Estimo pertinente, a los fines de analizar la relevancia jurídico-penal de la aportación, destacar que Avecilla embistió con su motocicleta al acusado de autos.

Ahora bien, la imputación penal no se define con la mera determinación de la secuencia físico-temporal del hecho, sino que el eje a analizar se circunscribe a los **ámbitos de competencia** de quienes intervinieron en el suceso para determinar su atribución de responsabilidad. En particular, el injusto de los delitos contra las personas consiste en arrogarse un ámbito de organización ajeno, del que la persona se convierte en garante más allá de quién ejecute el último acto material.

Sin embargo, tal arrogación no se configura en los supuestos en los que la **propia víctima** participa del hecho responsablemente y puede ser considerado el suceso como una autoorganización de una persona responsable.

Lo determinante para la atribución penal del hecho lesivo no es quien actuó en último lugar, sino quién es la última persona responsable/competente por el suceso.

Este criterio nos permitirá distinguir entre supuestos de heterolesiones y autolesiones, cuando en el curso

causal haya intervenido la víctima.

Dicho de otro modo, se configurará **una heterolesión** cuando el autor haya adquirido competencia por el hecho después de la víctima, aunque esta última sea quién actuó en último lugar ocasionándose la lesión. En cambio, será autolesión impune cuando la víctima sea la última persona competente por el hecho y responsable de la evitación del daño; aún cuando un tercero haya «causado» el hecho dañoso.

En síntesis, lo decisivo entonces para determinar quién responde por el suceso lesivo no es quién tuvo el dominio del hecho en sentido naturalístico, ni quién actuó en último lugar; sino establecer quién detenta la incumbencia, la competencia por ese curso lesivo.

Para definir esta competencia, criterio fundamental para atribuir responsabilidad penal por el hecho, deberá analizarse el suceso de acuerdo con criterios de imputación objetiva.

Así, la cuestión a resolver se circunscribe a si la colisión de Avecilla con su motocicleta contra el vehículo de González configura una heterolesión atribuible al acusado de autos o una autolesión impune.

Al respecto, la defensa pretende imputar el suceso de forma completa y exclusiva al comportamiento de la víctima con alusiones a las infracciones viales cometidas por ella al circular con el motovehículo.

Como debidamente ha expuesto el juez de instancia anterior, el caso merece ser analizado a la luz de la **Teoría de la imputación**, con distinción entre imputación del comportamiento de la del resultado.

Como expuse en el **precedente «Fernández Salinas»**, el análisis dogmático del hecho en la imputación del tipo objetivo requiere del estudio de la conducta de la víctima en dos niveles de análisis.

Por un lado, requiere un tratamiento dentro del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva **-la imputación objetiva del comportamiento-**, como un supuesto capaz de adscribir el suceso, por completo, al ámbito de responsabilidad de la víctima. Es decir, excluir la tipicidad de la conducta a raíz del imperio del principio de autorresponsabilidad de la víctima.

Por otro lado, corroborado que el comportamiento del autor ha superado los distintos filtros de imputación que componen la imputación objetiva del comportamiento **-riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y la adscripción del suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima-**; existen casos donde el comportamiento observado por ésta puede incidir en el segundo nivel de análisis del tipo objetivo, la imputación objetiva del resultado.

Entre ellos, se destacan las hipótesis donde la conducta de la víctima no interrumpe el nexo de imputación y, a pesar de ello, resulta evidente que el resultado también está relacionado con ella, puesto que éste sólo puede explicarse por la presencia conjunta de ambos comportamientos riesgosos. Son los casos de confluencia o concurrencia de riesgos.

Analizado ello en el caso de autos, y como se dijo, la pretensión defensiva exige la adscripción total del hecho a la responsabilidad de la víctima por las infracciones viales cometidas, criterio que no comparto.

En este sentido, la defensa puntualiza que la víctima conducía por encima de la velocidad permitida y perdió el dominio de la conducción del motovehículo, lo que produjo que embistiera a González. Puntualiza que ello implicó la violación de los arts. 39 **-respeto de las indicaciones de la autoridad de aplicación y de las señales de tránsito-**, 42 inc. b **-circulación cuidadosa y con precaución, con conservación del dominio del vehículo-**, 52 inc. 1 **-habilitación para conducir-** y 60 **-límites de velocidad-**, todos de la ley 9.024. Los preceptos viales citados son criterios generales establecidos con el fin de

disminuir al mínimo tolerable los peligros que genera el tráfico vial. Si bien la violación normativa por parte de Gonzalo Vecilla aumentó el riesgo propio de la actividad, no es lo que explica de forma exclusiva y preeminente la pérdida de control de motociclo, la caída y posterior colisión. Por el contrario, el accidente que causó las lesiones a Vecilla se explica principalmente por la infracción a la norma de prioridad de paso de las personas que se encuentran circulando por una rotonda, como ya expliqué. Es decir, la última persona competente por el hecho lesivo padecido por Vecilla es el acusado González al haber infringido la norma vial que explica el suceso.

Así, luego del desarrollo expuesto puedo afirmar que el caso configura un supuesto de heterolesión imputable a González, aún cuando quién embistió y actuó en último lugar haya sido la víctima Vecilla.

Comparto con el juez de instancia anterior que las infracciones viales de la víctima pueden comprender infracciones administrativas que deben generar la pertinente responsabilidad, por una parte. Por otra, que deben ser tomadas en consideración a la hora de la determinación de la pena.

De tal manera, ello, sumado a las demás razones expuestas por juzgado –la actitud inmediatamente posterior de González de asistir a Vecilla colocándole una campera debajo de su cabeza, la velocidad a la que conducían tanto el autor como la víctima, por destacar las más relevantes–, tornan debidamente fundada la pena impuesta en la instancia previa.

En efecto, entiendo correcta la conclusión expuesta por el juez de instancia anterior acerca de que la violación a la norma vial de prioridad de paso a quienes se encuentran circulando en una rotonda es la que explica el hecho investigado.

Si bien tanto autor como víctima sobrepasaron el riesgo permitido del tráfico vial, la violación de la norma de prioridad de paso de quien circula por la rotonda es lo que explica principalmente la posterior colisión que produjo las lesiones a Vecilla.

En tanto que las infracciones por parte de la víctima fueron debidamente tomadas en consideración al momento de determinar la sanción a imponer al acusado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA

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

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

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

8- BAZAN MASUECO. 08-08-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230808_FcBMC.pdf

Lex: Art. 89 en función del art. 92, 80 inc. 1° y 11°, 55, 183, 5, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP. Art. 4 ley 26485. Art. 412 del CPP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Concurso real. Daño simple. Lectura de fundamentos. Valoración de la prueba. Retracción. Ciclo de la violencia. Violencia doméstica. Ausencia de fundamentación del monto de la pena mínima.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena **seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y mediar violencia de género en concurso real con daño simple, revocando la condicionalidad de la ejecución de la condena que se le impuso en la causa n° P- 60.027/20, y se unificaron las penas en la pena única de tres años de prisión en cumplimiento efectivo, pago de costas y accesorias legales.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 11229, pronunciada por el JPC N° 2° - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración de la prueba. Perspectiva de género

- Galdeano Reyes.31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha Jesús: 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Di Cesare. 28-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=814>
- Acuña.
- Hisa. 28-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Tapia Castillo. 14-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_FcTCJ.pdf
- Tapia Castillo. 21-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcTCJ.pdf
- Lorente
- Cruz Caporicio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Rodríguez Vázquez. 30-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf
- Basualdo Reyes.
- Martínez Sepúlveda.
- Rodríguez Matolini. 20-09-18: <https://jusmendoza.gob.ar/suprema-corte-sala-2-sentencias-penales/>

- Mercado Orozco: 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- De Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Precedentes relacionados.

Valoración de la prueba. Perspectiva de género

- Concha, Jesús.
- González Pringles.
- Ojeda Pérez. 22-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
-

Retractación. Perspectiva de género

- Aguilera. 07-05-18.
- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Ortíz Agüero. 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tello Sanchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>
- González Abrego. 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Narvárez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>

Doctrina citada

CAFFETARA NORES, José I. – **TARDITTI**, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, T. 2, ps. 281-283, Córdoba: Mediterránea.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06926619-8/1((018502-21303)) F. C/ BAZAN MASUECO, CARLOS DANIEL P/.."" (S.) (21303) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106172195*

En Mendoza, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06926619-8/1 caratulada "F. c/ B. M., C. D. P/ ... S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de C. D. B. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.229 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa N° P- 21.303/22, a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja y mediar violencia de género en concurso real con daño simple (art. 89 en función del art. 92, 80 inc. 1 y 11, 55 y 183 del CP; art. 4 ley 26.485; art. 5, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP; art. 415, 557 560 y conc. del CPP).

Asimismo, se revocó la condicionalidad de la ejecución de la condena que se le impuso en la causa n° P- 60.027/20 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1, en fecha 24 de septiembre de 2021, mediante sentencia n° 8.828 (art. 27 y 28 bis del CP), y se unificaron las penas en la pena única de tres años de prisión en cumplimiento efectivo, pago de costas y accesorias legales (art. 12, 15, 29 inc. 3, 40, 41 y 58 del CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado que «[...] el día 27 de febrero de 2022, siendo las 02:00 horas, en el domicilio sito en Barrio de Las Heras, B. M. C. D. tras discutir con su ex pareja, O.S.R.D., golpeó en la cara y en el cuerpo a la víctima cuando se defendía, provocándole una equimosis rojizaviolácea de 2 cm de diámetro aproximadamente en región supraciliar externa derecha, una equimosis rojiza de 2 cm de longitud aproximadamente en párpado superior derecho, una equimosis violácea de 2 cm de diámetro aproximadamente en región supraciliar externa izquierda y tres equimosis violáceas, la mayor de 4 cm de diámetro aproximada en dorso de mano derecha. Acto seguido B. M. C. D. tomó el teléfono celular marca Samsung J2 color rosado metalizado, perteneciente a su ex pareja y lo tiró contra el piso provocando la rotura de pantalla. Las lesiones descriptas [produjeron] un tiempo de curación e inutilidad laboral inferior al mes de conformidad con lo constatado por el Cuerpo Médico Forense de Mendoza» (ver sentencia, considerando, punto I).

Para así decidir, la jueza de la instancia anterior valoró, entre los principales elementos de prueba, la declaración de la denunciante y de testigos, así como el acta de procedimiento e informes del Cuerpo Médico Forense (CMF) y Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) incorporados al debate (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 04:50).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación conforme lo dispuesto por el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En este sentido, entiende que la sentencia impugnada es nula, a tenor del art. 412 del CPP, al privar del derecho de defensa a su asistido al encontrarse detenido a la hora de la audiencia de lectura de los fundamentos en tanto no se dispuso su traslado a la sala de audiencias. Detalla que no es suficiente la presencia del abogado defensor.

Afirma que los testigos fueron claros en el sentido que B. no golpeó ni le rompió el celular a la denunciante, sino que aquél se limitó a cubrirse para evitar los golpes de O.S.R.D., quien en un momento se golpeó la cara con su celular para incriminar a B. porque tenía conocimiento que se encontraba en libertad condicional y le gritó que lo denunciaría para «mandarlo en cana».

Señala que la juzgadora excedió el marco de la sana crítica racional al meritar la credibilidad de los dichos de O.S.R.D. según la vulnerabilidad y antecedentes de violencia familiar de la misma, y que tres testigos presenciales fueron contestes en afirmar que B. no la golpeó, ni le rompió el celular.

Agrega que la testigo presencial M. G. declaró que O.S.R.D. le quiso pegar con el celular a B. y se le cayó, que éste no la trató mal en ningún momento e intentaba de defenderse con el bebé en brazos.

Al respecto, la defensa reseña los dichos de esta testigo cuando afirmó que «ella estaba como loca y no [le] dejaba llevar el bebé por el estado en que ella se encontraba [...] el celular en todo momento lo tuvo ella en la mano, yo vi cuando ella le pegaba con el celular y en un momento se le cayó [...] no vi lesiones en ningún momento. Vi que ella se le iba encima, él se cubría y ella le decía ¡te voy a meter en cana, te voy a hundir!».

Expresa que el testigo A. M. C. manifestó que la denunciante se pegaba ella misma y no vio en ningún momento que B. le pegara. Él tenía el bebé alzado y se cubría.

Ella rompió el celular y después lo tiró al piso y le dijo que lo iba a meter preso. Indica que el testigo J. L. declaró que O.S.R.D. le pegaba a B. y cuando le quiso pegar con el celular se le cayó.

Afirma que los tres testigos mencionados dan cuenta de la verdad de lo sucedido y desvirtúan el relato de O.S.R.D. que fue la única prueba aportada por la Fiscalía.

Refiere que la sentencia no contiene fundamentación en cuanto a la calificación legal atribuida a la conducta de B. M., por lo que carece de motivación y la torna arbitraria y nula.

Agrega que la sentenciante no se pronunció sobre los motivos por los que aplicó la pena impuesta a su asistido.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar refiere que el recurso debe ser rechazado.

Señala que no se vulneró el derecho de defensa del acusado, en tanto si bien éste no estuvo presente en la audiencia cuando se leyeron los fundamentos de la sentencia, sí lo estaba su defensa técnica.

Señala que tampoco proceden los agravios relativos a la valoración de la declaración de la víctima, porque la sentenciante ponderó elementos periféricos que avalaron el relato de aquélla, tales como el acta de procedimiento policial, informe del Cuerpo Médico Forense (CMF) y del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), dentro de la normativa pertinente y una perspectiva de género.

Expone que tampoco proceden los agravios relativos a la valoración de las declaraciones de los testigos, en tanto se argumentó acerca de contradicciones entre las mismas y su confrontación con el informe del CMF del que derivó que las lesiones de O.S.R.D. no fueron autolesivas y que en el acusado no se verificaron lesiones.

Agrega que la juzgadora también hizo referencia a los antecedentes de violencia y los vaivenes de la pareja y contexto de violencia de género conforme el informe del EPI.

Concluye que los agravios revelan la discrepancia de la defensa propia de su labor que no menoscaba la contundencia de los fundamentos de la sentencia impugnada.

Sin perjuicio de lo expuesto, expresa que las críticas fundadas al proceso de determinación de la pena ameritan hacer lugar al recurso de casación, porque la sentenciante incurrió en la causal de nulidad del art. 416 inc. 4° del CPP, «al no exponer las razones que la condujeron a la imposición de la pena, explicando en la mensuración cómo gravitaron las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CPP», según se advierte de la reproducción del audio y video correspondiente al día 22 de junio de 2022 en que se brindaron los fundamentos de la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa, y en razón que el hecho denunciado y la sanción impuesta a B. aconteció en contexto de género, procederé a la revisión del caso conforme estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

Sobre el particular, me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que destacué la importancia de partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros).

También en el pronunciamiento en **pleno «Hisa»** hice referencia al estándar, punto de partida, del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la **Corte IDH en el caso «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»**; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y, al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Conforme lo expuesto, procederé al análisis de la sentencia cuestionada y así resolver si contiene o no motivación válida y con perspectiva de género, y se ajusta o no al derecho aplicable al caso. Veamos.

a- Falta de presencia del acusado en la audiencia del dictado de los fundamentos de la sentencia

a.- En cuanto al agravio relativo a la falta de presencia del acusado en la audiencia del dictado de los fundamentos de la sentencia, no corresponde la declaración de nulidad del acto sentencial en tanto el acusado estuvo presente al dictado de la parte resolutive de la sentencia, y en el dictado de los fundamentos sólo estuvo presente su letrado defensor (ver registro audiovisual de fecha 13 de junio de

2022, a partir de hora 01:06:20 y registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 00:33).

Esto así, porque en la audiencia de fecha 13 de junio de 2022, la sentenciante procedió a dar lectura de la parte resolutive de la sentencia y dio los fundamentos relativos al hecho atribuido al acusado, la condena impuesta en la presente causa, el proceso de revocación de la condicionalidad de la ejecución de la condena impuesta en la causa N° P-60027/20 el día 24 de setiembre de 2021 mediante sentencia n° 8828, y de la unificación de las penas en la pena única de tres años de prisión en cumplimiento efectivo (ver registro audiovisual de fecha 13 de junio de 2022, a partir de hora 01:05/37).

Asimismo, no se advierte interés en el planteo de nulidad porque la defensa técnica estuvo presente en la audiencia de fecha 22 de junio de 2022, oportunidad en que no cuestionó la falta de presencia de B. durante el desarrollo de la misma y, por su parte, critica los fundamentos de la sentencia a través del planteo del presente recurso de casación.

Al respecto, según jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, el sistema procesal local no admite la declaración de **nulidad** de los actos procesales por la nulidad misma dada la gravedad de dicha sanción, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes.

Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquellas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés (ver, al respecto, «**Tapia Castillo**», «**Acuña**», «**Lorente**», entre otros).

El art. 412 del CPP requiere, bajo sanción de nulidad, **la convocatoria a las partes a la audiencia y la lectura de la sentencia**. En relación con la cuestión vinculada a si la previsión de la sanción comprende la presencia en la audiencia de la persona acusada privada de libertad, se sostiene que cuando se hiciera necesario diferir la redacción y lectura de los fundamentos de la sentencia para una audiencia posterior, y sólo se lee la parte dispositiva de la sentencia con la presencia de la persona acusada privada de libertad en la audiencia después de finalizada la deliberación, no se trataría de un supuesto de nulidad absoluta la no comparencia de la persona acusada a la audiencia de la lectura de los fundamentos si estuvo presente la defensa técnica y pudo recurrir en término la sentencia condenatoria (ver, al respecto, **CAFFETARA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, T. 2, ps. 281-283, Córdoba: Mediterránea**).

El sentido de la disposición de la norma es que las partes conozcan la decisión jurisdiccional y sus fundamentos. De tal manera, si la audiencia se realiza sin la presencia de la persona acusada que se encuentra privada de su libertad, porque existió algún inconveniente con su traslado, o porque notificado de la audiencia se negó a concurrir, o el motivo que fuera, pero aún así es posible afirmar que tomó conocimiento efectivo de la parte resolutive de sentencia y de sus fundamentos, no se advierte el interés en la declaración de nulidad. De sostenerse lo contrario, esto es, que se trata de una nulidad absoluta, no se explicaría por qué la asistencia de las partes a la audiencia no es obligatoria al disponer el art. 412 del CPP que la lectura se realizará ante quienes comparezcan.

Ahora, si bien es una buena práctica que al momento de la lectura de fundamentos que comparezca la persona imputada privada de su libertad, lo cierto es que **su ausencia no torna nulo el acto**. Esto por cuanto, **no se advierte un vicio insubsanable** derivado de su mero incumplimiento pues, como se dijo, la defensa se encontraba presente en la audiencia y ha ejercido el derecho a impugnar la sentencia a través del recurso ahora analizado.

Sentado lo que antecede, debe desestimarse el agravio analizado, ya que el acusado ejerció su derecho de defensa y fue oído durante todo el presente proceso penal.

b- Valoración de las declaraciones testimoniales

b.- Ahora bien, a partir de una recapitulación de los cuestionamientos relacionados con la valoración de la declaración de O.S.R.D., de la testigo M. G. y los testigos A. M. C. y J. L. en la audiencia de debate, la defensa afirma que la motivación de la sentencia es arbitraria porque otorgó credibilidad al relato de O.S.R.D. Ello, a pesar que los testigos declararon que con la denuncia pretendió perjudicar a B. porque sabía que se encontraba con libertad condicional, y que fue O.S.R.D. quien agredió al acusado que trataba de defenderse con el bebé en brazos, y después ella misma tiró al suelo su teléfono celular.

En la sentencia en crisis se valoró la declaración de O.S.R.D. como creíble por su **espontaneidad, veracidad y consistencia**, y su versión de los hechos fue corroborada con elementos periféricos tales como el acta de procedimiento policial, el informe médico del CMF y el informe psíquico del EPI, ya que no hubo testigos presenciales del momento en que se produjeron las lesiones y existieron contradicciones en las declaraciones de los testigos presenciales de otras secuencias de los hechos (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 13:01).

Así pues, la jueza de la instancia anterior en el proceso de valoración de la declaración de O.S.R.D. y del resto de las pruebas incorporadas al debate, analizó distintos momentos en que ocurrieron los hechos, los que fueron meritados dentro de la sana crítica racional y estándares en materia de prueba de relatos de mujeres víctimas de violencia familiar y por razones de género.

En primer lugar, la jueza de la instancia previa argumentó que O.S.R.D. relató que había concurrido con su hijo al domicilio del acusado, porque el día anterior B. fue a su casa a pedirle que concurriera con el niño al festejo de su cumpleaños. Agregó que O.S.R.D. relató que al principio estaba todo bien, que estaban en el living de la casa junto a M. G. –quien era como la madre de B.– A. M. C. –pareja de G.– y J. L. que también cumplía años, y que tomaron cerveza. Luego, arribaron unas sobrinas y una de ellas le preguntó si conocía a un tal D. y le respondió que sí. Como esta persona tenía problemas con el acusado comenzó una discusión, por lo que decidió irse del lugar por la escena de celos desplegada por el acusado. A ello, agregó que se retiró entre las 21:30 hs. y las 22 hs. (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 04:55 y declaración de O.S.R.D. en registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 02:35).

En la sentencia, se sostuvo que la declaración de O.S.R.D. en cuanto al primer tramo del hecho fue validada con el acta de procedimiento policial que no daba cuenta de algún estado de alteración de la misma, sino que pedía que le devolvieran a su hijo, y que por el contrario, sí existió un estado de intoxicación en B. según el acta de procedimiento policial –y negado por los tres testigos– ya que se consignó que «se encontraba visiblemente alcoholizado y fuera de sí», es decir, en evidente estado de intoxicación (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 16:55; acta de procedimiento de fs. 23 y vta. y declaración de O.S.R.D. en registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 06:15).

Se aclaró en la sentencia, que si bien el relato de O.S.R.D. al principio estaba algo desordenado por la forma de hablar de aquélla, a preguntas de Fiscalía declaró sobre la dinámica en que se produjeron los hechos. Así, se afirmó que O.S.R.D. manifestó que se retiró del lugar entre las 21.30 y 22 hs. para no tener problemas, que estuvo ausente media hora y que cuando regresó para llevarse a su hijo, M. G. la increpó y le dijo que había abandonado a su hijo. Por su parte, B. le dijo que no quería que se llevara al niño, que «era una reventada» acusándola que estaba alterada, y que ella observó que B. se encontraba muy alcoholizado y drogado, porque había alcohol y drogas en ese festejo y ella quería llevarse a su hijo porque era tarde (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 08:52).

A continuación, en la sentencia se argumentó que, en la secuencia de los hechos en que O.S.R.D. quería llevarse al niño, se produce «una discusión con tironeos y estando en la pieza del lugar, B. le habría inestado un golpe, el Sr. B. a ella, y ella se habría defendido devolviéndole el golpe y que en un momento el Sr. B. tomó el teléfono y le dijo que si él no tenía teléfono ella tampoco iba a tener y lo estrelló contra el piso, produciendo los daños que se han constatado en el teléfono, como así también las lesiones constatadas en la persona de la Sra. O. En esa oportunidad ella logra llevarse a su hijo y se retira del lugar con su hijo en brazos.

Dice que a los minutos sale detrás de ella el imputado en autos [...] y que la agarra, se vuelve a producir un forcejeo esta vez en la calle y que ella para evitar mayores daños a su hijo que se encontraba en sus brazos, [en tanto] refiere que el cuellito del niño habría quedado expuesto a que lo ahorcara por el tironeo [...] le permite que él vuelva a tomar el hijo y lo retorna a la casa.

Que allí se larga a llorar, que empieza a pedir ayuda, que habían sido contantes los golpes y las agresiones y que ya estaba desesperada, que empieza a pedir ayuda, que acuden unos vecinos, que realiza la denuncia, que le pide que llamen a la policía y se queda esperando o trata de ir a la comisaría a realizar la denuncia para poder recuperar a su hijo» (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 10:16 y declaración de O.S.R.D. en registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 07:45).

Seguidamente, la jueza de la instancia anterior expresa que «en ese contexto dice [O.S.R.D.] que se demora un tiempo en volver a la casa [donde se festejaban los cumpleaños de B. y de L.], que la policía no acude al momento, que no aparece la policía, que ella sentía que su hijo estaba con el Sr. B. que se encontraba en estado de intoxicación. Entonces que vuelve a la casa para volver a reclamar a su hijo porque veía que la policía no llegaba, y que en ese retorno vuelve a producirse una discusión [...].

Vuelve a exigirle que le entregue a su hijo, que ahí el Sr. B. le dice que esta vez no se lo va a llevar, que no le va a hacer lo mismo [...] y allí es cuando llega la policía y se produce el acta de procedimiento policial que da cuenta de la situación» (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto desde 11:48 y declaración de O.S.R.D. en registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 13:48).

Posteriormente, en la sentencia se analizó la teoría del caso presentada por la defensa técnica de B. que sostuvo que la denunciante pretendió perjudicar a B. según las declaraciones de la testigo M. G. y los testigos A. M. C. y J. L.. La jueza de la instancia previa meritó las pruebas testimoniales de descargo mencionadas en forma individual y junto con la declaración de O.S.R.D. y el resto de las pruebas referidas, y concluyó que la testigo y los testigos del círculo íntimo de B. fueron inconsistentes, porque ninguno dio cuenta de las circunstancias por las que se produjeron los hechos.

Además, refirió la jueza que no fueron espontáneos, sino que se trató de «una historia armada para mejorar la situación de B.», que incurrieron en contradicciones en sus declaraciones y sus relatos no coincidieron con las lesiones objetivamente constatadas de visu y por el CMF en O.S.R.D., ni con la rotura del celular, ni con la circunstancia que a B. no se le constató ninguna lesión (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 30:04).

En tal sentido, la sentenciante afirmó que M. G. tuvo muchas inconsistencias en su relato, que «buscaba sin lugar a dudas beneficiar la posición del Sr. B., perjudicar la posición de la víctima del delito [...]. [Así] da cuenta de un mínimo consumo de alcohol por parte del Srs B. [...] circunstancia que no coincide con el acta policial». Señaló la juzgadora que excedía de todo sentido común y de razonabilidad, la afirmación de la testigo que las lesiones de la denunciante se las produjo B. al defenderse de las agresiones de O.S.R.D., ya

que no podía inferirse razonablemente que B. no hubiera sido lesionado de una agresión con mano cerrada y con un elemento contundente como era un celular, como declaró la testigo que O.S.R.D. le pegaba al acusado hasta que se le cayó el celular al piso (ver registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 44:20).

Agregó la sentenciante que, en cambio, las lesiones en el ojo derecho, en la cara y en la mano derecha constatadas en O.S.R.D. por el acta de visu y el CMF eran contestes con su relato en cuanto se defendía de B. y que la testigo G. tampoco pudo precisar en qué momento se produjeron las lesiones en O.S.R.D. (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 21:40 y declaración de M. G. en registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 35:15).

Asimismo, la jueza de la instancia previa al ponderar la declaración de A. M. C. –pareja de M. G.– expuso que si bien manifestó que el día del hecho festejaban un cumpleaños y él hacía un asado en el que tomaban bebidas alcohólicas, sólo hizo referencia al tercer momento en que O.S.R.D. regresó a la vivienda en horas de madrugada y golpeó la puerta para reclamar por su hijo y que estaba alterada, ocasión en que manifestó fuera de toda razonabilidad que lesionó a B. con su celular «con golpes de puño en la cara [...] y con el mismo celular se pegaba ella misma [...]. [Todo ello] como a las dos de la mañana» y que lo denunció para perjudicarlo (ver registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir de hora 01:02:25).

En cuanto a la declaración de J. L. –hijo de M. G.– argumentó la sentenciante que el testigo también manifestó que fue O.S.R.D. quien rompió su celular para perjudicar a B. (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 28:39). Así pues, L. declaró en la audiencia que cumplió años el mismo día que el acusado, y que al festejo llegó O.S.R.D., que pasadas dos o tres horas se «puso loca» y le empezó a pegar a B. con el celular, que él le pedía que no le pegara y que le decía que no quería que se llevara al bebé. Aclaró que O.S.R.D. cenó con ellos porque el acusado la invitó al cumpleaños y que no sabía por qué motivo empezó la discusión, que tomaron cerveza a la tarde (ver registro audiovisual de fecha 6 de junio de 2022, video II, a partir de hora 01:11:43).

Cabe destacar también que la juzgadora **valoró la hipótesis defensiva** en relación con el perjuicio que O.S.R.D. hubiera querido ocasionar a B. al denunciarlo.

En tal sentido argumentó que «cuando va al EPI experimenta todo lo contrario. Experimenta más lo propio de un contexto de género. Experimenta una **retractación**, en donde da cuenta, en donde quiere mejorar la situación del Sr. B. porque se da cuenta que él ha quedado en prisión preventiva, que ha quedado en la Penitenciaría Provincial. [Entonces] quiere mejorar esa situación en un claro círculo de violencia de género porque ya ella misma ha reiterado distintas escenas, peleas y reconciliación, siendo esta misma escena del cumpleaños un intento de reconciliación o de participar de un hecho.

Ella relató que el Sr. B. había desaparecido por un tiempo considerable sin dar noticias ni saber ella qué era de él [...]. Ella nunca le negó la relación con su hijo» (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 20:02).

Por último, la jueza de la instancia previa meritó el contexto de violencia de género y de extrema vulnerabilidad psicológica y social en el que se encontraba inmersa O.S.R.D. el día del suceso investigado y por hechos de violencia anteriores del acusado.

Así, con explicación en el ciclo de violencia y el informe psíquico del EPI, argumentó que desde una posición de retractación y arrepentimiento a partir de un vínculo de pareja asimétrico y presencia de distintos tipos de violencias, episodios de celos, «la acusaban de ser una mala madre, una reventada, una puta que había abandonado a su hijo en el lugar» (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del

minuto 34:19).

En efecto, según el informe del EPI de fecha 3 de marzo de 2022, se concluyó que el riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital evaluado en O.S.R.D. era «ALTO», que era víctima de violencia en contexto de género con historial de violencia física y psicológica, que había transitado el ciclo de violencia doméstica y presentaba una conducta de retractación con mecanismos de autoinculpación, adjudicándose la examinada aspectos negativos de la pareja en sí misma, ocultamiento de hechos de violencia para dar una imagen positiva de la relación y de su pareja en forma dominante, minimizando y racionalizando los hechos negativos.

También se consignó en el informe psíquico citado, que el nivel alto de riesgo se estimaba por la «situación de alta vulnerabilidad» que presentaba O.S.R.D. ante la presencia de los indicadores y mecanismos antes mencionados de retractación de la denuncia, y el deseo de reanudar el vínculo de pareja con el acusado, lo que evidenciaba escasos a nulos niveles de alarma para detectar el potencial agresivo de su pareja y su situación de vulnerabilidad.

Al respecto, a lo expuesto al comienzo del punto, agrego que según jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia» (ver, al respecto, «**Cruz Caporicio**»).

Asimismo, en el **caso «Rodríguez Vázquez»** sostuve que en investigaciones y juzgamiento de ilícitos penales ocurridos en el **ámbito familiar y de violencia doméstica**, en que equipos interdisciplinarios especializados en la materia detectaron en la mujer denunciante tipos de violencias contra mujeres previstos en la ley 26.485, debe indagarse y probarse los motivos por los cuales, después de realizada la denuncia, la mujer puede presentar una manifestación de retractación en sede penal.

Ello, en tanto esa retractación puede obedecer a diversos factores, por ejemplo, ser resultado de la fase de «luna de miel o amor arrepentido» en la dinámica del **«ciclo de violencia»** en la que se minimizan hechos graves de violencia denunciados para el recupero de la libertad de su pareja, y/o temor a padecer nuevos actos de violencias como respuesta del denunciado por haber sido detenido por la denuncia penal, y/o recursos materiales insuficientes acorde a la situación de vulnerabilidad que atraviesa al momento del desarrollo del juicio penal. Sentado cuanto antecede, considero que los agravios analizados deben desestimarse, en razón que en la sentencia en crisis se ponderaron las pruebas mencionadas dentro de la sana crítica racional y estándares en materia probatoria con perspectiva de género.

c- Fundamentación de la pena

c.- Por último, la defensa cuestiona la motivación de la sentencia por arbitraria al no fundamentar la pena impuesta a B..

De conformidad con lo expuesto en los puntos a y b considero que corresponde confirmar la sentencia en cuanto a la imposición de la condena impuesta en fecha 13 de junio de 2022, por haber sido acreditado el hecho por el que fue acusado B. subsumido en el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar una relación de pareja en concurso real con daño simple (ar. 89 en función del art. 92, 80 inc. 1° y 11°, 55 y 183 del CP, art. 4 y 5 de la ley 26.485), (ver registro audiovisual de fecha 13 de junio de 2022, a partir de hora 01:06:20).

Ahora bien, en la audiencia la jueza de la instancia anterior argumentó que se le imponía al acusado la condena de seis meses de prisión de cumplimiento en efectivo, como autor penalmente responsable del

delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar una relación de pareja y violencia de género en concurso real con el delito de daño simple también en contexto de género (ver registro audiovisual de fecha 13 de junio de 2022, a partir de hora 01:05:37).

A continuación, la sentenciante argumentó que correspondía revocar la condena de ejecución condicional de tres años de prisión, oportunamente dictada en la sentencia n° 8828 por el Primer Juzgado Colegiado en fecha 24 de setiembre de 2021, en la que el acusado quedó sometido a reglas de conductas, una de ellas era no cometer nuevos ilícitos y se acreditó la comisión de un nuevo hecho ilícito en la presente causa durante el plazo de cumplimiento de la condena.

Seguidamente, expuso que correspondía condenar de manera efectiva a B. a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo por hallarlo autor penalmente responsable del delito de la presente causa y la revocatoria de la condicionalidad impuesta en sentencia n° 8828, y unificar la pena anterior con la pena impuesta en la presente causa en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Al respecto, la juzgadora argumentó que coincidía con el Ministerio Público Fiscal en cuanto a que según antecedentes de B., no existía una reiterancia en relación con delitos de violencia de género, pero por el plazo legal de cuatro años establecido en el Código Penal, la comisión de un nuevo hecho ilícito provocó la revocación de la condicionalidad que estaba sometida a su buena conducta y a la no comisión de nuevos hechos ilícitos (ver registro audiovisual de fecha 13 de junio de 2022, a partir de hora 01:05:37).

De tal manera que, si bien la jueza de la instancia previa no se pronunció en la audiencia de fecha 22 de junio de 2022 en relación con las pautas de mensura de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP al imponer a B. la pena de seis meses de prisión por el delito que fue condenado en la presente causa, lo cierto es que **impuso el mínimo legal, por lo que no se advierte el interés de la defensa** en este sentido. Si bien sobre la determinación de la pena este Tribunal tiene dicho que deben ofrecerse razones suficientes en relación con el monto de la penalidad impuesta, en función de los parámetros de mensuración previstos por los arts. 40 y 41 del CP (ver, al respecto, «Martínez Sepúlveda», «Rodríguez Mattolini», entre otros), es inherente a la presentación de un agravio en este sentido el interés en la invalidez de la sentencia que se cuestiona (art. 449 del CPP).

Así, al no advertirse ese interés en el vicio que se denuncia, el pedido de la defensa, tal como se refirió en el punto 1 del presente apartado, no constituye más que un pedido de nulidad por la nulidad misma, que no puede ser admitido.

Por las mismas razones, tampoco se advierte interés en el aspecto vinculado con la fundamentación de la unificación de pena realizada.

Esto, por cuanto la jueza unificó la pena de prisión de tres años que se le había impuesto a B. con la pena de la presente causa a seis meses de prisión, en la pena única de tres años de prisión.

A lo expuesto, cabe agregar que la defensa no cuestionó el monto de la pena impuesta, ni el proceso de unificación de las penas, por lo que el agravio expuesto en este sentido tampoco puede prosperar.

d.- Conclusión

Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado B. M., comparto con mi distinguido colega de Sala que la impugnación no puede prosperar. Ello, en tanto, y como se explica en el voto preopinante, **no se configura ninguno de los vicios denunciados**. Específicamente, en relación con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme a

las consideraciones que he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos (ver, al respecto, los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Césare Meli**», «**Zurita**», entre otros).

En función de lo expuesto, entiendo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

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

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

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

9- ARDESI. 05-09-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230905_FcAB.pdf

Lex: Art. 76 Bis del CP. Art. 26, 30 y concordantes del CPP.

Vox: SJP. Rechazo. Consentimiento fiscal. Pena de inhabilitación. Fundamentación. Arbitrariedad. Política criminal. Control de razonabilidad. Arbitrariedad. Nulidad. Lesiones culposas.

Summa:

El JPC rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de la acusada, mediante auto suscripto para fecha 6 de setiembre de 2021.

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

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa. En consecuencia, revocar la resolución de fecha 6 de setiembre de 2021 en relación con el rechazo con la suspensión del juicio a prueba rechazada.

Resolución cuestionada: Auto (06-09-21) pronunciado por el JPC N° 2° - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Moreno Frías», «Bustos Baldor», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales». (Dr. Adaro)
- «Bernaldes Vargas», «Sánchez», «Cruzate», «Pérez Martín», «Moreno Frías», «Romero Díaz», «Casanova Barosi». (Dr. Palermo)
- «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla». (Dr. Valerio).

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Linares Borobio
- Entre Ríos Oliva
- Rodríguez Rosales
- Navarrete Herrera. 20-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210120_FcNCA.pdf
- Cargnelutti Martin. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMMM.pdf
- Crescitelli Fliger.
- Barré Crespo.
- Bustos Baldor.
- Moreno Frías. 01-12-17: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- Ramón Mayorga.
- González Farías. 05-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180605_FcGFJ.pdf
- Entre Ríos Oliva.
- Rodríguez Rosales.
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcTS.pdf
- Romero Díaz. 15-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190815_FcRomero.pdf

- Rivero Oro. 22-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200522_FcROM.pdf
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Estrella.
- Luna Amaya.
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Hinojosa. 01-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcHET.pdf

Doctrina citada

BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto SRL, 2013, págs. 314/315

BORJA JIMÉNEZ, E., Curso de Política Criminal, Valencia, 2003.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», Revista Ius et Praxis, año 14, n° 1:13 -48, 2008.

Parágrafos destacados

“Al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la **motivación** están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad. “. (Voto Dr. Adaro).

“Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre la conveniencia de la suspensión (ver, al respecto, mis votos en «Bernales Vargas», «Sánchez», «Cruzate», «Pérez Martín», «Moreno Frías», «Romero Díaz», «Casanova Barosi», entre otros). En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un **concreto juicio de oportunidad político-criminal**, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional. “(Voto Dr. Palermo).

“A mi entender, el agente fiscal debe **fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta** de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–... “(Voto Dr. Valerio)

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

Fallo:

CUIJ: 13-06741229-4/1((018502-5417)) F C/ ARDESI BEATRIZ P/ LESIONES CULPOSAS (5417) (5417/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105998896*

En Mendoza, a los cinco días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06741229-4/1 caratulada "F. c/ ARDESI BEATRIZ P/ LESIONES CULPOSAS (5417/19) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Beatriz Ardesi interpone recurso de casación contra el auto de fecha 6 de setiembre de 2021, y sus fundamentos, emitido por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de la acusada.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba impetrada por la defensa de Ardesi y expuso sus razones.

Así, explicó que de acuerdo con la normativa prevista por el art. 76 bis del CP y 30 del CPP de Mendoza y la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia que el consentimiento del Ministerio Público Fiscal a los efectos del otorgamiento de un criterio de oportunidad resulta vinculante para el tribunal que resuelve. Destacó que el Ministerio Público Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal y que, en la audiencia, puso en conocimiento su intención de continuar con la acción penal. Citó, al respecto, el precedente de esta **Sala «Crescitelli Fliguer»**.

Además, agregó que resultó vinculante la falta de consentimiento fiscal en tanto cumplía con los criterios de Política criminal delineados por la Procuración General y los Fiscales Jefes.

Explicó que era su criterio considerar vinculantes los dictámenes fiscales debidamente fundados y que así consideraba el expresado por el agente fiscal en la audiencia de acusación (ver los registros audiovisuales de audiencia desarrollada en fecha 6 de setiembre de 2021 a partir del minuto 16:45).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Beatriz Ardesi interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 474 inc. 1 del CPP. Plantea que se interpretó erróneamente el art. 76 bis del CP sin reparar en el contexto normativo de mayor jerarquía.

Considera que no se han aplicado los arts. 28, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Reglas Mínimas de Mallorca y las Reglas de Tokio. Cita los **precedentes «Acosta» y «Norberto»**.

Afirma que el juzgado de la instancia previa ha abandonado su criterio jurisprudencial que permitía la concesión de la suspensión del juicio a prueba en supuestos en los que se estuviera investigando un delito

sancionado con **pena de inhabilitación** de forma conjunta o alternativa a la de prisión.

Estima inadmisibles que un delito con pena más leve reciba una solución más severa que uno con una pena más grave.

Sostiene que esta diferencia de trato resulta arbitraria y afecta el principio de proporcionalidad.

Por último, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto y señala que el Código Procesal Penal habilita el rechazo in limine de la impugnación en su art. 461 última parte, lo que entiende aplicable al presente caso.

Afirma que esta regla debe ser utilizada en circunstancias específicas, como cuando el recurso se basa en criterios adversos a los consolidados por el Máximo Tribunal, sin ofrecer argumentos novedosos tendientes a variar la jurisprudencia.

Considera que la expresa negativa fiscal, manifestada en un dictamen motivado, resulta vinculante y, en consecuencia, obsta la procedencia del instituto de suspensión de juicio a prueba.

Cita jurisprudencia de esta Sala al respecto y afirma que el **consentimiento fiscal configura un presupuesto de procedibilidad del instituto petitionado**.

En consecuencia, solicita el rechazo del recurso interpuesto por la defensa y la confirmación de la resolución de instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Beatriz Ardesi por las razones que a continuación se exponen.

De manera preliminar, se advierte que el recurso de casación planteado contra la resolución ordenada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción cumple con los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos por el art. 475 del CPP, en tanto la resolución cuestionada deniega la suspensión de la acción y, por lo tanto, resulta susceptible de ser revisado por la vía casatoria.

Asimismo, debe destacarse que se han observado los requisitos de impugnabilidad subjetiva, en razón de ser deducido por la defensa técnica de la acusada, conforme las previsiones del art. 478 inc. 3 del CPP y el sentido expuesto por este Tribunal en el **precedente «Linares Borobio»** (L.S. 335-092).

Analizados los argumentos expresados durante la audiencia preliminar, estimo que la resolución del juzgado de instancia anterior posee falencias que dan lugar a anulación.

Ello, en base a la interpretación que realiza de la jurisprudencia consolidada por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en relación con las condiciones bajo las cuales puede ser considerado motivado el dictamen fiscal ante una solicitud de suspensión del juicio a prueba y su carácter vinculante para la jurisdicción al resolver sobre su otorgamiento.

Como he explicado en reiterados precedentes sólo el **dictamen motivado** del representante fiscal resulta vinculante para quien juzga.

El órgano jurisdiccional no puede, entonces, hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado (ver al respecto **«Moreno Frías», «Bustos Baldor», «Ramón Mayorga», «González Farías», «Entre Ríos Oliva», «Rodríguez Rosales»,** entre muchos otros).

En este sentido, el criterio que el juzgado de instancia anterior y el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia preliminar sostienen respecto del precedente **«Crecitelli Fliquer»** surge de una

imprecisa y errónea consideración jurisprudencial.

En el caso «**Romero Díaz**» he abordado esta cuestión y he explicado las razones que fundamentan mi posición con suma claridad, las que entiendo pertinentes reiterar en estos autos.

La cita parcial del **precedente «Crecitelli Fliguer»** (registrado en LS 546-094), específicamente de un segmento del voto mayoritario que suscribí, resulta ser un recorte parcial del voto íntegro del colega de Sala al que adherí en aquella oportunidad, precisamente de expresiones que constituyen un obiter dictum adicional a la ratio decidendi del caso.

La **invocación fragmentada** en esos términos desnaturaliza por completo el sentido de aquella decisión.

En otras palabras, cuando se sostiene que el criterio consolidado de esta Sala de la Suprema Corte de Justicia afirma que, cuando el Ministerio Público Fiscal no presta el consentimiento, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca, pues no se trata de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del **art. 167 del CPP**, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones, se desnaturaliza la posición que he sostenido reiteradamente y se le otorga un sentido completamente distinto a la resolución que se invoca.

En efecto, en esa oportunidad se hizo lugar –por mayoría– al recurso planteado por el representante fiscal contra una resolución de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal que había concedido la suspensión del juicio a prueba a pesar de que el Ministerio Público Fiscal había manifestado en dictamen fundado su negativa.

De forma preliminar se señaló la posición que sustentó, según la cual es el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal –en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba– lo que resulta vinculante para el juzgador.

Asimismo, se efectuó el correspondiente examen de fundamentación de la negativa fiscal emitida en aquel caso por parte del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, la coexistencia de mi posición con el fragmento citado por el recurrente responde a que el voto de mi colega de Sala, doctor José Valerio, al que adherí en aquella ocasión, daba cuenta de dos posiciones jurisprudenciales diversas –la suya y la que sustentó– que conducían a la misma solución para el caso y que precisamente por ese motivo conformaban la solución mayoritaria.

Esa manera de manifestar el voto preopinante con la cita jurisprudencial de la posición que sostengo posibilitó mi adhesión, sin perjuicio de que el colega también expusiese allí su propio criterio.

Dicho con otras palabras, en el **precedente «Crecitelli Fliguer»** se acogió el recurso fiscal en razón de que éste había manifestado su negativa de forma fundada para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, lo que estimo que no ocurre en el caso de autos.

Esto satisfacía, por un lado, el criterio que sustentó y que fue detallado antes, y por otro, la posición del doctor José Valerio según la cual basta con que el fiscal manifieste su posición, sin que sea necesaria expresión de motivos alguna.

Las razones por las cuales el dictamen fiscal debe efectuarse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba, son de diverso orden y las reiteraré escuetamente en esta resolución.

En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica a mi entender en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal.

De esta forma se hace operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este

caso, a efectos de evitar arbitrariedades en el ejercicio de la acción pública.

Al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo. Esclarecido mi criterio respecto a la necesidad de contar con un dictamen fiscal razonablemente fundado para que pueda ser considerado vinculante para judicatura, corresponde que analice si el juzgado de instancia anterior examinó debidamente la posición acusatoria. Lo que estimo que no se realizó.

El Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción expresó, en primer lugar, una **errada interpretación de la jurisprudencia** de esta Segunda Sala de la Suprema Corte.

En segundo lugar, sostuvo que el dictamen fiscal cumplía con criterios de **Política criminal** delineados por el Procurador General y los Jefes fiscal.

En tercer lugar, afirmó que el dictamen se encontraba **fundado**.

Considero que todas estas afirmaciones, sin mayor análisis, no cumplen acabadamente las funciones jurisdiccionales que la judicatura debe desempeñar.

Como expuse con anterioridad, los jueces y las juezas deben garantizar el **control de razonabilidad** de los actos del Ministerio Público Fiscal a los fines de evitar arbitrariedades en el ejercicio de su función.

Específicamente, corresponde que analicen si las razones se encuentran dotadas de vigor suficiente, lo que entiendo que no se ha realizado en el caso de autos.

En efecto, cuando analizamos las razones fiscales para denegar su consentimiento aparecen tres líneas expuestas.

La primera, vinculada con los delitos que tienen prevista como sanción la **pena de inhabilitación** en general, y la posición de esa fiscalía de no prestar su consentimiento en ningún caso sin aportar razones o fundamentos.

La segunda, y vinculada con la anterior, refiere a la existencia de una resolución general que ordenaba que los agentes fiscales no prestaran su consentimiento en estos supuestos. Al respecto, el fiscal aclaró que esta resolución general había sido dejada sin efecto.

Es decir, que no se encontraba vigente.

Acerca de ello, la jueza de instancia anterior nada analizó ni explicó por qué resultaban argumentos razonablemente fundados.

La tercera línea argumental expuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal se circunscribe a mencionar el criterio del doctor José Valerio en el **precedente «Crescitelli Fliguer»** en relación con la falta de necesidad del órgano acusador de fundar su dictamen negativo.

Interpretación errada del precedente al concluir que ese criterio constituye la posición mayoritaria de esta Segunda Sala, como ya expliqué.

El agente fiscal resaltó que su simple decisión de no prestar su consentimiento ya resultaba vinculante para la jurisdicción.

Por ello, entiendo que el juzgado de instancia anterior no examinó debidamente el dictamen fiscal para concluir que se encontraba razonablemente fundado y por ello corresponde que la resolución sea anulada.

Ello, en tanto sostuvo que el agente fiscal aportó razones fundadas y que cumplía con el criterio de Política criminal de la Procuración General, cuando específicamente el fiscal resaltó que no debía aportar razones y que la resolución de Procuración había sido dejada sin efecto.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO DIJO: Puesto a resolver la impugnación planteada, comparto la solución a la que llega mi colega preopinante respecto a que corresponde anular la resolución de instancia anterior.

Al respecto, entiendo pertinente recordar la postura que he sostenido con anterioridad respecto al carácter que –a mi criterio– cabe atribuir al dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal en materia de suspensión de juicio a prueba.

En diversas oportunidades he establecido que el consentimiento del Ministerio Público Fiscal requerido por la norma, para no inmiscuirse en la función de control de legalidad – atribución propia de la función jurisdiccional– debe tener por objeto, necesariamente, **algo distinto a las exigencias legales, reservadas al control judicial.**

Lo dicho no significa que el órgano acusador estatal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al tribunal ni integra el «consentimiento» requerido legalmente; es decir, **no es considerado vinculante.**

Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre la conveniencia de la suspensión (ver, al respecto, mis votos en «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Pérez Martín**», «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», «**Casanova Barosi**», entre otros).

En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un **concreto juicio de oportunidad político-criminal**, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional.

Así, «Si el fiscal no opone ninguna razón legítima sobre la conveniencia político-criminal de suspender el procedimiento, el tribunal debe considerar que existe “consentimiento” (pues a ello se limita éste), y, en su caso, suspender la persecución penal.

Por el contrario, si el fiscal se opone al otorgamiento de la medida por razones de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada, y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto.

Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público» (**BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto SRL, 2013, págs. 314/315**).

En cuanto al aspecto material del juicio de oportunidad de índole político-criminal, debe señalarse que consiste en un pronunciamiento compuesto por medidas, criterios o estrategias tendientes a prevenir y reaccionar frente a un determinado fenómeno delictivo, con el fin de mantener bajo los límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (**BORJA JIMÉNEZ, E., Curso de Política Criminal, Valencia, 2003**).

Ahora bien, el mérito político-criminal no puede omitir considerar el pronóstico de pena de acuerdo con las calificaciones establecidas para los hechos investigados, y con ello la posibilidad de que proceda la

condena de ejecución condicional en el caso en concreto.

En caso de que resulte procedente, el dictamen no puede obviar la consideración y exposición de las razones que conducen al titular de la acción pública a preferir la resolución del conflicto mediante la imposición de una pena, antes que sin ella o con medidas alternativas.

Es decir, entiendo que es fundamental que, al expedirse sobre un acto de disposición de la acción pública, el órgano acusador evalúe y ponga de manifiesto fundadamente si un remedio menos lesivo que la pena –como lo es la suspensión del juicio a prueba– solucionaría o no –y por qué– el conflicto o su utilidad a los fines de refutar el hecho.

En el caso que nos ocupa, encuentro que el dictamen emitido durante la audiencia por el fiscal ha omitido considerar estos aspectos, que resultan decisivos para evaluar la suficiencia de la fundamentación de su pronunciamiento respecto del planteo de la defensa.

En efecto, el representante fiscal se ha limitado a realizar una interpretación errada de la jurisprudencia de este Máximo Tribunal –como ya explicó en profundidad mi colega preopinante– y a mencionar que en caso de delitos con pena de inhabilitación es su posición no prestar el consentimiento.

Sin embargo, en este punto no ha incluido análisis alguno respecto a la posibilidad de resolver el conflicto de otras formas que impliquen un costo menor para la persona acusada.

Es decir, no se advierte, pues, análisis sobre la inconveniencia político-criminal de la concesión de la suspensión del juicio a prueba como medida alternativa para la refutación del hecho investigado.

En otras palabras, no se ha visto satisfecho el deber de justificar que la imposición de una pena en el caso de autos pueda resultar de utilidad.

Es que, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos que el Derecho penal, la inhibición a recurrir a su instrumento más intenso se impone (ver al respecto, **CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», Revista Ius et Praxis, año 14, n° 1:13 -48, 2008**).

Por otra parte, considero que no puede dejar de advertirse que el hecho que se investiga ha producido lesiones a una persona que se encontraba trabajando con afectación física y laboral, como también con perjuicios y costos económicos vinculados a su recuperación.

En este contexto, entiendo relevante destacar que así como se exige el análisis de la eficacia disuasiva por los medios menos gravosos que el Estado tenga a su disposición, también debe tenerse presente, para una eventual solución del conflicto alternativa a la imposición de pena, la afectación a las víctimas que el hecho investigado produjo.

En el caso de autos, la querrela particular explicó en la audiencia de acusación las consecuencias de salud y económicas que el hecho le produjo a la víctima, lo que deberá ser debidamente considerado por las partes al acordar los términos en los que se apliquen los criterios de oportunidad.

En función de ello, considero que debe ser respondida de manera afirmativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA DIJO: Puesto a resolver la impugnación planteada, me permito disentir con la solución a la que arriban mis colegas de Sala.

Esto, en razón de la postura que he sostenido con anterioridad respecto a que la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio; mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver al respecto, «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

En función de ello, considero que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el auto de fecha 6 de setiembre de 2021 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Nº 2 de la Primera Circunscripción correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización de la nueva audiencia. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Beatriz Ardesi. En consecuencia, revocar la resolución de fecha 6 de setiembre de 2021 en relación con el rechazo con la suspensión del juicio a prueba rechazada.

2.- Remitir los presentes autos al juzgado de origen a fin de que la OGAP determine quién habrá de intervenir en la realización de la nueva audiencia.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (Disidencia) DR.

MARIO D. ADARO Ministro.-

10- ADARME AGUILERA. 15-09-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcAAD.pdf

Lex: Art. 92 en función del 89, 80 inc. 1° y 11°, 55, 150, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la Ley 26.485. Convención de Belém Do Pará.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Violación de domicilio. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Informe de riesgo de oficio. Nulidad. Imparcialidad. Medidas previas urgentes.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, en concurso real con violación de domicilio en concurso real con amenazas simples, todo en contexto de violencia de género (arts. 92 en función del 89, circunstanciado por el 80 inc. 1 y 11, 54, 55, 150, 239 y 149 bis, primer párr., primer supuesto del CP y la ley 26.485).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2038, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- De Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

b-CIDH

- Veliz Franco vs. Guatemala. 19-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf
- Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala. 19-11-15

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf

- Gutiérrez Hernández vs. Guatemala. 24-08-17:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

Sistema acusatorio adversarial. Imparcialidad. Imparcialidad.

- Almonte. 29-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Tizza. 08.01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Mercado Carrizo. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMCM.pdf
- Chacón Moyano. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf
- Orihuela Soto. 17-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211217_FcOSJ.pdf
- Ferreyra Ordoñez. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_Ferreyra.pdf
- Riquelme Valdez. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcRVC.pdf

Precedentes citados

ALVARADO VELLOSO, Adolfo “El debido proceso de la Garantía Constitucional”. Edit. Zeuz, Rosario, 2003
pág. 256.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06859766-2/1((048501-129528)) FC/ ADARME AGUILERA DARIO ALCIDES P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO EN CONC. IDEAL CON LESIONES AGRAVADAS, VIOLACION DE DOMICILIO Y AMENAZAS EN CONC. REAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (129528) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106109593*

En Mendoza, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06859766-2/1 caratulada “F. c/ A. A. D. A. P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VÍNCULO EN CONC. IDEAL CON LESIONES AGRAVADAS, VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y AMENAZAS EN CONC. REAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

La defensa D. A. A. A. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2038, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, en concurso real con violación de domicilio en concurso real con amenazas simples, todo en contexto de violencia de género (arts. 92 en función del 89, circunstanciado por el 80 inc. 1 y 11, 54, 55, 150, 239 y 149 bis, primer párr., primer supuesto del CP y la ley 26.485) en los autos P-129528/21.

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción tuvo por acreditado que «[...] para fecha 13 de diciembre de 2021, siendo las 03:40 horas aproximadamente, [J.M.R.] se encontraba en su domicilio, ubicado en calle Suipacha N° 36 de Tunuyán, provincia de Mendoza. Cuando ingresó por la puerta del fondo de la casa, sin permiso de [J.M.R.], su ex pareja D. A. A. A., se dirigió hasta el comedor, y encontrando a la Sra. [J.M.R.] se subió arriba de [ella] la que se encontraba acostada y la tomó del cuello lesionándola, mientras le manifestó “esto es todo mío, vos me metiste preso, te voy a prender fuego todo”, generando miedo en la víctima. La Sra. [J.M.R.] se defendió rasguñándolo en el rostro y se logró levantar, pero nuevamente el ciudadano A. la tomó de sus cabellos y la arrastró en tres oportunidades, siendo que en la última la empujó cayendo [J.M.R.] de espalda al suelo. En ese momento A. sale del domicilio y fue aprehendido por personal policial».

Para así resolver, la jueza valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones de J.M.R., Antonio Arias, Estefanía Icazatti, Juan Carlos García, Evangelina Salinas y Lautaro Zabala, así como la prueba instrumental incorporada durante el debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de D. A. A. A. interpone recurso de casación contra la sentencia de condena en su contra y funda su pretensión en el art. 474 del CPP.

Se agravia por la errónea aplicación de la ley sustantiva, la fundamentación contradictoria, incongruente y arbitraria de la sentencia, particularmente en cuanto se sustenta en prueba no validada en el debate e incorpora ilegítimamente al tener un origen espurio.

Cuestiona que la jueza condenara en razón de las declaraciones de J.M.R., pues poseen contradicciones. Así, critica que no se expusieran las razones de por qué se le otorga mayor fuerza probatoria a lo manifestado durante la investigación penal preparatoria antes que lo expresado durante el debate. Además, afirma que se calificó incorrectamente las conductas atribuidas a A. A., esto es lesiones leves en contexto de violencia de género y violación del domicilio, en concurso real. Explica que esto último, la violación de domicilio, nunca ocurrió.

En otro orden de ideas, plantea que la jueza de instancia anterior incorporó prueba de oficio, lo que se encuentra prohibido. Explica que si bien solicitó la nulidad en el momento en que ocurrió, fue rechazada por la magistrada sentenciante.

En relación con el procedimiento correccional, denuncia que la jueza de sentencia aplicó los plazos previstos para el juicio común bajo responsabilidad del representante del Ministerio Público Fiscal y que la sentencia y sus fundamentos se dictaron en momento diferentes, tal como establece el juicio común.

Al respecto critica que no se respetó el debido proceso penal.

En razón de lo expuesto, entiende que se debería haber absuelto a A. A. en instancia anterior de conformidad con el art. 2 del CPP.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 7/8 vta. en relación con el recurso de casación interpuesto. Si bien estima que corresponde hacer lugar formalmente al remedio casatorio, considera pertinente su rechazo desde el punto de vista sustancial.

En este sentido, afirma que la valoración probatoria desarrollada en la sentencia fue exhaustiva y que se tuvo especial consideración por la contundencia de la prueba testimonial y también de prueba objetiva.

Expresa en este orden que se valoraron las declaraciones de la víctima expuestas tanto durante la investigación como en el debate oral, el informe médico sobre las lesiones, el acta de visu, las declaraciones del personal actuante y la desgrabación del llamado al 911 realizado por la hija del acusado. Finalmente, señala que los agravios expresados configuran solamente una mera discrepancia de la defensa con lo resuelto en instancia anterior que no ponen en crisis la resolución cuestionada.

En consecuencia, propicia la confirmación de la sentencia de condena.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado A. A., corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

Las críticas de la defensa realizadas a la sentencia de instancia anterior se circunscriben a la incorporación de prueba que, según entiende, ha sido realizada de oficio por la jueza sentenciante.

Además, cuestiona la valoración de las declaraciones de la víctima y la calificación legal de los hechos, especialmente en relación con el delito de violación de domicilio.

Por último, denuncia no haberse respetado el debido proceso y las normas del procedimiento correccional.

Reseñados los cuestionamientos de la defensa, se debe señalar que en la presente causa, la jueza de la

instancia anterior consideró acreditada la intervención responsable de D. A. A. A. en los hechos que se le atribuyeron y que fueron calificados como lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, violación de domicilio y amenazas simples, todo en contexto de violencia de género y en concurso real.

Al respecto, resulta pertinente reiterar que casos como el de autos requieren ser juzgados con perspectiva de género, como debidamente se puede apreciar en la sentencia de instancia anterior.

En este sentido, en el **precedente «Medina Martínez»** expuse que la perspectiva de género ha permitido incorporar el enfoque de los derechos humanos en relación a las mujeres y disidencias sexuales, persiguiendo la materialización efectiva del principio de igualdad en la valoración judicial y en el acceso a justicia.

Este enfoque ha permitido visibilizar la existencia de minorías –en términos jerárquicos– históricamente vulneradas y segregadas en todos los ámbitos de la vida social, tanto públicos como privados. Minorías que, en la aplicación de los derechos y en el desarrollo de un andamiaje jerarquizado entre las personas en razón del sexo, la raza, la edad, etc. quedaron –o fueron puestas– al margen de la construcción de la norma. Así, la mirada de género viene haciendo hincapié en que esta jerarquización naturalizada encubre formas múltiples de opresión y subordinación hacia el género femenino.

El enfoque de **derechos humanos con mirada de género** hace foco en el deber de quien juzga de buscar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos desde el principio de igualdad. Para lograrlo es necesario analizar la prueba e interpretar las normas ajustando las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos.

Así, la perspectiva de género visibiliza estas desigualdades que deben ser tenidas en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo.

Además, nuestro país ha asumido compromisos específicos en materia de violencia de género derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecen obligaciones estatales concretas en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres por razones de género, como expuse en el precedente **«Di Césare Meli»**.

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

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

En efecto, las obligaciones generales emergentes de los arts. 8 y 25 convencionales –reguladores del derecho de acceso a la justicia en las Américas– se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico para la prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres (cfr. **Corte IDH, Casos Veliz Franco vs. Guatemala, cit.; Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 2015; y Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, de 24 de agosto de 2017**).

De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de

las mujeres que se estuvieren juzgando.

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

Entiendo que la sentencia de instancia anterior ha analizado la prueba y juzgado los hechos atribuidos a A. A. con el debido enfoque de géneros, es decir advirtiendo las inequidades propias del sistema social y cultural en el que se encuentran inmersos los sucesos investigados. La jueza de sentencia, como adelanté, ha visibilizado las desigualdades estructurales entre víctima y victimario durante el proceso y ha asumido la responsabilidad que le compete al Poder Judicial como órgano estatal en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

En relación con la crítica efectuada por la defensa relativa a la incorporación de prueba de oficio por parte de la jueza de debate, estimo pertinente realizar algunas consideraciones.

Por una parte, corresponde analizar el rol que posee el Poder Judicial en la erradicación de la violencia de género y las obligaciones internacionales cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad estatal internacional.

Por otra, debe destacarse la importancia que tiene la función jurisdiccional en el sistema acusatorio en nuestra provincia y las consecuencias de ello en el caso en particular.

Como expuse en el **precedente «Ruiz Casas»**, la función de las distintas instancias de intervención de la justicia penal no debe limitarse a la mera investigación y juzgamiento de conductas que aparecen como constitutivas de un ilícito penal, sino que, como agentes estatales, se encuentran también alcanzados por los lineamientos de las políticas públicas asumidas a nivel convencional, nacional y provincial.

Al Poder Judicial, como órgano vinculado con los compromisos asumidos por el Estado, y como instancia de acceso de los particulares para el reconocimiento de derechos, le compete una doble responsabilidad. Por una parte, debe adoptar un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito violento ejecutado en un contexto de violencia de género. Y, por otra, debe contribuir a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género.

Lo que entiendo que ha sido debidamente asumido en la instancia anterior.

En el caso de autos, en la audiencia de juicio desarrollada en fecha 17 de febrero de 2022, J.M.R. se presentó y declaró que se encontraba totalmente arrepentida de lo denunciado y se pronunció responsabilizándose por todos los hechos.

La víctima pidió disculpas por la realización de la investigación y del juicio y afirmó que todo configuraba una mentira, por lo que dijo que no podían tener a una persona detenida por ello.

Sin embargo, la declarante detalló que, de los hechos denunciados, era cierto que se encontraban en presencia de sus hijos al momento del suceso y que había realizado en tres ocasiones anteriores denuncias contra A. A. por hechos de violencia contra ella.

Al momento de finalizar su declaración, el representante del Ministerio Público Fiscal puso en conocimiento que iba a iniciar la pertinente investigación penal contra J.M.R. por el delito de falso testimonio y destacó que nunca se presentó ante el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) a los fines de que se realizara el informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer.

Acto seguido, la jueza ordenó a J.M.R. que concurriera al EPI y al representante del Ministerio Público

Fiscal que coordinara su atención inmediata y urgente, para la realización de la entrevista pertinente.

Ya he expresado con anterioridad que el objetivo del informe de riesgo de violencia que confecciona el EPI reside en adecuar la investigación penal a los compromisos asumidos por el Estado nacional en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres –arts. 2, 3, 26 y 29 de la ley 26.485– (ver al respecto el **presente «Mc Garry»**).

Entre las obligaciones específicas, la ley 26.485 ha afirmado que los tres poderes del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, deberán adoptar las medidas necesarias tendientes al respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre hombres y mujeres.

Para cumplir con ello se debe garantizar, entre otros principios rectores, el de asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia (art. 7 inc. c).

Además, en los procedimientos judiciales y administrativos se debe garantizar los derechos de las mujeres a obtener una respuesta oportuna y efectiva, a ser oída personalmente, a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos que la ley reconoce en su art. 3, entre otros (art. 16 incs. b, c y e).

Para poder cumplir con los compromisos internacionales adoptados y los deberes de garantía y protección para las mujeres reconocidos por nuestra normativa nacional, resulta necesario que el Estado tome conocimiento de las situaciones de riesgo específicas a las que se encuentra expuesta cada mujer.

Por ello, resulta pertinente que cuando los y las agentes estatales se encuentren ante situaciones de advertencia de que una mujer puede estar expuesta a situaciones de violencia en razón de género, adquieran toda la información necesaria a los fines de poder actuar y dar respuestas adecuadas a lo que cada caso necesite.

Resulta primordial advertir las situaciones de riesgo por parte del Estado para luego adoptar las medidas que resulten pertinentes, entre las que se encuentran las **preventivas urgentes que establecen los arts. 26 de la ley 26.485 y 108 y 108 bis del CP, junto a las previstas por la Convención Belen do Pará y CEDAW**, entre otras.

En este sentido, considero que la entrevista del EPI es una vía de obtención de esta clase de información en los casos en los que se han realizado denuncias penales y se investigan hechos que pueden estar enmarcados en contextos de violencia de género.

El resultado de estas entrevistas se plasma en el informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer y que permite al Estado tomar medidas de protección de esas mujeres.

En el caso de autos, en el debate la jueza de instancia anterior advirtió que: a) J.M.R. había denunciado hechos de violencia en la presente causa; b) habían denuncias anteriores por parte de la misma víctima contra el mismo acusado; c) durante su declaración en el debate se había retractado de la denuncia realizada; d) en la audiencia preliminar había sido admitida la realización de un informe que podía aportar información sobre el riesgo de violencia física grave a la que se encontraba expuesta la víctima, que no se había realizado.

En este contexto, ordenó la coordinación administrativa de la realización de ese informe que aportaría información útil a los fines de que el Estado adoptara medidas de protección pertinentes al caso.

Es decir, advirtió la posibilidad de una situación de riesgo y propició la producción de información en pos de que el Estado tomara medidas de protección integral.

En otras palabras, la jueza de instancia anterior al ordenar que el Ministerio Público Fiscal coordinara administrativamente la atención de J.M.R. para que se realizara la entrevista que derivaría en el informe que había sido ofrecido y admitido cumplió con el actuar diligente que se requiere del Estado ante el

conocimiento de situaciones de posible vulneración de derechos y de violencia, en razón de su género, hacia mujeres. Esta información permitiría al Estado poseer la información necesaria para adoptar las medidas de protección pertinentes.

Ahora bien, distintas deben ser las consecuencias o el impacto de este actuar para el proceso penal en el cual se investiga y juzga la conducta de una persona por haber cometido presumiblemente un delito.

Si bien la intervención de la jueza de instancia anterior se dirigió a generar información para el Estado a los fines de adoptar medidas de protección para J.M.R., ello se realizó en el contexto de la etapa de juicio en un proceso penal en el que se juzgaba el actuar de A. A.

Por ello, respecto a la producción y valoración de prueba para tener por acreditadas las conductas atribuidas por el Ministerio Público Fiscal en esta causa corresponde realizar otras aclaraciones.

He abordado en diversos precedentes que el actual sistema acusatorio distingue claramente los roles y funciones del Ministerio Público Fiscal de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

El primero, circunscripto a investigar y probar los hechos por los que acusa a una o varias personas.

El segundo, de acuerdo con sus diversas funciones en las distintas etapas del proceso, vinculado a asegurar la legalidad de la investigación y el respeto a las garantías constitucionales, a valorar la prueba producida por las partes, juzgar si estima probada o no la acusación realizada e imponer una sanción en caso de corresponder (ver al respecto «**Mopardo Dupox**», «**Flores González**», «**Almonte Sánchez**», entre otros). Específicamente, esta Sala ha destacado que en el modelo acusatorio la función jurisdiccional en el debate oral es la de dirección del proceso.

La judicatura se posiciona como tercera ajena al conflicto de las partes procesales y se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y de la defensa. La idea que subyace a esta configuración del proceso penal es la de evitar que la persona que juzga dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, lo que implicaría el favorecimiento de una de las partes en el proceso (ver en lo pertinente «**Mopardo Dupox**»).

El deber de imparcialidad que se exige a los jueces y las juezas impone que no se coloque en la posición de parte (imparcialidad), que debe ser carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y que debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

Así, y en lo particular que interesa al caso de autos, el tercero que juzga no debe tener iniciativa probatoria autónoma ni poder impulsorio, caso contrario desdibuja su propia naturaleza y reemplaza la inacción de la parte. En la etapa de debate es cuando mayores exigencias se requieren del deber de imparcialidad y el rol jurisdiccional debe circunscribirse a garantizar el contradictorio entre las partes y decidir sobre los planteos que ellas realicen (ver «**Flores González**»).

Todo esto implicó en el caso de autos que la jueza de debate no debió valorar en la sentencia de condena de A. A. la información que surgió del informe confeccionado por el EPI para la acreditación del hecho y la responsabilidad del acusado por el mismo.

En otras palabras, por su intervención en el marco del proceso penal para garantizar que el Estado obtuviera información de la posible situación de riesgo en la que se encontraba la víctima y se pudieran adoptar medidas de protección para J.M.R., correspondía que luego no valorara el informe como prueba del hecho investigado contra el acusado.

Sin embargo, entiendo que no corresponde anular la sentencia de condena debido a que el resto de la prueba valorada por la jueza de instancia anterior –declaraciones testimoniales y prueba instrumental– resulta suficiente para tener por acreditado el hecho atribuido a A. A. en las presentes actuaciones como

seguiré analizando en los siguientes agravios.

Dicho con otras palabras, si se suprimiera el informe bajo estudio del análisis probatorio realizado, igualmente el resultado sería el mismo: la acreditación de los hechos atribuidos al acusado D. A. A. A..

Tampoco le asiste razón a la defensa en relación con el cuestionamiento acerca de que la jueza no ha explicado las razones por las que otorga mayor valor a lo expresado por la víctima en la denuncia y no a sus declaraciones restantes.

La magistrada de instancia anterior dio detallada cuenta de cada una de las veces en las que J.M.R. se manifestó desde que ocurrió el hecho, como también de la restante prueba incorporada durante el debate. De la valoración en conjunto del plexo probatorio llegó a la conclusión que los hechos atribuidos a A. A. se encontraban acreditados.

En efecto, la jueza otorgó mayor valor a lo expresado por J.M.R. al personal policial que concurrió al domicilio luego del llamado al 911 y sus manifestaciones realizadas en la denuncia formal en la que decidió instar la acción.

Además, la jueza consideró que los dichos expresados en ese momento resultaban verosímiles, en tanto también se encontraban acreditados por otras pruebas como son el acta de procedimiento, el acta de aprehensión del acusado en las inmediaciones del domicilio de J.M.R., el acta de visu de J.M.R., la constatación, por parte del titular del Cuerpo Médico Forense, de las lesiones que presentaba J.M.R., las declaraciones en el debate por parte del personal policial que intervino inmediatamente ocurrido el hecho y lo registrado por el CEO cuando los hijos de J.M.R. llamaron solicitando ayuda.

A ello, la jueza agregó que el acusado reconoció en el debate su presencia en el domicilio de la víctima la noche de los hechos denunciados bajo la explicación de que únicamente habían discutido, lo que debidamente valoró como un intento de minimizar los hechos ocurridos.

En relación con lo declarado por J.M.R. durante el debate, debe decirse que ello fue valorado adecuadamente por la jueza como una retractación por parte de la víctima, fenómeno propio del ciclo de violencia. Al respecto, en el **precedente «Di Cesare Morales»** expliqué que, en circunstancias como la detallada, debe ahondarse en las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos para poder considerarse, en consecuencia, que se ha juzgado con la debida perspectiva de género que requiere el caso (ver también **«Mejía Salvador»** y **«Mercado Orozco»**).

Del mismo modo, debe indagarse sobre la pretensión de desvinculación del acusado por parte de la víctima con el resto del material probatorio incorporado en la causa a los fines de concluir la existencia del hecho y la participación del acusado.

En este sentido, la jueza de instancia anterior tuvo en consideración lo declarado durante el debate oral por la licenciada Salinas del EPI respecto a que debía tener preeminencia lo declarado por la víctima en la denuncia debido a que se detectaba que se encontraba inmersa en el ciclo de violencia de género.

Para fundar esta conclusión valoró las denuncias anteriores que J.M.R. había realizado por hechos violentos contra A. A. y la dependencia emocional por la cantidad de años que llevaban en pareja. Además, la jueza de sentencia destacó lo registrado en el llamado al 911 en el que se escucha a J.M.R. y a su hija menor de edad, con temor, solicitar ayuda policial por el conflicto violento que ocurría en el domicilio. Ello, se condice con lo declarado por la oficial policial R. acerca de que fueron desplazados a la vivienda de la víctima por el CEO y al entrevistarla tomaron conocimiento de que A. A. la había golpeado.

Específicamente, la declarante recordó que J.M.R. presentaba un golpe en la cara y su hijo se quejó de que el personal policial nunca hacía nada con estas situaciones de violencia. También, tuvo en consideración que la retractación de J.M.R. se explicaba en la circunstancia de otorgar preeminencia a los intereses de

sus hijos antes que a la violencia que padeció por parte de A. A. El rol histórico asignado a las mujeres de protección y cuidado familiar es lo que explica su comportamiento, y no la irracionalidad que alega la defensa.

Esto también se vislumbra en lo manifestado por la víctima de autos respecto a que no era su intención que el acusado fuera condenado a prisión, sino que pretendía seguir conviviendo en pareja con A. A..

De tal manera, puede afirmarse que la jueza debidamente asignó valor a la primera versión de las declaraciones de J.M.R. en función del fenómeno de la retractación, lo que también la llevó a disponer la realización del informe por parte del EPI, que había sido ofrecido y admitido.

En otro orden de ideas, debe señalarse que no puede prosperar el cuestionamiento acerca de las calificaciones legales en las que se encuadraron los hechos considerados como acreditados. Corresponde afirmar que no se ha explicado en qué consiste la incorrección en la calificación y sólo se critica el curso real de las lesiones con la violación de domicilio por no haber existido esta última.

En relación con la existencia del hecho, comparto la valoración expuesta por la jueza de sentencia respecto a que se logró acreditar con lo denunciado por la víctima, como también por lo declarado por Antonio Arias, quien acompañaba a A. A. al momento de ingresar a la vivienda y expuso que lo hizo con el propósito de buscar un equipo de música.

Debidamente la magistrada de instancia anterior analizó que el acusado no formaba parte de quienes se encontraban habilitados para ingresar al domicilio de madrugada y prueba de ello resultaban las anteriores denuncias presentadas en su contra.

Además, que el hecho no sólo alteró la libertad de la víctima sino que violó la intimidad de J.M.R. y de sus hijos. Finalmente, también deben ser rechazadas las críticas acerca de la violación al debido proceso por haberse aplicado los plazos del juicio común, en relación con el dictado de la sentencia y la lectura de fundamentos, en lugar de los que corresponden al juicio a correccional.

El cuestionamiento de la defensa no posee sustento lógico ni normativo, por lo que corresponde su rechazo. El procedimiento correccional en nuestra normativa procesal se encuentra reglamentado en los arts. 417, 417 bis, 417 ter, 417 quater y 417 quinquies del CPP.

De la lectura de estos preceptos procesales se advierte que las diferencias en cuanto a plazos se circunscriben a lo que es denominado información sumaria, que es la investigación que se realiza con el objeto de reunir los elementos probatorios para fundar la acusación fiscal y no durante la etapa de debate, que se rige por el título primero del libro tercero de juicio común.

Así, el art. 417 quinquies –ubicado en el título segundo del libro tercero del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza– especifica que si no existieran planteos de oportunidad o fueran rechazados, la defensa podrá solicitar el control de la detención del acusado y, luego, «[...] se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas salvo las que se establezcan en este capítulo».

En otras palabras, nuestro código adjetivo expresamente remite a la normativa de juicio común para la etapa de debate oral con la salvedad de que el juez de Juzgado Penal Colegiado poseerá las atribuciones propias del tribunal encargado del juicio común.

En relación con el plazo para dictar sentencia en el procedimiento correccional, el art. 417 quinquies habilita la posibilidad de que se dicte sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, lo que quedará registrado en soporte digital. Resulta de importancia advertir que el precepto procesal utiliza la palabra «podrá», constituyendo una facultad. Distinto es lo establecido por el art. 408 del CPP que dispone que «[i]nmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a

deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando».

Ahora bien, el art. 417 quinquies del CPP no hace referencia alguna a que el dictado de la parte resolutive de la sentencia y de sus fundamentos deban ser efectuados en un sólo acto procesal.

En este sentido, menos aún puede interpretarse que ello sea obligatorio o que fuera establecido bajo pena de nulidad, por lo que corresponde rechazar la crítica defensiva.

De acuerdo con todo lo señalado, considero que del análisis de la sentencia cuestionada y del recurso interpuesto surge que la primera no posee los vicios atribuidos por la defensa, en tanto la jueza de instancia anterior ha fundado sólidamente la resolución de condena de D. A. A. por los hechos atribuidos por el Ministerio Público Fiscal.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación con las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», y «Montenegro Fisigaro».**

Sin embargo, y si bien estimo que asiste razón a la defensa respecto del cuestionamiento efectuado por la defensa acerca de la nulidad del informe de riesgo confeccionado por el ETI, por haber sido producido de oficio por la jueza de sentencia, no comparto los alcances que se pretende dar a esa circunstancia.

En efecto, como expliqué en el **precedente «Flores González»**, «[...] la imparcialidad, como principio del derecho procesal, determina que el tercero que actúa en calidad de autoridad para sentenciar el litigio, debe ostentar claramente ese carácter; para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia), tal como sostiene Alvarado Velloso (**Alvarado Velloso, Adolfo “El debido proceso de la Garantía Constitucional”. Edit. Zeuz, Rosario, 2003 pág. 256**)».

La imparcialidad de los jueces es una de las piedras angulares sobre las que reposa el debido proceso legal, debido a que junto a la independencia y la imparcialidad conforma una triada de virtudes que debe ostentar el órgano jurisdiccional que juzga los delitos sometidos a su conocimiento y decisión.

En este sentido, precisan el modo en que debe actuar el juez durante el proceso y limitan su dirección, fijando qué puede y que no puede hacer (ver «Flores González»).

En relación con las facultades durante el juicio oral, debe señalarse que en esa etapa del proceso «[...] el juez queda despojado de aquella propensa actividad positiva en el marco del proceso, dejando ese lugar exclusivamente a las partes, debiendo ocupar un rol absolutamente pasivo, a los efectos de mantener su imparcialidad y su posición de tercero imparcial. Esta situación acota su función primordial a que, garantizando el contradictorio entre los sujetos contendientes, deba tomar su decisión en forma exclusiva sobre el caso que las partes presenten y en la medida en que resulta acreditado», estos son los rasgos más trascendentes que conlleva un sistema de enjuiciamiento acusatorioadversarial según mi opinión (ver «Flores González»).

Este criterio ha sido seguido por esta Sala en numerosos casos (ver, al respecto, mis votos en los pronunciamientos en pleno «**Almonte**», «**Acuña**», «**Tizza**», y de esta Sala en «**Mercado Carrizo**», «**Chacón Moyano**», «**Orihuela Soto**», «**Ferreyra Ordoñez**», «**Riquelme Valdez**», entre otros).

En este sentido, estimo que le asiste razón a la defensa en su planteo en tanto que la jueza de instancia anterior produjo, por su propia iniciativa, prueba que no había sido expresamente solicitada por las partes. Si bien el art. 403 del CPP establece que el tribunal puede ordenar la recepción de nuevos medios de prueba si en el transcurso del debate resultare indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, ello debe ser resuelto a requerimiento de las partes.

Advierto que al tomar conocimiento la jueza de instancia anterior de que no se había producido la entrevista del EPI a la víctima por su renuencia a presentarse, de iniciativa propia, ordenó a aquella que se presentara ante ese organismo y también ordenó al representante del Ministerio Público Fiscal la organización para su atención, todo lo cual excedió las facultades que poseía.

En consecuencia, entiendo que **resulta nulo el informe del EPI** realizado en fecha 17 de febrero de 2022 de conformidad con el art. 198 del CPP, en tanto que excedió el tribunal sus facultades de actuación en el debate oral.

Ahora bien, y como adelanté, ello no impacta en la solución propuesta en el voto preopinante respecto a la declaración de responsabilidad penal de A. A. por los delitos atribuidos por el Ministerio Público Fiscal en las presentes actuaciones debido a que el resto del plexo probatorio resulta suficiente para fundar la condena.

En este sentido, comparto con el voto preopinante que los hechos se encuentran acreditados con las constancias del 911 del llamado pidiendo ayuda, el acta de procedimiento, el acta de aprehensión del acusado en las inmediaciones del domicilio de la víctima, el acta de visu de J.M.R., el informe del Cuerpo Médico Forense en el que constan las lesiones que presentaba la víctima, las declaraciones testimoniales del personal policial que intervenido inmediatamente ocurrido los hechos. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia de condena.

Por lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

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

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2023.

11- SALTO. 05-10-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231005_FcSGJ.pdf

Lex: Art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la Ley 26485. Art. 38 de la ley 9106

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Pareja. Amenazas simples. Unificación de pena. Unificación aritmética. Unificación compositiva.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género, y unificó aquella pena con una anterior dictada e impuso una pena única de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, remitiendo , en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al juzgado para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice nuevamente la unificación de penas. Al resultar este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106 corresponde, en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma, a los efectos dispuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 13346, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Roldan Cajal.
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Distefano. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>
- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>

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

Fallo

CUIJ: 13-07222749-7/1((018501-116969)) FC/ SALTO GUSTAVO JAVIER P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACION DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (116969) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106382611*

En Mendoza, a los cinco días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07222749-7/1 caratulada "F. c/ S. G. J. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (116969) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de G. J. S. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 13.346, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-116.969/22, a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género (arts. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 55 y 149 bis primer párrafo, primer supuesto del Código Penal y art. 4 de la ley 26.485).

Por su parte, en la sentencia se unificó aquella pena con una anterior dictada en autos P-86.696/18 por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción e impuso una pena única de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia recurrida, en lo que aquí interesa, condenó en los autos n°116.969 a G. J. S. a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por encontrarlo penalmente responsable por el delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género. Luego, revocó la condena condicional impuesta en los autos P- 86.696/18 y explicó que, al no existir violación a las reglas de concurso, debía unificar las sanciones. Afirmó que la pena única sería el resultado de un cálculo no totalmente aritmético y que, en consecuencia, la componía en un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 475 y 478 del CPP. Se agravia únicamente de la pena impuesta en la sentencia por considerarla arbitraria en base a dos razones.

En primer lugar, critica que la jueza de instancia anterior se apartó de las pautas de mensuración establecidas por los arts. 40 y 41 del CP para imponer la pena. En segundo lugar, cuestiona que, si bien la sentenciante afirmó utilizar el método compositivo para unificar las penas, al realizar la unificación

realizó una sumatoria matemática sin dar mayores explicaciones de ello. Por último, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que corresponde la procedencia formal del recurso de casación impetrado. Sin embargo, propicia su rechazo por razones sustanciales. Considera que no existen las arbitrariedades que alega la defensa.

Ello, porque la jueza de instancia anterior explicó claramente las circunstancias agravantes y atenuantes que tomaba en consideración para determinar la sanción a imponer de conformidad con lo previstos en los arts. 40 y 41 del CP.

Además, que el criterio que utilizó para imponer la pena única al acusado se encuentra debidamente fundado. En consecuencia, solicita la confirmación de la sentencia de instancia anterior.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 25 de setiembre del corriente año se realizó la audiencia oral ante esta instancia. En esa oportunidad, la defensa del acusado S. explicó las razones que sustentaban el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de condena emitida en instancia anterior. En tanto que el Ministerio Público Fiscal expuso sus argumentos a favor de la confirmación de la resolución cuestionada.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado G. J. S., corresponde adelantar que debe hacerse **lugar parcialmente a la impugnación**.

Ello, de conformidad con los argumentos que serán expuestos a continuación.

Las críticas efectuadas por la defensa se dirigen únicamente contra la sanción penal impuesta contra el acusado.

En primer lugar, la defensa se agravia que la jueza de instancia anterior no tomó en consideración las pautas de ponderación previstas en los arts. 40 y 41 del CP al imponer la pena.

Estimo, que en este aspecto, no le asiste razón en tanto no se condice con lo ocurrido en la audiencia de fecha 30 de marzo del corriente año.

Así, del registro audiovisual de aquella audiencia, surge que la jueza de instancia anterior consideró que tanto los delitos por los que fue condenado en los autos P-86.696/18, como los de las presentes actuaciones, se encuentran amenazados con idéntica escala penal que va de un mínimo de seis meses a un máximo de cuatro años de prisión.

Luego, refirió las circunstancias agravantes y atenuantes que valoró para imponer la sanción de un año de prisión en estos autos n° P-116969/22.

Así, mencionó como circunstancias agravantes la extensión del daño, la modalidad del hecho –haber arrastrado a la víctima–, el grado de violencia con el que se perpetró y la reiterancia delictiva en materia de violencia de género.

Como atenuantes, explicó que, a su criterio, la violencia podía encontrarse vinculada con los consumos problemáticos que padecía el acusado, sobre los que las partes se refirieron suficientemente durante el debate.

En este orden, consideró necesaria la realización de tratamiento urgente vinculado a consumos problemáticos y de control de impulsos. También valoró como atenuante que S. no poseía escolaridad y que no sabía leer y escribir.

En consecuencia, la afirmación de la defensa vinculada con el apartamiento de la jueza de las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP, no se contrasta con la fundamentación expresada y, por ello, debe ser rechazado el agravio.

En segundo lugar, la defensa cuestiona la unificación de penas realizada por la jueza de sentencia. Afirma que la decisión y sus fundamentos son arbitrarios.

Detalla que si bien manifestó que unificaría mediante el método composicional, luego aplicó el método aritmético sin más explicación y sumó los seis meses impuestos en los autos P-86.696/18 al año que estableció en los autos P-116.969/22.

Crítica que estimo correcta y razón suficiente para anular la decisión específica sobre la pena unificada. Asiste razón a la defensa acerca de que la jueza de instancia anterior enunció la utilización de un sistema y claramente realizó la operación técnica pertinente para unificar las penas mediante la aplicación del otro sistema.

Así, la resolución oral expuesta en la audiencia desarrollada en fecha 30 de marzo del corriente año permite advertir que la jueza de sentencia, después de revocar la condicionalidad de la pena establecida en los autos P-86696/18, afirmó que «[...] como las penas tienen un mínimo legal, voy a establecer que la relación para vincular justamente cuál es el monto total punitivo que voy a establecer en contra del señor S., voy a aplicar justamente por el fallo Vega Ríos, no una suma totalmente aritmética.

Si debo revocar la condena condicional anterior que es de seis meses y a la pena de un año que he establecido en esta causa, la 116.969, le voy a sumar el plazo de la condena anterior que era de seis meses. Habida cuenta de que aún no se han cumplido los plazos que establece el artículo 27 del Código Penal, no se han cumplido los cuatro años que establece el artículo 27 del Código Penal.

Entonces, basándome justamente en el fallo Vega Ríos, cuando una o ambas penas tienen igual mínimo legal se estima entonces que la relación entre los sistemas se invierte, y resulta excepcional el método aritmético y compongo en un año y seis meses la pena total que deberá cumplir el señor G. J. S.» (ver registros audiovisuales de la audiencia de fecha 30 de marzo de 2023 identificada como «video 2», a partir del minuto 14:50).

La arbitrariedad surge de sostener un criterio y luego sumar la sanción impuesta en la causa P-86.696/18 con la establecida en estas actuaciones P-116.969/22, lo que es una operación técnica propia del sistema de suma aritmético y no del sistema composicional que enuncia.

La contradicción referida torna arbitraria la decisión pues la operación técnica propia del sistema que decidió utilizar implicaba componer la sanción a imponer ponderando los delitos por los que se condenó con la debida explicación de las razones que la condujeron a determinar el monto de pena.

Estimo que ello no se encuentra cumplido por la mera suma del monto de las dos sanciones penales previamente impuestas, por lo que la sanción aplicada no se encuentra debidamente fundada.

Si bien considero que esto resulta razón suficiente para anular, estimo pertinente reiterar mi criterio en relación a la forma de realizar las unificaciones de pena según expliqué en los **precedentes «Roldán Cajal» y «Mercado Tapia»**.

En consecuencia, considero que le asiste parcialmente razón a la defensa y que la unificación de penas realizada por el juzgado de instancia anterior resulta arbitraria, lo que justifica su anulación parcial, solamente sobre este extremo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiero.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. S. en las presentes actuaciones, comparto la solución a la arriba el Colega preopinante. Esta Sala se ha expedido sobre los sistemas para realizar la unificación de penas en diversos precedentes (ver, al respecto, «**Vega Ríos**»).

En particular, se han abordado los casos en los que una persona que se encuentra cumpliendo una pena dictada por sentencia firme, comete un nuevo delito por el que es condenado con posterioridad. En estos casos no existe violación a las reglas de concurso previstas en los arts. 55 al 57 del CP.

En relación con los sistemas para unificar las penas, que pueden ser identificados como de suma aritmética y composicional, debe señalarse que la elección de uno y otro sistema constituye una facultad del tribunal, quién podrá utilizar el método que estime más acertado siempre que brinde razones de su decisión (ver, al respecto, «**Vega Ríos**»).

En efecto, en el precedente referido, sostuve que «para el caso que los múltiples delitos atribuidos a la misma persona resulten juzgados en juicio diferentes, dando lugar al dictado de sentencias condenatorias también diversas, ya sea que emanen o no de un mismo tribunal, nuestro código de fondo consagra como regla el principio general de pena única a tenor del art. 58 del CP [...]. [L]a razón de este principio podemos encontrarla en la necesidad de evitar una múltiple injerencia de la pena estatal asegurando que, cuando un sujeto deba purgar más de una condena, se unifique el trato punitivo [...]. [D]eberán unificarse las penas cuando, después de una sentencia condenatoria firme, deba juzgarse a la misma persona que está cumpliendo pena, sea de manera efectiva o en forma condicional, por otro delito distinto al que motivó la condena preexistente, cometido después de aquella condena [...]. [C]abe recordar que existen dos métodos que se abren como alternativas para que el órgano jurisdiccional proceda a la unificación: el sistema composicional y el sistema de la suma aritmética [...]. La elección de uno y otro sistema, en principio, constituye una facultad del tribunal, quién podrá hacer uso del método que estime acertado». Más allá de ello, referí que «[c]uando nos encontramos ante casos de unificación en donde no se verifica la existencia de violación a las reglas previstas en los arts. 55 al 57 del Código Penal, debe diferenciarse según: i) aquellos casos en que las penas a unificar, de acuerdo a las escalas penales previstas en abstracto por los respectivos tipos penales endilgados, se presenten cuantitativamente por encima de los mínimos legales, supuesto en que la regla es que la unificación de penas se efectúe mediante el sistema de la suma aritmética de los montos punitivos determinados para cada delito juzgado y condenado, y, de manera excepcional, el sistema de la composición; mientras que, ii) cuando una o ambas penas sea igual al mínimo legal, estimo que la relación entre ambos sistemas se invierte, resultando la aplicación del método aritmético de orden excepcional. Esta interpretación se justifica, según entiendo, porque en este último caso, si el legislador hubiera previsto escalas penales con penas menores, la decisión adoptada por el juzgador hubiera significado condenar al agente con una pena inferior».

Ahora bien, «[...] de acuerdo al juego de la regla-excepción descrito para ambos casos, la decisión de recurrir y optar por el mecanismo excepcional, sea este el de la composición o el de la suma aritmética, debe ser fundada. Es decir, el juzgador debe de dar razones suficientes como para justificar la adopción de alguna de estas vías. Para lo cual, significativa incidencia tendrán, además de los montos de pena, aspectos tales como la modalidad del hecho [...]».

En el caso de autos, comparto la solución propuesta por el Ministro que me antecede respecto a considerar acertado el planteo defensivo debido a que la jueza de instancia anterior ha enunciado la utilización de un sistema y claramente ha realizado la operación técnica mediante la aplicación del otro sistema.

En efecto, la cita que realiza la jueza de instancia anterior resulta pertinente como también la decisión de aplicar el método compositivo de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que cité. Sin embargo, la arbitrariedad surge de adoptar un criterio y luego sumar la sanción impuesta en la causa P86.696/18 con la establecida en estas actuaciones P-116.969/22, lo que es una operación técnica propia del sistema de suma aritmética y no del sistema compositivo que enuncia.

Como bien se expone en el voto que antecede la contradicción referida torna arbitraria la decisión pues la operación técnica propia del sistema que decidió utilizar implicaba componer la sanción a imponer. Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de G. J. S., y en consecuencia anular la sentencia n° 13.346, sólo respecto de la unificación de penas en el punto III de la sentencia y sus fundamentos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al juzgado para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva unificación de penas. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma, a los efectos dispuestos. ASÍ VOTO.

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

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de G. J. S..
- 2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al juzgado para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice nuevamente la unificación de penas. Al resultar este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106 corresponde, en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma, a los efectos dispuestos.
- 3.- Imponer por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz, obrante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art. 412 del C.P.P.). Secretaría, de octubre de 2023.-

12- VARGAS. 30-11-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231130_FcVRM.pdf

Lex: Art. 89, 92 del CP. Ley 26484.

Vox: VG. Lesiones. Querellante particular. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Sobreseimiento. Nulidad.

Summa:

El **TPC** declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 1, en la que se dictó sentencia de sobreseimiento a favor del acusado.

El representante de la **querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

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

La **SCJM** resolvió lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al TPC a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto.

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

Precedentes citados

a-SCJM

Impugnabilidad

- Mercado Carrizo. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMCM.pdf

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- González Pringles
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

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

Fallo

CUIJ: 13-06987473-2/1((018601-763969)) FC/ VARGAS RODRIGUEZ MIGUEL ANGEL P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS (763969) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106229930*

En Mendoza, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06987473-2 caratulada "F. c/ VARGAS RODRÍGUEZ, MIGUEL A. P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, el representante de la querellante particular interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 23 de agosto del 2022. Ello, en tanto declaró mal concedido el recurso de apelación formulado contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 1, en la que se dictó sentencia de sobreseimiento a favor del acusado Vargas Rodríguez Miguel Ángel.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en la causa N° P-763.969/19.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

En lo que aquí interesa, debe señalarse que, en la resolución puesta en crisis, se dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el representante de la querellante particular. Ello, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 455 sptes. y cctes. del CPP. Para así decidir el tribunal de la instancia previa tomó en consideración el recurso de apelación planteado por el representante de la querellante particular y la concesión del remedio promovido por parte de la jueza penal colegiada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el representante de la querellante particular

El representante de la querellante particular promueve recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP.

En este sentido, alega la existencia de una arbitrariedad manifiesta en la resolución que cuestiona.

Ello, por cuanto entiende que el tribunal de la instancia previa resolvió de un modo dogmático, autoritario, voluntarista e inmotivado el presunto incumplimiento de un recaudo que, según entiende, está cumplido.

Afirma que, al recurrir la sentencia de sobreseimiento dictada a favor del acusado, indicó expresamente los puntos de la decisión que impugnaba.

Para ello, transcribió parcialmente la sentencia n° 11.540 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1. Sostiene que el resolutorio en crisis incumple con la normativa de aplicación, toda vez que, a su criterio, una motivación tan arbitraria no satisface el recaudo elemental que debe seguirse en toda resolución en un sistema republicano.

Por ello, entiende que corresponde declarar la nulidad absoluta del auto impugnado y, en su lugar, dictar una nueva resolución ajustada a derecho.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación impetrado no resulta formalmente procedente.

En este sentido, sostiene que del contenido del principio de taxatividad legal del art. 475, en función de los **arts. 476 y 477 del CPP** se comprueba que la resolución recurrida no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación. Aclara que el querellante particular no se encuentra cuestionando en esta instancia el sobreseimiento en sí, sino un auto que declara mal concedido un recurso de apelación.

Señala que el querellante particular sólo puede impugnar las sentencias mencionadas en el art. 476 del CPP, esto es, las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio y las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena. Agrega que en caso de considerarse la procedencia formal del recurso interpuesto, tampoco procede sustancialmente. Ello, en tanto considera que los escuetos agravios expuestos por el censurante carecen de asidero.

Al respecto, sostiene que el juez de la instancia anterior fundó de manera acertada que los agravios manifestados por el recurrente no cumplían los recaudos de admisibilidad. Ello, en tanto no especificó los puntos de agravio, limitándose a transcribir parcialmente la resolución que pretendía impugnar. De tal manera, considera que debe confirmarse la validez de la resolución impugnada.

4.- Audiencia de informe oral del recurso

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto, el representante del querellante particular, al exponer sus fundamentos, reiteró –en lo sustancial– los agravios y posiciones oportunamente planteadas. A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación promovido considero que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación debe ser acogida. Paso a explicarlo.

De forma preliminar corresponde señalar que el recurso interpuesto, resulta formalmente admisible. En efecto, y en primer lugar, advierto que ha sido interpuesto respetando los requerimientos procesales de tiempo y forma y, por quien resulta legitimado.

En segundo lugar, respecto a la impugnabilidad objetiva de la resolución cuestionada, debo señalar que ésta no se encuentra entre las resoluciones impugnables por vía casatoria, por cuanto no se trata de una sentencia de sobreseimiento confirmada por el Tribunal Penal Colegiado en función de apelaciones o en función de juicio.

Así tampoco estamos frente a una sentencia absolutoria donde el querellante particular haya requerido la imposición de una pena (arts. 475 y 477 en función del 476 del CPP).

Sin embargo, entiendo que la resolución atacada debe ser equiparada a definitiva por cuanto la decisión en cuestión **es susceptible de causar un perjuicio de imposible reparación ulterior, toda vez que recaea sobre la desestimación formal de un recurso de apelación vinculado a una sentencia de sobreseimiento.**

En este sentido, corresponde excepcionar la regla del **art. 475 del CPP** cuando concurre, como se advierte en el caso, un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior (Fallos 244:34;

306:2101; 308:694; 315:1940; 316:1930; 321:3322; 322:1481; 323:2149, 323:2150, 326:697, 329:4931, entre otros).

A ello, debe sumarse que se trata de un hecho de violencia contra la mujer por razones de género, en donde los compromisos convencionales asumidos por el Estado argentino imponen la obligación de investigar, erradicar y sancionar este tipo de hechos, conforme me he pronunciado en numerosos precedentes (ver «**Galdeano Reyes**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**» y «**González Sosa**», entre otros).

Dicho esto, resulta preciso señalar que de las constancias digitalizadas se desprende que en fecha 1 de agosto de 2.022, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial resolvió, en lo que aquí concierne sobreseer a Miguel Ángel Vargas Rodríguez respecto del delito de lesiones graves dolosas (art. 90 del CP), que se le atribuía en la causa n° P- 763.969/19.

Ello, de conformidad a lo preceptuado por el art. 351 y 353 inc. 5 del CPP.

Contra esa decisión el representante de la querellante particular interpuso recurso de apelación y el juez del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en fecha 23 de agosto de 2.022, declaró mal concedida aquella impugnación.

Para fundar su resolución el magistrado señaló que «[e]l caso traído a consideración no satisface el requisito de específica indicación de los puntos de decisión que fueran impugnados por lo que dicha circunstancia excluye el análisis de toda otra consideración al respecto».

En este sentido, señaló que «[...] de la lectura del planeo formulado por la defensa, se estima que se pretende recurrir genéricamente una resolución jurisdiccional con expresiones que no bastan para cumplimentar con la específica indicación de puntos de agravios, máxime cuando se trata de una sentencia de sobreseimiento, el que versa sobre múltiples aspectos, tanto de hecho como de derecho, los que de manera –aun cuando sea mínima– deberían individualizarse».

Reseñadas entonces las constancias de la causa, la decisión recurrida y los agravios del representante de la querellante particular en esa instancia, considero que no asiste razón al juez de la instancia previa respecto a los motivos por los que consideró que correspondía declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto.

Esto, por cuanto estimo que esa impugnación cumplía con los requisitos de admisibilidad previstos por la normativa procesal vigente, en tanto aparecían indicados los puntos de la decisión que se recurrían con el grado de especificidad que señala el art. 455 del CPP. Veamos.

Al momento de interponer el recurso de apelación el representante de la querellante particular sostuvo que la resolución del Juzgado Penal Colegiado cuestionada padecía de arbitrariedad y que le ocasionaba un gravamen irreparable a los intereses procesales de su representada.

En razón de ello, señaló los puntos de la decisión que impugnaba, transcribiendo –a tal fin– la parte resolutive de la sentencia que dictaba el sobreseimiento del acusado Vargas Rodríguez.

Como se advierte, de lo expresado por el representante de la querellante particular, se desprende claramente cuál era el objeto de la impugnación, en tanto se agravio de la solución tomada por la jueza de grado.

Dicho de otro modo, el recurrente formuló planteos concretos que podían y debían ser tratados en la etapa recursiva intentada, y en ocasión de llevarse la audiencia oral fijada.

En este sentido debe tenerse en cuenta, tal como señaló esta Sala en el precedente «**Mercado Carrizo**» en relación con los requisitos de interposición exigidos normativamente al recurso de apelación, que éste

debe formularse, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 467 del CPP, «en las condiciones establecidas en el Art. 455».

Esta disposición legal a la que se remite aquella norma establece, en lo que aquí interesa, que los recursos deben interponerse «con específica indicación de los puntos de la decisión en que se funda».

La especificidad a la que hace referencia la norma no importa el agotamiento de las razones o fundamentos, pues ello sería propio de un sistema escrito, sino sólo la indicación los aspectos que se cuestionan de la resolución sobre los cuales se explayará al momento de la fundamentación. En definitiva, los cuestionamientos formulados por el representante de la querellante particular al momento de interponer el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado Penal Colegiado resultan la indicación clara y precisa de puntos de la resolución controvertida que a su representada le causaban agravios y cuya fundamentación debió ser expuesta en ocasión de llevarse a cabo la audiencia prevista por los arts. 468 y 472 del CPP. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: En relación con el recurso interpuesto, comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la procedencia sustancial del recurso interpuesto.

En relación con la **impugnabilidad objetiva** de la resolución cuestionada, considero que, si bien ésta no encuadra, en principio, en las previsiones del art. 475 del CPP, existen en caso analizado razones que permiten su equiparación a definitiva.

Ello, por cuanto se encuentra en tela de juicio el aseguramiento del **derecho de defensa**, lo que podría ocasionar un perjuicio de difícil o imposible reparación (ver, en lo pertinente, CSJN, Fallos 308:2230, 310:428, 315:2927, 320:463, 322:571, 322:1682, 322:3241, 323:3386, 324:946, 324:1114, 324:1152, 329:4931, entre otros).

En cuanto al fondo de los planteos formulados por el recurrente, me remito a las consideraciones oportunamente realizadas en el **precedente «Mercado Carrizo»**.

Por lo expuesto, estimo que debe responderse de manera afirmativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido por el querellante particular, coincido con el voto que me antecede y me remito, en lo pertinente, a los lineamientos que expresara sobre el tema tratado en el **precedente «Mercado Carrizo»**. De tal manera, considero que debe responderse de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 30 de noviembre de 2023

13- LEGUIZAMON. 19-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcLRF.pdf

Lex: Art. 89 y 92, en función con el art. 80 inc. 1° del CP.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión** con los beneficios de su ejecución condicional, por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas, previsto y penado por el art. 89 y 92, en función con el art. 80 inc. 1, todos del Código Penal.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6848, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

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

Fallo

CUJ: 13-07219007-0/1((038501-135143)) FC/ LEGUIZAMON ROJAS FELIPE ORLANDO CEFERINO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (135143) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106379312*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07219007-0/1 caratulada “F. c/LEGUIZAMÓN ROJAS, FELIPE ORLANDO CEFERINO P/LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Felipe Orlando Ceferino Leguizamón Rojas interpone recurso de casación contra la sentencia n° 6.848, y sus fundamentos orales, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-135.143/21, a la pena de ocho meses de prisión con los beneficios de su ejecución condicional, por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas, previsto y penado por el art. 89 y 92, en función con el art. 80 inc. 1, todos del Código Penal.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditado los hechos acusados, esto es, que «[e]l día 27 de diciembre de 2021 siendo aproximadamente las 09.00 hs., en momentos que la víctima de autos, [E.J.F.], se encontraba en su domicilio sito en Carril Colombo S/N°, Finca Ana Persia, de La Central, Rivadavia, Mendoza; junto a su pareja FELIPE ORLANDO CEFERINO LEGUIZAMON.

Este último previo mantener una discusión con la víctima le dio un empujón a la misma haciéndola caer al piso y golpearse el codo izquierdo; seguidamente en momentos que la víctima se reincorporó el encartado le propinó un golpe de puño en el costado izquierdo de la cara a [E.J.F.]. causándole el sindicado a la víctima excoriaciones y hematomas en brazo y codo izquierdo, lesiones con un tiempo probable de curación de cinco días».

Para resolver de tal modo, el juez de la instancia previa valoró las declaraciones rendidas durante el debate por parte de E.J.F., en su calidad de víctima y denunciante de autos, así como las efectuadas por S.A.F., por el personal policial interviniente (Oficial PP Esteban Videla y el Oficial PP Leonardo Mendoza), y por las profesionales que asistieron a la víctima (Lic. Luz Murúa y la Lic. Natalia Ayala).

De igual modo, ponderó la prueba instrumental producida e incorporada al juicio, y con la versión de descargo realizada por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado Leguizamón Rojas promueve su impugnación a tenor de lo previsto en el inc. 2 del art. 474 del CPP. esto es, por considerar que la sentencia atacada adolece de vicios procedimentales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que la pieza impugnada se encuentra viciada por la errónea interpretación de la prueba rendida en autos, fundamentalmente de los exámenes realizados por el Cuerpo Médico Forense.

Esto, a su criterio, decanta en una sentencia carente de adecuada fundamentación, además de violatoria del principio de inocencia del acusado, en tanto no se ha alcanzado el grado de certeza requerido para el dictado de un fallo condenatorio.

Refiere que se han valorado erróneamente palabras y situaciones planteadas por la defensa técnica durante el debate, donde no se hizo referencia a la palabra «inérita» para calificar la relación de pareja.

Sobre ello, destaca a que la denunciante fue clara y precisa en juicio cuando negó que estuviera inmersa en un espiral de violencia familiar que la mantuviera cautiva y que, por ello, estuviera atravesando un proceso de revictimización, lo que encuentra respaldo en la declaración de su propia hermana, quien afirmó que la relación no era fuera de lo común.

Agrega que se trata de una pareja aislada, que no era una relación fuera de lo común, que como la mayoría de las relaciones de pareja existen discusiones, y que si bien esto no es un justificativo de la violencia intrafamiliar, esta pareja tenía esa forma de relacionarse mientras convivían.

Refiere que lo expuesto muestra una simetría e igualdad de poder en la relación de pareja.

Expresa, en relación con el hecho objeto del proceso, que sólo fue un empujón, como lo declaró el acusado en debate, para retirar a la denunciante que estaba regañando a su hija Pilar – como fue reconocido en debate por la denunciante–. Lo que, a su criterio, no constituye violencia de género.

Expone que los exámenes del Cuerpo Médico Forense merecen párrafo aparte, que aparecen calcadas unas a otras, indicando que es un detalle no menor, ello en referencia a una «crítica constructiva» de esa defensa, que así lo menciona.

Entiende arbitrario que se condenara a su representado por el delito de lesiones siendo que, según el acta de procedimiento de fecha 27 de diciembre de 2.021, la Dra. Abdala diagnosticó que la denunciante no presentaba lesiones visibles de gravedad y que sólo tenía hematomas lógicamente producto de la caída originada en un empujón.

En función de lo expuesto, pretende se dicte la absolución del imputado, en virtud de que no se han probado los delitos que se le enrostran en el debate realizado. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que, si bien el recurso es formalmente procedente, debe ser desestimado en el fondo.

Considera que el juez de la instancia previa tuvo en consideración las declaraciones de Evangelina Janet Fernández, y las manifestaciones de la hermana Silvana Fernández, mencionando que lo que para la defensa eran discusiones que no ameritan violencia intrafamiliar y que se trata de una pareja donde existe igualdad de poder y simetría, para el sentenciante se trató de una relación de familia que calificó de inérita, palabra que a su criterio, utiliza a fin de sintetizar los extremos de esa relación.

En tal sentido, refiere que el sentenciante expuso que sí existía violencia de género, para lo cual valoró los testimonios mencionados, como también el informe de la Lic. Murua, donde indicó que esto era violencia de género, que hay un riesgo alto, y destaca una asimetría direccional donde la víctima tiene un rol completamente inferior, con sometimiento, control y situaciones compatibles con violencia económica.

Respecto a la falta de lesiones visibles que le habrían provocado la caída al piso que describe la víctima, expresa que el Cuerpo Médico Forense efectivamente constató excoriaciones y hematomas en brazo y codo izquierdo.

Destaca que el juzgador contó con otros elementos para apreciar la verosimilitud del relato de la víctima. Entre ellos, las declaraciones del personal policial que llegó al lugar y tuvo contacto con aquella inmediatamente luego de acaecido el hecho, cuyos testimonios lucieron sinceros.

En cuanto al contexto de violencia de género, refiere que la sentencia se apoya, entre otros, en el informe elaborado por profesionales del Equipo Profesional Interdisciplinario, que da cuenta de la modalidad vincular de tipo asimétrica, con una posición de superioridad y dominio en detrimento de la mujer.

Por tales razones, solicita el rechazo de la impugnación formulada y la confirmación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en base a los motivos que en lo sucesivo se exponen, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Felipe Orlando Ceferino Leguizamón.

Conforme se desprende de la reseña efectuada precedentemente, en el escrito defensivo se cuestiona la contundencia del caudal probatorio reunido en la causa para concluir en un juicio de certeza positiva sobre la existencia material de los hechos del proceso, y la responsabilidad del acusado como autor de los mismos.

Sin embargo, como se verá, se observa que, en relación a ello, no hace más que reeditar su perspectiva sobre la valoración de la prueba, sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional acorde a derecho.

En efecto, para respaldar su crítica, el recurrente considera que el caso no constituye un supuesto de violencia de género, desde que la relación de pareja entre la denunciante y el acusado no aparece marcada por un vínculo asimétrico de poder del varón hacia la mujer.

En esa lógica, presenta el suceso investigado como una simple y cotidiana manifestación de la forma de relacionarse de las parejas en general, y la de los involucrados en particular, donde el empujón que se le atribuye al acusado, y las lesiones –hematomas– que le provocó a la víctima, se justificarían en la actitud de Leguizamón de interceder en una reprimenda de esta última para con su hija.

Advierto que el camino argumentativo seguido por la defensa para sustentar la pretendida inocencia del acusado, no hace más que confirmar las conclusiones a las que se arriba en el fallo impugnado sobre ambos extremos de la imputación delictiva.

Ello, desde que es la misma defensa la que admite los aspectos centrales de la teoría del caso de la acusación fiscal –convalidada en el fallo cuestionado–, al confirmar que el acusado agredió a la víctima, provocándole con ello una serie de lesiones en su cuerpo.

De lo señalado surge la reprochabilidad jurídico-penal de la conducta del encausado, desde que para ello basta con tener por probado que con su accionar, provocó un daño en el cuerpo de la víctima, extremo debidamente acreditado en autos.

Por lo tanto, si a la ausencia de cuestionamientos aludida en el párrafo precedente, se le adiciona que no se verifican arbitrariedades en la valoración probatoria realizada por el tribunal de sentencia para tener por acreditada la hipótesis acusatoria en los términos que se tuvo por probada, se configura un escenario que demuestra la innecesidad de profundizar la revisión sobre este tópico.

Sin perjuicio de ello, y para respaldar esta última afirmación, debe decirse que la víctima ha sido coherente, consistente y persistente a lo largo de todo el proceso al describir el contexto dentro del cual se produjo la agresión contra su integridad física a manos del acusado.

También, al narrar y describir los antecedentes de violencia reiterada y cotidiana que caracterizaban su relación de pareja con Leguizamón Rojas, con quien convivía, y tenía tres hijos en común. Lo apuntado es de significativo valor en dos sentidos.

Por un lado, porque aquellas cualidades de su testimonio se erigen como aspectos determinantes para evaluar la credibilidad de su relato y, desde allí, la certeza sobre la ocurrencia de los hechos.

Más aún cuando ello se complementa con la corroboración periférica que emerge de elementos probatorios externos a sus dichos, como sucede en autos con el resto de la prueba producida e incorporada a la causa, la que ha sido debidamente justipreciada por el juez de la instancia previa.

Me refiero, concretamente, a: la constatación de lesiones a la víctima el día posterior al hecho, vertidas en el informe de sanidad correspondiente, en el que se describen «excoriaciones y hematoma en brazo y codo izquierdo»; el informe de valoración de riesgo de violencia física en la pareja y contra la mujer, efectuado por personal del Equipo Profesional Interdisciplinario en fecha 29 de diciembre del 2.021 –Lic. Luz Murua Trogu y la Lic. Juliana Vélez–, donde se concluye entre otros aspectos, que «la estimación de riesgo de violencia física y/o riesgo vital se evalúa ALTO»; y, finalmente, la declaración testimonial de la hermana de la denunciante –S.A.F.–, en cuanto se refirió no sólo a este hecho en particular, sino también, a sucesos violentos anteriores.

Por otro lado, porque aún cuando el contexto fáctico en el que se insertan los hechos investigados no ha impactado en la calificación legal de los mismos, siendo que se ha demostrado que el comportamiento delictivo ha sido perpetrado por un hombre contra una mujer mediando una evidente situación de violencia de género, ejercida en diversas formas –violencia física, violencia económica, violencia psicológica, entre otras modalidades–, lo cierto es que aquel no puede ser desconsiderado al momento de resolver el caso.

Precisamente esa ha sido la perspectiva analítica asumida por el tribunal de la instancia previa al examinar los hechos de la causa, y que demuestran que la respuesta materializada en el acto jurisdiccional impugnado resulta adecuada.

El juez de sentencia consideró que el caso se enmarca dentro de un supuesto de violencia de género y, desde allí no sólo examinó y ponderó los elementos probatorios que integraban el plexo de autos sino que, además, descartó fundadamente cada una de las premisas de las que parte la defensa para solicitar la absolución de su representado, las que han sido íntegramente reeditadas en esta instancia extraordinaria sin estar acompañadas de un aporte argumentativo que mínimamente demuestre lagunas o desaciertos en el razonamiento de la sentencia.

Al respecto, debo señalar que comparto con el juez de la instancia previa cuando descarta valor desincriminatorio a la modalidad de trato de la pareja y, de igual manera, cuando hace lo propio respecto de la causa o motivo que habría desencadenado la agresión, según la versión aportada por el propio acusado en ejercicio de su derecho de defensa material durante el debate.

Pues, al igual que considera el sentenciante, ninguno de esos aspectos permite razonablemente arribar en la presente causa, a una decisión distinta sobre el caso.

Sobre lo primero, cabe agregar que es absolutamente irrelevante indagar sobre cuál era el modo en que se trataban recíprocamente la víctima y el acusado en el ámbito de su pareja, cuando la existencia misma de esa relación –aspecto que sí es relevante para la configuración típica del comportamiento delictivo aquí investigado– no ha sido materia de cuestionamiento por ninguno de sus integrantes.

Por ello, entonces, la existencia o no de un cuadro de violencia recíproca, no podría nunca conducir a negarle el desvalor propio que tiene cada conducta violenta que, como en autos, provocó las lesiones que resultaron objetivamente constatadas.

Entiendo que una lógica contraria, en los términos que lo propone el recurrente, implicaría justipreciar irrazonablemente comportamientos de acuerdo a la modalidad en que se desarrolla una determinada relación afectiva, conduciendo al absurdo de tolerar o justificar jurídicamente conductas disvaliosas, en los casos en que éstas integren la cotidianeidad de esa relación.

Esa es la impropia pretensión de la defensa cuando desprende la ausencia de responsabilidad penal del acusado en las lesiones que él le provocó a su pareja en función que ello representaría un modo de comportamiento habitual y característico de las parejas en general, y la de los implicados en particular, de resolver discusiones cotidianas.

En pocas palabras, y siguiendo el razonamiento del recurrente, si la pareja tiene esa forma de relacionarse mientras conviven, donde que alguno o ambos de sus miembros enfrentan con violencia los problemas que se les presenta, ello justificaría las agresiones físicas que se produzcan en ese ámbito de intimidad.

No deja de sorprender un razonamiento de ese tipo, que sólo se entiende desde el más absoluto desconocimiento de las características propias que definen el ámbito de la violencia contra las mujeres provocadas por hombres en el ámbito de una pareja, así como también, de la normativa nacional e internacional que regula esta materia.

Conviene destacar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "**Belem do Pará**" garantiza para las mujeres una vida libre de violencia, es decir, de «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (art. 1).

Nótese que la Convención citada es una fuente importante de nuestra ley 26.485, aunque la legislación local va mucho más allá, definiendo también como violencia contra la mujer la económica y patrimonial y la simbólica; ampliando también los ámbitos en donde pueden ejercerse las violencias contra las mujeres. De esta manera, entonces, aun cuando el hecho no haya sido configurado jurídicamente como un caso de violencia de género, la singularidad del modo en que se desarrollaba la pareja no constituye un indicio desincriminante como lo pretende el recurrente.

Más bien, resulta un aspecto que define un particular contexto circunstancial, que no puede ser omitido de consideración al momento de valorar los distintos elementos de prueba colectados, particularmente la declaración de la víctima de autos.

A idéntica reflexión arribo respecto a cuál haya sido la génesis que desencadenó la agresión del causante, en referencia a una intervención de su parte para impedir que la víctima reprimiera a su hija. Al respecto debo efectuar dos aclaraciones.

La primera, es que se trata de una información que se sustenta únicamente en las manifestaciones de acusado durante el debate para justificar de ese modo la conducta asumida dentro del marco fáctico en el que se produjeron las agresiones que se le atribuyen (ver audiencia del día 22/03/2023, de las 12:51 hs., mins. 00:08:51/00:19:50).

Esta versión ha quedado absolutamente descartada a partir de la descripción que hizo la víctima durante el juicio del contexto fáctico donde se inserta los hechos que se le enrostran al acusado; en particular, cuando confirma que su hija presenció la discusión que mantuvo con Leguizamón Rojas el día de los hechos, pero descarta haber mantenido con ella algún tipo de altercado, confrontación o pelea que

hubiera requerido –como lo sugiere la defensa en apoyo de la versión del acusado– la intervención del acusado.

Mucho menos, una intervención de tipo agresiva y lesiva como la que tuvo. La segunda aclaración que debo hacer es que, aún cuando tomáramos por válido que la denunciante efectivamente estaba retando a su hija el día de los hechos, de modo alguno ello permite justificar la conducta comprobada del acusado, es decir, que haya empujado y golpeado a quien era su pareja, provocándole con ello las lesiones objetivamente constatadas.

Esto, a mi entender, demuestra el acierto del tribunal de la instancia previa cuando examina este tópico y descarta un efecto relevante sobre la responsabilidad penal del acusado en los hechos que se le imputan. Finalmente, no debe obviarse que la verosimilitud de su descargo también ha quedado desacreditada a partir de la información obtenida de otros elementos probatorios incorporados a la causa.

Sobre ello, debe destacarse que el acusado describió un escenario de los hechos donde la denunciante ejerció actos de violencia material que habrían ocasionado –según esa versión– daños en la vivienda y en el automóvil de su propiedad.

Sin embargo, y como bien lo hizo notar la representante del Ministerio Público Fiscal durante el debate, nada de aquello aparece consignado en el acta de procedimiento labrada por personal policial actuante al momento de la aprehensión del acusado, así como su ratificación posterior efectuada por el Of. Ayte. Leonardo Rafael Mendoza Silvestre, en fecha 27 de diciembre del año 2.021.

En definitiva, y por las razones expuestas, advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria –descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Felipe Orlando Ceferino Leguizamón Rojas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 19 de diciembre de 2023.-

14- VIDELA ORTIZ. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474
														414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVOC.pdf

Lex: Art. 94, 1° párrafo del CP.

Vox: Lesiones leves culposas. Absolución. Riesgo permitido. Riesgo prohibido

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado del delito de lesiones leves culposas por el que fuera oportunamente imputado

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

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 10836, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

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

Fallo:

CUJ: 13-06875923-9/1((018501-4931)) F C/ VIDELA ORTIZ CARLOS MARTIN P/ LESIONES CULPOSAS (4931/19) (4931) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106124826*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06875923-9/1 caratulada "F. C/ VIDELA ORTIZ, CARLOS MARTÍN P/ LESIONES CULPOSAS LEVES P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Jorge Calle, interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10.836 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto la jueza interviniente ha resuelto absolver al señor Carlos Martín Videla Ortiz del delito de lesiones leves culposas por el que fuera oportunamente imputado en el marco de la causa n° T-4931/19 (art. 94 primer párrafo, del CP).

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

En la sentencia previamente individualizada, la jueza de la instancia previa absolvió al señor Videla Ortiz del delito de lesiones leves culposas. Según los fundamentos proporcionados en la audiencia de debate correccional, la magistrada interviniente expresó que se inclina por la solución absolutoria en función de considerar que la conducta desplegada por el encausado **no es objetivamente típica**. En este sentido, afirmó que el comportamiento del Sr. Videla Ortiz **no ha generado un riesgo objetivamente típico del delito de lesiones**, pues no ha infringido deber de cuidado alguno. Según la magistrada interviniente, desde la altura propia del rodado que conducía, al encausado le era imposible advertir que el niño (menor a dos años) había salido de su casa a través de una hendidura del portón e invadido la calzada, situándose delante de la rueda delantera. Reiniciar la marcha del rodado, una vez que el padre de la víctima descendió del estribo, sólo puede considerarse una conducta generadora de riesgos jurídicamente permitidos, por ser intrínsecos al tráfico rodado.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Dr. Jorge Calle ha recurrido la sentencia absolutoria en virtud de considerar que la misma adolece de vicios sustanciales.

En este sentido, afirma que se ha incurrido en un error en la aplicación de la ley sustantiva al considerar que la conducta del encausado no ha infringido **deber cuidado** alguno y, por tanto, no resulta objetivamente típica del delito de lesiones leves imprudentes.

Entiende el recurrente que el comportamiento del encausado fue imprudente, en la medida en que éste violó «los deberes esenciales de cuidado de todo conductor vehicular, al retomar la marcha del camión tractor sin percatarse de la posible existencia de algún rodado, bicicleta, motovehículo, animal o peatón en la vía pública».

En concreto, afirma que la conducta del Sr. Videla Ortiz habría generado un incremento jurídicamente desaprobado del riesgo propio de la circulación vehicular al haber infringido lo dispuesto por el art. 42 de la Ley de Tránsito N° 9.024.

Dicho texto legal impone a los conductores la obligación de «circular con cuidado y precaución conservando en todo momento el dominio del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito».

Así las cosas y en definitiva, el Sr. Fiscal entiende que, cuando el encausado Videla Ortiz retomó la marcha de su vehículo, debió haber advertido que un infante de 16 meses de edad se encontraba frente a la rueda delantera.

Por último, hace expresa reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General mantiene el recurso impetrado por el Sr. Fiscal y, para ello, se ha remitido a los argumentos que allí han sido oportunamente expresados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y en virtud de las consideraciones detalladas a continuación, considero que el mismo debe ser rechazado, pues la sentencia absolutoria impugnada no adolece de los vicios sustanciales que el recurrente le endilga.

En este sentido, corresponde adelantar aquí que coincido con la solución y los argumentos ofrecidos por la jueza interviniente al momento de fundar oralmente su resolutive.

El caso traído a consideración de esta instancia plantea, en mi opinión, en un paradigmático supuesto en el que el comportamiento del acusado se mantiene dentro de los márgenes del riesgo permitido a la circulación vehicular, de modo tal que no advierto violación a deber de cuidado alguno por parte de Videla Ortiz, como pretende argumentar el recurrente.

En esta línea, cabe destacar que el Sr. Fiscal no ha proporcionado argumentos de peso que permitan revertir en esta instancia la conclusión de la jueza precedente, pues no se especifica de qué modo infringió el encausado la normativa individualizada en el recurso de casación, esto es, el **art. 42 de la Ley de Tránsito**.

En efecto, dado que el texto legal reseñado establece que se debe conducir con cuidado y precaución, alegar el quebrantamiento culpable de los deberes de cuidado en el tráfico requiere explicitar las razones por las cuales se considera que la conducción desplegada por el imputado, en el caso concreto, no ha sido realizada de modo suficientemente precavida.

Dicho de otro modo, la imputación formulada sólo puede ser sostenida en la medida en que se expliciten las razones por las cuales resulta razonable exigirle al imputado el haber adoptado una conducta distinta y más cuidadosa que aquella efectivamente adoptada.

Según los argumentos vertidos por el Sr. Fiscal, sería razonable afirmar que, para cumplir con el estándar de conducta exigido por el legislador, aquello que el encartado pudo y debió hacer, en el caso concreto y antes de reanudar la marcha, consistía en cerciorarse de que delante de su rueda delantera no se había posicionado un infante de 16 meses de edad. Esta afirmación no puede compartirse.

Para advertir por qué, según creo, basta con hacer el razonamiento siguiente: establecer tal exigencia de cuidado como criterio de base para trazar la frontera entre el riesgo permitido y el riesgo prohibido en la circulación vehicular implicaría bloquear toda posibilidad de circulación.

En este sentido, cabe destacar que los estándares de cuidado y precaución a los que refiere el art. 42 del

texto legal no pueden ser contruidos de forma tal que su cumplimiento exceda la razonabilidad en el marco del desarrollo de la actividad.

Dicho de otro modo: si una vez detenida la marcha de un vehículo (por ej. en cada semáforo en rojo) y a los fines de cumplir con el debido cuidado, cada conductor debiera cerciorarse que nadie se ha colocado subrepticamente delante de las ruedas, la circulación sería absolutamente inviable.

En efecto, todo conductor que detenga momentáneamente la marcha de su vehículo debería, previo a reanudarla, descender del mismo y hacer una ronda de chequeo que le permita descartar que alguien se haya colocado delante de sus ruedas.

Como consecuencia y en el caso concreto, comparto lo argumentado por la jueza interviniente cuando afirma que no es posible exigir a Videla Ortiz la realización de conductas que le permitieran advertir, desde el interior del rodado, que un infante de baja estatura se ha escabullido de su domicilio por una hendija y se ha colocado frente a la rueda delantera del mismo.

De hecho, si el Ministerio Público Fiscal tampoco ha considerado oportuno imputar al padre de la víctima –en su calidad de garante de protección– por no haber advertido dicha circunstancia de peligro mientras conversaba con Videla Ortiz subido al peldaño del rodado, resulta evidente que los estándares de cuidado en el tráfico rodado no han sido infringidos por el acusado.

Atento a los fundamentos expresados en los párrafos precedentes, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

15- GODOY ROMERO. 21-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcGRB.pdf

Lex: Art. 239, 54 y 92, 1° supuesto en función de los arts. 89, 80 inc. 8° del CP.

Vox: Resistencia a la autoridad. Concurso ideal. Lesiones leves dolosas agravadas por ser cometido a personal policial. Error de tipo vencible. Concurso aparente. Sana crítica. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión de cumplimiento efectivo** por considerársele autor penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves dolosas agravadas por ser cometido a personal policial (arts. arts. 239, 54 y 92 primer supuesto en función de los arts. 89, 80 inc. 8, todos del CP).

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

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, y, en consecuencia, anular la sentencia dictada y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al JPC N° 2 de General Alvear a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 416, pronunciada por el JPC N° 2 - 2° CJ.

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

Fallo

CUIJ: 13-06875999-9/1((028502-10778)) F.C/GODOY ROMERO BRIAN ALEJANDRO P/RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A UN FUNCIONARIO PÚBLICO (10778/22) (10778) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106124874*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06875999-9/1 caratulada “F. c/ GODOY ROMERO, BRIAN ALEJANDRO P/ RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A UN FUNCIONARIO PÚBLICO (10778/22) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Brian Alejandro Godoy Romero interpone recurso de casación contra la sentencia n° 416 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear.

Ello, en tanto allí se resuelve condenar a aquél, en causa n° P-10.778/22, a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por considerárselo autor penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves dolosas agravadas por ser cometido a personal policial (arts. arts. 239, 54 y 92 primer supuesto en función de los arts. 89, 80 inc. 8, todos del CP).

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa, en lo que aquí interesa, consideró acreditado que el día «[...]» 30 de enero del año 2022, siendo las 09:55 horas aproximadamente, en circunstancias que los efectivos policiales de Cuerpos Especiales Auxiliar Oscar Ruiz Díaz y Auxiliar Evangelina Rebeco se encontraban en el interior del camping municipal 8 de noviembre (denominado comúnmente “la Enramada”) sito en calle San Juan de esta ciudad, intentando llevar a cabo el traslado de tres masculinos a sede de Comisaría 14° por su estado de ebriedad, es que uno de ellos, el hoy aprehendido Brian Alejandro Godoy Romero ofrece una resistencia activa a los fines de ingresar al calabozo de la movilidad n° 3173, llevando a cabo un forcejeo con el Auxiliar Ruiz Díaz propinándole golpes de puño en el rostro y en el cuerpo, para luego y esgrimiendo en sus manos la hoja de un cuchillo de 20 cm. de largo aproximadamente, arremeter contra personal policial, provocándole una lesión cortante en la zona del antebrazo izquierdo. A consecuencia de este accionar, el oficial Díaz presentó: “tumefacción en mejilla derecha, se palpa contractura cervical, excoriación en cara antero externa de antebrazo izquierdo, con una incapacidad para el trabajo de 24 horas a un mes, de no mediar complicaciones”» (ver al respecto, audiencia de fundamentos, min. 1:10). Para así decidir, el juez interviniente valoró, entre los elementos más relevantes, la prueba testimonial compuesta por las declaraciones testimoniales de Oscar Ruiz, E. Rebeco, Domingo Ávila, Germán Gauvrón y Maciel Flores, así como también la prueba instrumental, principalmente integrada por las actas de procedimiento, aprehensión, croquis, el test de alcoholemia y el examen médico realizado al oficial de policía lesionado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Brian Alejandro Godoy Romero interpone recurso de casación sustentado en el motivo previsto en el art. 474, inc. 2 del CPP.

En efecto, afirma el recurrente que la sentencia impugnada sólo puede ser producto de una valoración arbitraria del plexo probatorio, pues los elementos de prueba incorporados a la causa no permiten tener por acreditados los hechos que sustentan la acusación.

En concreto, señala que los testimonios de cargo sobre los que el juez interviniente ha asentado la resolución de condena no poseen la credibilidad que el Tribunal les asigna, pues presentan contradicciones y ofrecen diferentes versiones acerca de cómo sucedieron los hechos.

En este sentido, aduce la defensa que los oficiales actuantes atestiguaron que Domingo Ávila –encargado del predio– les «pidió» que retiraran a las personas que estaban en el interior de aquel lugar, entre las que estaba su defendido, cuando del testimonio de Ávila se desprende, claramente, que los oficiales «se ofrecieron» a retirar a esa gente.

Refiere también que el relato ofrecido por el oficial Ruiz Díaz difiere sustancialmente del ofrecido por la oficial Rebeco respecto de la dinámica del hecho, especialmente, en relación con el lugar donde se habría hallado la hoja de cuchillo con la que supuestamente fue agredido el primero.

Asimismo, aduce la defensa que en la causa también se han incorporado testimonios de descargo –las declaraciones ofrecidas por Gauvrón y Flores– y otros elementos de prueba que sustentarían una versión alternativa sobre la plataforma fáctica y con base en la cual no sería posible afirmar la autoría de su defendido en relación con los tipos penales por los que ha sido acusado y condenado.

En este sentido, aduce que los testigos referidos declararon que el cuchillo se encontraba en el piso, pues lo estaban utilizando para cortar el hielo, y fue tomado por la Auxiliar Rebeco al inicio del procedimiento. La versión proporcionada por el oficial Ruiz Díaz, por otra parte, resulta para la defensa inverosímil pues entiende que ha quedado acreditado que el acusado vestía, al momento de ser aprehendido, pantalones cortos y remera, por lo que no se entiende en qué lugar habría tenido escondido el cuchillo que Ruiz Díaz afirma que le «esgrimió» y con el cual lo habría lesionado.

Por las razones expuestas, concluye que el tribunal actuante debió aplicar en este caso el principio del in dubio pro reo y solicita, en consecuencia, que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se absuelva de culpa y cargo al acusado.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa, si bien resulta formalmente procedente, debe ser rechazado en lo sustancial.

Ello, por entender que, a diferencia de lo argumentado por el recurrente, la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundada y la valoración del plexo probatorio luce conforme a las reglas de la sana crítica racional.

En primer término, manifiesta el titular del Ministerio Público Fiscal que el juez interviniente no sólo contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida para condenar, sino que también ha examinado los testimonios recibidos de forma detallada, dando cuenta de las contradicciones que la defensa arguye se han omitido.

En segundo término, entiende que es irrelevante la circunstancia de si Domingo Ávila solicitó a los oficiales que retiraran a esas personas o si los oficiales se ofrecieron a hacerlo.

Tal circunstancia no afecta en nada el hecho de que, frente a la orden emitida por el personal policial de subir a la movilidad para ser trasladado a la comisaría, Godoy Romero la incumpliera dándose a la fuga y, al ser perseguido y capturado por el oficial Ruiz, ofreciera también una **resistencia activa**, propinándole golpes de puño y un puntazo, lesiones que han quedado debidamente constatadas.

Así las cosas, no advierte falta de fundamentación ni arbitrariedad en la valoración de la prueba, sino más bien una discrepancia de la defensa con respecto a la valoración que el juez interviniente ha realizado respecto de todos los elementos de prueba incorporados a la causa.

En función de lo expuesto, considera que la sentencia de la instancia anterior debe ser convalidada en su totalidad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento y con base en los motivos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Brian Alejandro Godoy Romero.

En primer lugar, corresponde tratar el agravio defensivo según el cual el juez interviniente se aleja de la sana crítica racional a la hora de valorar los testimonios de cargo.

En concreto, se denuncia que, a la hora construir la plataforma fáctica, el juez de la instancia previa ha concedido credibilidad absoluta a los dichos vertidos por los oficiales de policía intervinientes y, con ello, se omite considerar las diversas e importantes contradicciones que estos presentaron.

En efecto, de la compulsión de las actuaciones y la revisión de las audiencias practicadas, entiendo que asiste razón a la defensa cuando afirma que existen diversas contradicciones que no han sido debidamente valoradas por el juez de la instancia previa a la hora de fijar la plataforma fáctica.

Cabe destacar aquí que, entre las más relevantes, existen algunas que afectan a uno de los aspectos más controvertidos y fundamentales en relación con los hechos: si el acusado efectivamente portaba, esgrimió y lesionó con una hoja de cuchillo al oficial Ruiz o, como manifiesta la defensa a la hora de exponer una plataforma fáctica alternativa, no lo hizo.

Pues bien, los únicos elementos de prueba tendientes a acreditar dichos extremos son, en definitiva, los testimonios de los policías actuantes.

No obstante, al momento de prestar declaración en el debate, las versiones ofrecidas por cada uno de los uniformados difieren, de manera sustancial, en relación con estas circunstancias.

Cabe mencionar que el oficial Ruiz relató que la huida y posterior aprehensión del encausado tuvo dos tramos bien diferenciados.

En un primer tramo, Godoy Romero se da a la fuga, él lo persigue y alcanza, produciéndose un altercado violento en cuyo contexto el encausado habría extraído el cuchillo de entre sus escasas ropas, lo habría esgrimido y le habría «largado un puntazo en la mano».

No obstante, Ruiz le dio una patada en la mano a Godoy Romero y «logró sacarle el cuchillo», el cual «quedó tirado ahí en el piso».

Comienza entonces el segundo tramo, momento en el que el encausado vuelve a salir corriendo, pero el oficial Ruiz logró, luego de perseguirlo «otros cien metros» y darle alcance nuevamente «en una subidita que tiene el camping», arrojarlo al piso y reducirlo, esposándolo (ver al respecto, audiencia de debate del día 21.3.22, min 11:30 y min 24:30).

Luego de ello, siempre según el relato del oficial Ruiz, llegó el apoyo de la oficial Rebeco.

Ahora bien, al momento de prestar declaración testimonial, la oficial Rebeco proporciona una versión de los hechos que difiere sustancialmente de lo afirmado por el oficial Ruiz, sobre todo en relación con la supuesta utilización del arma blanca por parte del encausado.

En efecto, frente a las preguntas del representante del Ministerio Público Fiscal y de la defensa, la oficial Rebeco adujo, en varias ocasiones, que el cuchillo lo había levantado a un metro del encausado, una vez que este lo soltó, luego de haber sido completamente reducido y esposado (ver al respecto, audiencia de debate del día 4.4.22, min. 1:10:30).

La contradicción salta a la vista: ¿cómo es posible que la hoja de cuchillo fuera levantada a un metro del encausado si el oficial Ruiz, mediante una patada, lo había desarmado cien metros atrás, donde el cuchillo había quedado tirado? La flagrante diferencia constituye un obstáculo importante a los fines de tener por acreditada la plataforma fáctica del caso, pues resta credibilidad a los testigos de cargo.

No obstante haber advertido dicha diferencia, el juez interviniente procede a quitarle toda relevancia. En su opinión, «lo relatado por Ruiz se ajusta más a la realidad, probablemente por la situación de estrés bajo la cual estaba Rebeco, por ver a su compañero en una persecución» (ver, al respecto, audiencia de fundamentos, min. 0.36), lo cual no resulta ajustado a las reglas del sentido común, pues es más probable que quien interviene en una persecución esté sometido a mayor estrés que quien la observa.

Asimismo, también resta credibilidad a esos testimonios las versiones contradictorias acerca de la dirección en la que corrió el encausado y la posibilidad que tuvieron los demás testigos de observar lo sucedido entre Godoy Romero y el oficial Ruiz.

En efecto, éste manifestó que Godoy Romero corrió en la misma dirección «en que apuntaba el furgón» (ver al respecto, audiencia de debate del 21.3.23, min. 21.30), de manera tal que resulta inviable para quien se encuentra en la parte trasera ver lo sucedido; la oficial Rebeco, por su parte, declaró exactamente lo contrario (ver al respecto, audiencia de debate del día 4.4.22, min. 58:00 y 1:20:10).

En segundo lugar, debemos afrontar el argumento de la defensa según el cual el juez de la instancia previa ha incurrido en arbitrarias omisiones al momento de valorar los testimonios de descargo.

Según manifestaron los testigos Germán Gauvrón y Maciel Flores, es cierto que en el lugar había una hoja de cuchilla y que la utilizaron para cortar el hielo; de hecho, Flores reconoció habérsela pedido al otro grupo de sujetos que, al arribar personal policial, huyó del lugar (ver al respecto, audiencia de debate del día 22.3.22, min. 5, 42:30).

No obstante, ambos testigos manifestaron de forma coincidente que dicho elemento fue levantado del suelo por la oficial Rebeco mucho antes de que Godoy Romero se alejara del lugar y fuera reducido por el auxiliar Ruiz (ver al respecto, audiencia de debate del día 22.3.22, min. 11:50, 43:15) y que el encausado nunca tuvo otro cuchillo entre sus prendas pues, de hecho, se había bañado en el río.

Asimismo, ambos testigos declararon que, al momento de los hechos, la oficial Rebeco dijo que podían retirarse –según los dichos de los propios testigos, esto puede haber sido un malentendido porque es posible que sólo le haya preguntado al otro oficial si podían retirarse–, razón por la cual Godoy Romero comenzó a retirarse.

Frente a ello, los oficiales les dijeron que no se fueran, pero el encausado no escuchó, y, en función de ello, se produjo el altercado (ver al respecto, audiencia de debate del día 22.3.22, min. 7:30 y 41).

Por último, el testigo Flores señaló que Godoy Romero, por su alto estado de ebriedad, no estaba en condición alguna de pelear ni resistirse (ver al respecto, audiencia de debate del día 22.3.22, min. 50:50) y que, durante su estadía en el calabozo, le preguntó al encausado cómo se produjo la excoriación que exhibió el oficial Ruiz, a lo que Godoy Romero le dijo que no sabía, que suponía que con la malla de su

reloj, pues ésta se había roto en el altercado (ver al respecto, audiencia de debate del día 4.4.22, min. 13:00).

Esta variante alternativa de la plataforma fáctica, por un lado, no luce en absoluto implausible pues, a diferencia de la ofrecida por los policías, no tiene contradicciones y está sustentada en diversos elementos probatorios.

Sin embargo, todo ello ha sido obliterado por el juez interviniente, quien se inclina por la hipótesis fáctica de la acusación sustentada por los contradictorios testimonios de la policía sin ofrecer argumentación alguna más que la mera afirmación siguiente: «no creo que esta lesión que presentaba Ruiz pudiera haber sido producida por la malla del reloj que llevaba el Sr. Godoy» (ver al respecto, lectura de fundamentos, min. 34).

Finalmente, debe señalarse que el caso plantea problemas dogmáticos importantes respecto de los tipos penales aplicables.

Cabe mencionar, a sólo título ejemplificativo, la posibilidad de que concurra **un error de tipo vencible** respecto del delito previsto por el art. **239 CP** y que las lesiones sufridas por el oficial Ruiz queden absorbidas por el delito de resistencia a la autoridad, en el marco de un concurso aparente.

En función de las consideraciones expuestas, corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Brian Alejandro Godoy Romero, anular la sentencia n° 416 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

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

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

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

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Brian Alejandro Godoy Romero.
 - 2.- Anular la sentencia n° 416 y sus fundamentos.
 - 3.- Remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.
 - 4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

16- VALDES. 21-12-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVMP.pdf

Lex: Art. 94 del CP. Art. 8.2 de la CADH

Vox: Lesiones leves culposas. Acusación. Principio de congruencia. Hecho diverso.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **dos meses de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves culposas (art. 94 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 11485, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf

b-CIDH

- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. 20-06-05:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Parágrafos destacados

En el precedente «Torres Surget» esta Sala Segunda ha abordado los **límites que la acusación** le impone al juzgador y cuáles son las posturas que puede adoptar ante la calificación atribuida a los hechos objeto de investigación. En ese fallo sostuve que «[...] en un modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, el límite de la actividad jurisdiccional queda delineado por el contenido de la acusación fiscal. Lo contrario implicaría asignar al juez facultades propias de la acusación y, en consecuencia, romper el equilibrio entre partes que debe prevalecer». En este modelo, «[...] la selección de una estrategia procesal defensiva depende, en una gran medida, de aquellos elementos que el Fiscal tome como relevantes para requerir una declaración de responsabilidad penal del imputado. Si ello es así, la defensa únicamente puede desacreditar la pretensión punitiva mediante el conocimiento previo de los elementos específicos que forman parte de esa hipótesis fiscal y la posibilidad de contar con el tiempo y las herramientas necesarias para preparar su defensa».

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

Fallo:

CUIJ: 13-06937887-5/1((018501-21886)) FC/ VALDES MENDEZ P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS - ART. 92 PARTE 1 (CIRCUNST DEL ART. 80 EN FC DEL ART. 89) (21886) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106182760*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06937887-5/1 caratulada “F. c/ VALDEZ MÉNDEZ P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS –ART. 92 PARTE1 (CIRCUNST. DEL ART. 80 EN FC DEL ART. 89) (21886) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de César Miguel Valdez Méndez interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.485, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P21.886/21, a la pena de dos meses de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de lesiones leves culposas (art. 94 del CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho en los términos expuestos por el Ministerio Público Fiscal, según el cual «[...] el día 1 de marzo del año 2021, siendo aproximadamente las 01:00hs., en el interior del domicilio ubicado en Carril Godoy Cruz 3355 de Villa Nueva, Guaymallén, Mendoza, el encartado César Miguel Valdez Méndez, luego de mantener una discusión con su pareja [S.C.C.C.] forcejeó con la misma, ocasionándole equimosis rojo violácea de 1 cm. en cara anterior del antebrazo izquierdo, lesiones que fueron constatadas por el personal médico del Cuerpo Médico Forense, y que tienen un tiempo probable de curación e inutilidad laboral menor a un mes». Para así resolver, se valoraron las declaraciones de la víctima y el acusado en el debate, junto con el resto de la prueba instrumental debidamente incorporada al juicio.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia de condena al acusado Valdez Méndez de conformidad con los arts. 416 y 474 inc. 2 del CPP y las leyes 6.730, 8.008 y 9.040 de Mendoza. La crítica central de la defensa, expone que el juez de instancia anterior resolvió de forma diversa a la propuesta por las partes, se extralimitó en sus funciones e ignoró palmariamente los principios del sistema acusatorio-adversarial con violación del principio de contradicción y congruencia. Puntualiza que condenó por una figura penal imprudente, en tanto la discusión de las partes procesales se cernía al tipo penal doloso. Afirma que el art. 413 del CPP es el último resabio inquisitorial del Código Procesal Penal de Mendoza. Entiende que por ello resulta inaplicable, inconstitucional e inconvenional. Advierte que el giro argumental del juez de juicio resultó sorpresivo y privó que se ejercieran diversas variables defensivas por no haberse conocido que se lo juzgaba por ese delito. Sostiene la afectación del derecho de defensa en juicio, de debido proceso penal y de presunción de inocencia. Además, cuestiona que no se respetó la

sana crítica racional al valorarse la prueba. Ello, en tanto omitió la consideración de aspectos relevantes y conducentes para la determinación de la verdad. Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al dictaminar respecto al recurso de casación impetrado por la defensa, propicia su rechazo sustancial. Afirma que no se produjo violación alguna a los principios rectores del sistema acusatorio adversarial ni del principio de congruencia. Ello, en tanto que el hecho que se tuvo por acreditado y por el que se condenó es el mismo por el que fue acusado por el Ministerio Público Fiscal. Destaca que luego de analizar en profundidad la prueba rendida en el debate y de citar doctrina especializada, concluyó que el hecho atribuido debía ser calificado bajo la figura penal imprudente y no dolosa.

Todo ello de acuerdo a lo previsto por el art. 413 del CPP que faculta al tribunal para ello. No advierte sorpresa alguna para defensa debido a que justamente durante el debate esa parte sostuvo la falta de acreditación del dolo, lo que fue recogido por el juez de sentencia. En consecuencia, solicita que se confirme la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Valdez Méndez, corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

Las críticas expuestas en el remedio casatorio se circunscriben a dos ejes.

El primero, vinculado con que no se valoró la prueba producida durante el debate con la debida sana crítica racional.

El segundo, relacionado con que la resolución jurisdiccional se extralimitó en sus funciones y afectó los principios de contradicción y congruencia.

Ello, en tanto condenó por el tipo penal de lesiones imprudentes y el Ministerio Público Fiscal había acusado por esa figura penal, pero dolosa.

Respecto al agravio concerniente a la valoración probatoria, estimo que debe ser rechazado en tanto la defensa no ha efectuado críticas específicas que permitan realizar el análisis que se requiere a esta Sala Segunda.

En este sentido, afirma que no se han considerado aspectos relevantes y conducentes para la determinación de los hechos y se ha violado el art. 206 del CPP por no existir un nexo lógico entre las pruebas recibidas y las conclusiones expuestas en la sentencia.

La defensa no explica cuáles son los aspectos que no se valoraron, ni cómo se habría afectado el hecho que la sentencia da por acreditado.

La mera enunciación sin contenido impide un examen detallado del agravio. Además, luego de analizar la prueba debidamente introducida al debate oral y los fundamentos de la sentencia que sostiene la acreditación del hecho investigado, la autoría del acusado y la calificación penal de lesiones leves imprudentes, no advierto falencia alguna que habilite la anulación en esta instancia.

Comparto con la sentencia de condena que la existencia y dinámica del hecho ha sido reconocida tanto por la víctima como por el acusado en sus declaraciones en el debate.

Así, coinciden ambos sujetos procesales que en el marco de una discusión en la que la víctima se encontraba rompiendo unas fotos del casamiento de ambos, el acusado comenzó a filmarla y ella se acercó diciéndole que dejara de filmarla con su teléfono celular, y le quitó ese teléfono.

En ese momento el acusado la tomó del antebrazo, con bastante presión, con la finalidad de quitarle el dispositivo móvil.

Este accionar es el que produjo la lesión de equimosis que luego fue denunciada. A ello, se agrega el contexto en el que se produjo todo este suceso, el que ha sido debidamente valorado por el juez de instancia anterior.

Como puede advertirse de los fundamentos oralizados en la audiencia de fecha 16 de mayo de 2022, el juez de sentencia sostuvo que el contexto de violencia expuesto por la víctima resultó creíble y acreditado por diversos medios de prueba periféricos.

En primer lugar, la declaración de la víctima se mantuvo de forma constante y sin fisura en cada ocasión que ha tenido que mencionarla.

Así, tanto en la denuncia, en la entrevista antes el EPI, como en la declaración en el debate, explicó que desde la muerte de su madre el acusado había comenzado a acusarla de mantener relaciones sexuales con el hermano de ella y que se habían organizado para matar a su madre.

Hizo referencia a diversos sucesos de violencia psicológica. En particular, el juez valoró que el informe del EPI advirtió la presencia de indicadores de angustia, malestar y perplejidad de S.C.C.C. por los comportamientos del acusado. Además, la existencia de una relación marcada por un posicionamiento de dominio por parte de Valdez Méndez que se fue intensificando desde el año 2020.

Ello, mediante acusaciones de infidelidades, revisión de su teléfono celular, obstaculización de los vínculos familiares de la víctima, entre otros.

Por su parte, la lesión quedó acreditada por el acta de visu confeccionada inmediatamente al momento en que la víctima realizó la denuncia en sede fiscal, como también por el informe labrado por el Cuerpo Médico Forense. Este último, realizado en fecha 2 de marzo de 2021, dejó constancia de la existencia de equimosis rojo violácea de 1 cm. de diámetro en la cara anterior del antebrazo izquierdo.

En este contexto, también fue correctamente valorado por el juez de debate oral, el examen psíquico confeccionado por el Cuerpo Médico Forense al acusado.

El que destacó los conflictos en la pareja asociados a celos por parte del acusado y acusaciones de infidelidades hacia la víctima. Asimismo, se describió que el acusado poseía una personalidad insegura emocionalmente, con déficit de control de impulsos, lo que daría lugar a que se involucre en situaciones de riesgo sin considerar las consecuencias de sus actos.

Finalmente, comparto la valoración del juez de la instancia anterior respecto a que, tanto acusado, como víctima, refirieron que el actuar de Valdez Méndez estuvo dirigido a quitarle el teléfono celular que poseía la víctima en sus manos y no a lesionarla específicamente.

En este sentido, debidamente consideró que el hecho acreditado por la prueba producida durante el debate era de lesiones leves imprudentes (art. 94 del CP). En otro orden de ideas, respecto a la crítica defensiva sobre la afectación al principio de contradicción y congruencia, estimo que también corresponde su rechazo.

En el **precedente «Torres Surget»** esta Sala Segunda ha abordado los **límites que la acusación** le impone al juzgador y cuáles son las posturas que puede adoptar ante la calificación atribuida a los hechos objeto de investigación. En ese fallo sostuve que «[...] en un modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, el límite de la actividad jurisdiccional queda delineado por el contenido de la acusación fiscal. Lo contrario implicaría asignar al juez facultades propias de la acusación y, en consecuencia, romper el equilibrio entre partes que debe prevalecer». En este modelo, «[...] la selección de una estrategia procesal defensiva depende, en una gran medida, de aquellos elementos que el Fiscal tome como relevantes para requerir

una declaración de responsabilidad penal del imputado. Si ello es así, la defensa únicamente puede desacreditar la pretensión punitiva mediante el conocimiento previo de los elementos específicos que forman parte de esa hipótesis fiscal y la posibilidad de contar con el tiempo y las herramientas necesarias para preparar su defensa».

Ahora bien, el eje central que cuestiona la defensa es la facultad prevista en el **art. 413 del CPP**, el que de acuerdo a su literalidad parece reconocer una excepción al derecho del acusado y su defensa de conocer cualquier variación en el sentido de la imputación.

Como destaca la defensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el sentido y alcance del principio *iura novit curia*, y su relación con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal en el **caso «Fermín Ramírez Vs. Guatemala»**.

Al analizar el alcance de las garantías contenidas en el art. 8.2 de la CADH, la Corte IDH sostuvo que «[l]a calificación jurídica [de los hechos] puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación.

El llamado '**principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia**' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación» (ver considerando 67).

El criterio que estimo correcto y coherente con la jurisprudencia interamericana citada conceptualiza un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, matizado por el concepto de sorpresa.

En otras palabras, considero que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por quien juzga, pero puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución, en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el acusado (ver «**Torres Surget**», en lo pertinente).

En este sentido, comparto el criterio de reconocida doctrina procesal que sostiene que la base de interpretación en cada caso se sustenta en la relación del principio de congruencia con la máxima de inviolabilidad de la defensa.

Es decir, todo aquello que en la sentencia implique una sorpresa para quien se defiende lesiona el principio analizado. Ahora bien, ello debe conllevar un dato de trascendencia en ella sobre el cual el imputado y su defensor no hayan podido expedirse («**Torres Surget**»).

Analizada la sentencia de condena por lesiones leves imprudentes de autos bajo los criterios expuestos, considero que no le asiste razón a la defensa en su cuestionamiento. La crítica sostiene que el juez de instancia anterior se extralimitó al condenar por la figura imprudente de lesiones, que este giro argumental resultó sorpresivo y por ello lesivo de los principios de contradicción y congruencia.

En primer lugar, corresponde que destaque que el juez de sentencia consideró acreditados los hechos en los exactos términos en los que fueron expuestos por la acusación, con la dinámica y el grado de intervención establecidos por el Ministerio Público Fiscal.

En otras palabras, hubo un respeto estricto por la plataforma fáctica acusada. En segundo lugar, en relación con la calificación jurídica que el juez de instancia anterior estimó pertinente atribuirle, considero que no hubo sorpresa alguna.

El Ministerio Público Fiscal calificó los hechos como lesiones leves dolosas desde el inicio de la investigación y sostuvo su teoría del caso hasta los alegatos de cierre del debate oral. Por su parte, la construcción del caso por parte de la defensa tuvo como eje central la falta de dolo por parte del acusado

de las lesiones producidas a la víctima.

En este marco de discusión procesal, el juez de instancia anterior resolvió que los hechos acreditados debían ser atribuidos al acusado bajo la calificación de lesiones leves imprudentes.

Ello, en razón de que la prueba acreditaba la inexistencia de dolo por parte del acusado, como sostuvo la defensa en sus alegatos. De tal manera, la defensa no puede argumentar ante esta instancia sorpresa por la condena de la figura penal normada en el art. 94 del CP.

Por su parte, la defensa afirma que el cambio de calificación del juez de debate al condenar la privó de presentar otras alternativas defensivas como que el hecho fue el resultado de una autopuesta en peligro de la víctima, que el acusado ejerció su derecho a la legítima defensa o que lo ejecutó con el fin de evitar un daño mayor. Este argumento no puede ser acogido de forma alguna.

Sin realizar valoraciones acerca de las razones por las que la defensa decidió construir la defensa sobre la falta de dolo en la conducta del acusado, ya desde el comienzo de la investigación y la determinación de su objeto fáctico se presentaban las posibilidades de presentar esos planteos lo que la defensa decidió no profundizar.

El hecho de que, al finalizar el debate, luego de que las partes presentaran todos sus planteos, el juez de sentencia considerara que no se acreditó el tipo subjetivo de dolo no pone en crisis la decisión de la defensa de no haber planteado durante el debate las líneas de argumentación que expone en el recurso de casación.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

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

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de César Miguel Valdez Méndez.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

17- OVANDO. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	3°	-	-	474 353

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcORJ.pdf

Lex: Art. 94, 59 inc. 3°, 67, 5° párrafo, inc. b del CP. Art. 467, 455 del CPP.

Vox: Lesiones graves culposas. Sobreseimiento. Extinción de la acción penal. Prescripción. Orden público. Rechazo formal de apelación.

Summa:

El **TPC** rechazó formalmente el recurso de apelación interpuesto por el querellante contra la sentencia de sobreseimiento dictada por el JPC, por haber operado la extinción de la acción penal.

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

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

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

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

Recurso de apelación. Rechazo formal.

- Mercado Castillo.
- Castro Fábrega
- Amaya Poblete. 22-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230322_FcAPA.pdf
- Vargas Rodríguez. 30-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231130_FcVRM.pdf

Orden público.

- Ver L.S. 267-077; 216-352; 194-226; 172-001; 144-031, entre otros.

Parágrafos destacados

“... cabe afirmar que asiste razón al recurrente cuando expresa que el tribunal de la instancia previa rechazó indebidamente el recurso de apelación oportunamente interpuesto y por considerar que éste presentaba falencias formales que impedían su tratamiento...En dichos precedentes, esta Sala se expidió respecto de los requisitos de interposición del recurso de apelación que son exigidos por el **art. 467 del CPP** y en las condiciones establecidas por el **art. 455**, ambos del CPP. En lo que aquí resulta relevante, se sostuvo que esta disposición legal a la que se remite aquella norma establece que los recursos deben interponerse «con específica indicación de los puntos de la decisión en que se funda». La especificidad a la que hace referencia la norma no importa la expresión de las razones o fundamentos de la impugnación, pues ello sería propio de un sistema escrito, sino sólo la **indicación los aspectos que se cuestionan de la resolución y sobre los cuales el recurrente se exhibirá** al momento de la fundamentación del recurso en la audiencia oral correspondiente. Siendo ello así, y de acuerdo a lo expresado en la apelación deducida por el querellante particular, se desprende claramente cuál era el objeto de la impugnación, en tanto aparecían expresados los puntos cuestionados de la decisión que impugnaba...” (Dr. Palermo).

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

Fallo:

CUIJ: 13-07094096-9/1((018601-92562)) F C/ OVANDO RENGIFO JOSEFINO P/ LESIONES CULPOSAS (92562) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106266289*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07094096-9/1 caratulada "F. c/ RENGIFO OVANDO, JOSEFINO P/ LESIONES CULPOSAS/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, el querellante particular interpone recurso de casación contra el auto dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y mediante el cual se rechaza formalmente el recurso de apelación interpuesto por esa misma parte contra la sentencia de sobreseimiento dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial respecto del imputado Josefino Rengifo Ovando.

Ello, en tanto la jueza interviniente consideró que, en el marco de la causa P-92.562/16 que se sustancia contra el mencionado, ha operado la extinción de la acción penal.

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

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- La resolución recurrida

En lo que aquí interesa, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 rechazó formalmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de sobreseimiento de Josefino Rengifo Ovando por el delito de lesiones graves culposas, oportunamente pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en el marco de la causa N° P-92563/16.

Para así decidir, el juez de instancia previa afirmó que el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el querellante particular no cumplió con las condiciones de admisibilidad establecidas en los arts. 455, 461, 466, 467 y, en consecuencia, dispuso el rechazo formal del mismo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 439 bis y ss, 466 y 475 del CPP.

2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular

Frente al auto de rechazo formal dictado y en función del art. 474 del CPP, el querellante particular interpone recurso de casación.

En tal sentido, considera que el auto de rechazo formal del recurso de apelación oportunamente dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 resulta manifiestamente arbitrario y carente de fundamentación, todo lo cual conlleva a la nulidad absoluta del decisorio cuestionado. Por lo expuesto, solicita que se anule el fallo recurrido y se dicte una resolución ajustada a Derecho.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar el Procurador aconseja el rechazo formal del recurso de casación planteado por el querellante particular.

El titular del Ministerio Fiscal funda su dictamen en lo dispuesto por el art. 475 del CPP, en tanto la resolución recurrida no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación. Sostiene, además, que el recurrente no está facultado para recurrir un auto rechazo formal por inadmisibilidad, en la medida que los agravios de la parte querellante tienen por objeto exclusivamente la inadmisibilidad del recurso, y no establecen razones sustanciales de impugnación de la sentencia de sobreseimiento, lo que impide a esa Procuración conocerlas y expedirse en relación a las mismas.

4.- Audiencia de informe oral

La audiencia oral fue realizada el día veintiséis de septiembre del corriente. En dicha oportunidad, una vez concedida la palabra al recurrente, éste refirió las razones por las cuales consideraba que la sentencia cuestionada resultaba errada al declarar formalmente improcedente la apelación incoada.

Al respecto, citó jurisprudencia de esta Sala. Luego de ello, y concedida la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, éste sostuvo que no debía hacerse lugar al recurso de casación impetrado por el querellante debido a que existía una cuestión de orden público que impedía la continuación del proceso, a saber, la extinción de la pretensión penal por el transcurso del plazo de prescripción.

En este sentido, señaló que en el presente caso la pretensión penal debía considerarse extinguida por prescripción, independientemente del título de imputación subjetiva bajo el cual se calificara el hecho.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a decidir la procedencia del recurso de casación interpuesto por la parte querellante, considero que la impugnación debe ser rechazada.

De modo preliminar, debe señalarse que en las actuaciones principales oportunamente se le atribuyó a Josefino Rengifo Ovando el hecho que a continuación se describe.

En fecha 12 de setiembre de 2016, aproximadamente a las 2:00 hs aquél circulaba al mando del vehículo Renault Clío, dominio FHJ 188, a una velocidad considerable y bajo los efectos del alcohol, por la mano contraria de calle Godoy Cruz y en dirección a calle Mitre de Guaymallén – dirección Oeste-Este-. Al llegar a calle Allayme, habría colisionado de frente con una moto marca Motomel, modelo Blitz, dominio 457-HJO, conducida por Pablo Samuel Trugillo y acompañado por Elea Deyanira Allende.

Como resultado de la colisión, Trugillo resultó con fractura de fémur y de pelvis –con tiempo de curación mayor a un mes–, mientras que Allende sufrió fractura de pelvis –también con un tiempo estimado de curación superior a un mes–.

Tras el hecho, Josefino Rengifo Ovando habría detenido inicialmente su marcha para luego intentar darse a la fuga. Finalmente, habría sido interceptado por el móvil 2875 de la UEP en la intersección de calles Francisco de la Reta y O’Brien de Guaymallén.

El caso traído a consideración de esta instancia exige afrontar dos cuestiones diferentes.

En primer lugar, si asiste o no razón al querellante particular cuando afirma –en su recurso de casación– que el auto mediante el cual se decidió **rechazar el recurso** de apelación interpuesto en contra del auto de sobreseimiento –pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1– por considerarlo formalmente improcedente, constituye una resolución viciada de arbitrariedad por falta de fundamentación suficiente.

En segundo lugar, atento a que el recurso de apelación se interpuso en razón de haberse dictado un auto de sobreseimiento, corresponde expedirse acerca de la cuestión de orden público que motivó dicho auto, a saber, la **extinción de la pretensión penal por prescripción**.

En relación con lo primero, cabe afirmar que asiste razón al recurrente cuando expresa que el tribunal de la instancia previa rechazó indebidamente el recurso de apelación oportunamente interpuesto y por

considerar que éste presentaba falencias formales que impedían su tratamiento.

Los pronunciamientos de esta Sala en su actual composición, de hecho, han resuelto de manera conjunta esta cuestión en los precedentes «**Mercado Castillo**» y, de modo más reciente, también en «**Amaya Poblete**», «**Castro Fábrega**», «**Vargas Rodríguez**».

En dichos precedentes, esta Sala se expidió respecto de los requisitos de interposición del recurso de apelación que son exigidos por el **art. 467 del CPP** y en las condiciones establecidas por el **art. 455**, ambos del CPP.

En lo que aquí resulta relevante, se sostuvo que esta disposición legal a la que se remite aquella norma establece que los recursos deben interponerse «con específica indicación de los puntos de la decisión en que se funda».

La especificidad a la que hace referencia la norma no importa la expresión de las razones o fundamentos de la impugnación, pues ello sería propio de un sistema escrito, sino sólo la **indicación los aspectos que se cuestionan de la resolución y sobre los cuales el recurrente se exhibirá** al momento de la fundamentación del recurso en la audiencia oral correspondiente.

Siendo ello así, y de acuerdo a lo expresado en la apelación deducida por el querellante particular, se desprende claramente cuál era el objeto de la impugnación, en tanto aparecían expresados los puntos cuestionados de la decisión que impugnaba.

Así las cosas, debe advertirse que asiste razón al recurrente cuando afirma que el tribunal de la instancia previa rechazó indebidamente el recurso de apelación interpuesto, toda vez que estimó que dicho recurso no cumplía con los recaudos del código de rito mientras, según el criterio referido adoptado por esta Sala, las exigencias formales habían sido debidamente cumplimentadas.

Más allá de la respuesta formulada ante la primera cuestión, corresponde también dar respuesta al segundo aspecto relevante que subyace en esta causa, esto es, la cuestión relativa a la **extinción de la pretensión penal** en función del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la sentencia de sobreseimiento dictada por el Juzgado Penal Colegiado.

En primer lugar, en razón de que esta cuestión resulta de **orden público (ver, L.S. 267-077; 216-352; 194-226; 172-001; 144-031, entre otros)**, de modo que es decisivo para la resolución de cualquier caso, independientemente de si ha sido motivo de agravio o no.

En segundo lugar, porque de ser procedente la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, deviene en abstracto el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento que fue motivado por dicha causa

Al respecto y según surge de la compulsada de las actuaciones de la causa, el hecho tuvo lugar el día 12 de septiembre de 2016 y el primer llamado efectuado a Rengifo Ovando para que declarara, en el marco del proceso judicial que originan estas actuaciones, es del día 13 de septiembre de 2016.

A partir de ese primer acto interruptivo de la acción penal (art. 67, quinto párrafo, inc. b del CP) no existe ningún otro acto que tenga capacidad para interrumpir el plazo de prescripción de la acción penal (art. 67, quinto párrafo del CP), razón por la cual esta debe considerarse extinguida.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que la sentencia de sobreseimiento oportunamente dictada por el Juzgado Penal Colegiado luce ajustada a Derecho y, en consecuencia, corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la parte querellante.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

18- QUIROGA. 28-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	SJP	N	474 30

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcQLT.pdf

Lex: Art. 76 bis, 4° párrafo del CP. Art. 26, 30 del CPP.

Vox: SJP. Suspensión de juicio a prueba. Dictamen fiscal. Pena de inhabilitación. Lesiones culposas. Res. PG 502/2023 (texto rectificado según Res. PG 514/2023)

Summa:

El **JPC** desestimó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa.

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado por resultar formalmente improcedente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso formulado en autos por la defensa, y, en consecuencia, anular el resolutive N° 2 del auto dictado remitiendo las presentes actuaciones al JPC a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados*a-CNCP*

- Kosuta. 17-08-99: https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=9307&CI=INDEX100
https://old.pjn.gov.ar/02_Central/Index100.Asp?Nodo=153&Rubro=79&TipInf=104

b-CSJN

- Gregorchuk
- Norverto
- Sabatino

c-SCJM

SJP. Art. 76 Bis CP. Art. 30 CPP

- Bustos Baldor. 02-03-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ramón Mayorga
- González Farías
- Entre Ríos Oliva
- Rodríguez Rosales
- Torres
- Cabrera Moyano
- Díaz Castro
- Luján Orellana.
- Morena Frías. 1-12-17: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Estrella

- Luna Amaya
- Lemos Guerrero. 28-11-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Ramos Sevilla. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>
- Romero Díaz. 15-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=177>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Condori. 15-06-16. VG: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Bernales Bargas. 28-12-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ayala Gil. 17-05-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Moreno Frías. 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Crescitelli Fliquer. 14-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Torcetta Sanjurjo. 19-12-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=262>
- Rivero Oro. 22-05-20: VG. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=315>
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- Vulcano. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=981>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- García Manca. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Martínez Fernández. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=895>
- Guajardo. 22-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=896>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- Hinojosa. 01-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcHET.pdf
- Ardesi. 05-09-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230905_FcAB.pdf
- Quiroga. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcQLT.pdf

Parágrafos destacados

“...Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo (conf. «Romero Díaz»)...” (Dr. Adaro)

“...Así, he sostenido de manera consolidada que, a mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de la regla consistente en la persecución penal y otorga su consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–. Sin perjuicio de ello, encuentro que el caso bajo revisión obliga explicar los límites de este criterio.

En efecto, de forma coherente con los fundamentos en que se basa la posición antedicha, en aquellos casos en que –como en el presente– **la defensa ofrece razones atendibles basadas en el texto normativo, el fiscal debe tomarlas en consideración y pronunciarse debidamente sobre ellas, en oportunidad de emitir dictamen.** De lo contrario, una omisión en ese sentido puede impactar en la validez de su dictamen, tornarlo arbitrario e infundado, además de conducir a una desnaturalización de los objetivos del instituto de la suspensión del juicio a prueba...” (Dr. Valerio)

“...Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre «la conveniencia de la suspensión» –conf. «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Pérez Martín**», «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», entre otros–. En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse

o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba— sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan **un concreto juicio de oportunidad político-criminal**, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional...” (Dr. Palermo)

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

Fallo:

CUJ: 13-06752466-1/1((028502-3217)) F C/ QUIROGA LORCA TERESA SILVIA P/ LESIONES CULPOSAS GRAVES (3217) (3217/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106009278*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06752466-1 caratulada "F. c/ QUIROGA LORCA, TERESA SILVIA P/ LESIONES CULPOSAS GRAVES (3217/20) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Teresa Silvia Quiroga Lorca interpone recurso de casación contra el auto dictado en fecha quince de septiembre de 2021 por el Juzgado Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial (General Alvear), en tanto desestimó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa, en estos autos n° T-3217/20.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El Juzgado Penal Colegiado de General Alvear rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa en los autos n° T-3217/20. En este caso, se le atribuyó a Teresa Silvia Quiroga Lorca el siguiente hecho, a saber «[...] [e]n el departamento de General Alvear, provincia de Mendoza, a los veintidós días del mes de junio de 2020, siendo las 12:20 horas aproximadamente, la ciudadana Tapia García Agustina se dirigía en su bicicleta por Avenida Libertador Norte en dirección de norte a sur, cuando desde su auto marca Renault 12 estacionado, la Sra. Quiroga Teresa Silvia abre la puerta del conductor, provocando que la ciclista impacte en la misma y caiga al suelo. Por este actuar imprudente le provocó a la ciclista una fractura en el quinto dedo de la mano derecha, determinando el médico forense un IPT de 35 días que consta a fs. 14 [...]» –ver audiencia de acusación del 15 de septiembre de 2021–.

El juzgado desestimó la petición de la defensa por considerar decisivo que el fiscal interviniente en el caso –independientemente de haber fundado o no su dictamen– no había prestado consentimiento para la procedencia de la suspensión solicitada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa alega la existencia de vicios sustanciales y procedimentales en la decisión aludida, erigidos como motivos casatorios por el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Así, considera erróneamente aplicado el art. 76 bis del CP, por cuanto prevé que «[...] [s]i las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio [...]».

Señala que el juzgado consideró vinculante el dictamen negativo emitido por la fiscalía en oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia del pedido de suspensión del juicio a prueba realizado por la defensa.

En este sentido, señala que en la audiencia donde se sustanció el pedido de la defensa el fiscal interviniente consideró que el planteo resultaba procedente, a tal punto que a pedido de la acusación la

calificación varió del art. 94 bis del CP al art. 94 de ese mismo cuerpo normativo, tras descartarse que hubiera existido una conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo automotor. En función de ese cambio de calificación la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba, la defensa considera que no es de aplicación la última parte del **art. 76 bis del CP**, que dispone que «[...] [t]ampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de **inhabilitación**». A partir de este razonamiento plantea vicios procedimentales en la decisión.

Refiere que la representante del Ministerio Público Fiscal fijó posición en función de resoluciones de Procuración General, citadas de manera abstracta y, ante el pedido de la defensa de que se fundamentara el dictamen, agregó que no se cumplían los requisitos legales, que la inhabilitación prevista para la conducción de automotores es una inhabilitación amplia y que la posición asumida por esta Suprema Corte de Justicia así lo ordenaba. Considera el defensor que tal dictamen incumple las exigencias de motivación previstas en el art. 167 del CPP, puesto que sería absurdo imponer a la acusada una pena de inhabilitación especial, que la inhabilitaría únicamente para «abrir puertas de vehículos automotores» o «ascender y descender» de tales vehículos, por ser tal la conducta que llevó al resultado lesivo.

Por otra parte, afirma que la resolución de Procuración General a la que aludía la fiscalía es la n° 16/2020, que no establece como criterio de política de persecución penal la prohibición de prestar consentimiento en casos de esa naturaleza.

En función de estos vicios y de jurisprudencia que invoca, afirma que el dictamen dado por el Ministerio Público Fiscal contiene vicios tanto en su legalidad, como en su fundamentación, que lo tornan nulo, y en este sentido también entiende que la resolución resulta inmotivada toda vez que se limitó a constatar la falta de consentimiento fiscal, sin profundizar en la legalidad y fundamentación aparente del dictamen fiscal.

También entiende que el juzgado inobservó o aplicó erróneamente **el cuarto párrafo del art. 76 bis del CP**, en cuanto dicha normativa resulta neutralizada por el valor que le confiere al requisito del consentimiento fiscal, para poder otorgar la suspensión del juicio a prueba.

Solicita se conceda el recurso y haga lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada, y se dispongan las reglas de conducta que se estimen pertinentes. Finalmente, efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el señor Procurador General considera que el mismo resulta formalmente improcedente, y que así debe ser declarado por esta Sala Segunda.

Explica, en este sentido, que debe considerarse como sustancialmente improcedente la queja en el caso en que el recurso se base en doctrina adversa a otra ya consolidada por el Tribunal Superior, como sucede cuando –como en este caso– el recurso persigue la aplicación de un criterio jurisprudencial diverso del ya establecido por este Tribunal, en forma reiterada, sin ofrecer argumentos novedosos tendientes a variar su jurisprudencia.

Sostiene que, en relación con la pena de inhabilitación como obstáculo a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, es posición tomada por la Corte provincial que «[...] resulta improcedente la concesión de la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, como principal, conjunta o alternativa [...]», para lo cual cita los precedentes registrados en L.S. 335:230, 336:019 y 441:230. Afirma también que esta interpretación es la que surge del **plenario «Kosuta» de la CNCP, luego confirmada por la Corte Federal en los casos «Gregorchuk», «Norverto» y «Sabatino».**

Señala que la inclusión del art. 76 al Código Penal por la Ley 27.147 no ha cambiado el tratamiento que corresponde dar al instituto frente a los delitos conminados con pena de inhabilitación, habida cuenta que

dispone que el instituto en estudio se regirá por «[...] las leyes procesales correspondientes» que, en el caso de nuestra provincia, remite al art. 30 del CPP que en su primer párrafo dispone que procede la suspensión del juicio a prueba «[...] cuando sea de aplicación el art. 26 del Código Penal».

En consecuencia, en tanto no es aplicable la condenación condicional para los delitos reprimidos con pena de multa o inhabilitación (conf. al último párrafo art. 26 del CP), no corresponde incluir a los delitos conminados con dicha clase de pena entre los que pueden acceder a la suspensión de juicio a prueba.

Por último, en relación con el carácter vinculante del dictamen fiscal afirma que la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba, tal como lo ha sostenido esta Sala en los precedentes registrados en L.S. 404-096 y 410-166, entre otros.

En este caso, sostiene, la Fiscal actuante brindó las razones por las cuales consideraba que la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba no era procedente en el caso concreto.

De manera que, sin que esto implique un desplazamiento de la jurisdicción hacia la acusación, el juzgado resolvió correctamente al rechazar el planteo en función de que la fiscalía manifestó su intención de ejercer la acción penal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en función de las razones que a continuación se exponen, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa en autos.

Esta decisión es resultado de que la resolución judicial que denegó la suspensión del juicio a prueba lo hizo sobre la base de una sola razón, la falta de consentimiento fiscal, cuyo dictamen erróneamente consideró motivado.

Dicho en otras palabras, la negativa de la representante del Ministerio Público Fiscal para la concesión suspensión del juicio a prueba se **encuentra fundada solamente de modo aparente, motivo por el cual no resulta vinculante para la jurisdicción.**

En la medida en que el Juzgado Penal Colegiado desestimó la suspensión del juicio a prueba únicamente por falta de consentimiento fiscal y que la posición de la fiscalía no se encuentra motivada, la resolución carece de fundamentación y resulta arbitraria en los términos del art. 155 del CPP.

Esto determina la nulidad de la decisión y la necesidad de una nueva resolución sobre el planteo de la defensa.

Para justificar esta decisión, en primer lugar, reconstruiré los hechos atribuidos a la acusada y los argumentos presentados por el Ministerio Público Fiscal y por el Juzgado Penal Colegiado en relación con la suspensión del juicio a prueba solicitada (a).

En segundo término (b), explicaré mi posición sobre una cuestión interpretativa suscitada: la necesidad de que el dictamen fiscal que deniega el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba se encuentre motivado para resultar vinculante para la jurisdicción.

Finalmente, brindaré los argumentos por los cuales considero que la decisión recurrida debe ser revocada (c).

a.- De la compulsas de la audiencia del día 15 de septiembre de 2021 surge al contestar la vista de la solicitud de suspensión del juicio a prueba realizada por la defensa, la representante fiscal afirmó que no prestaría su consentimiento por cuanto el tipo penal endilgado **prevé la pena de inhabilitación** y, conforme a las resoluciones de Procuración General, el Ministerio Público Fiscal no puede consentir la suspensión del juicio a prueba en casos donde el delito prevea esa pena –ver audiencia de acusación, min.

13:11 a 14:03-.

Al resolver, el juez manifestó que el consentimiento fiscal era necesario para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, y que en este caso la fiscalía había denegado su consentimiento por prever el delito la pena de inhabilitación.

En función de ello y de que esta Suprema Corte de Justicia tiene dicho que el consentimiento fiscal es fundamental para la suspensión del juicio a prueba, esta no era viable.

Explicó que, según una posición sostenida en este Tribunal, el **dictamen fiscal debe ser motivado** para resultar vinculante al juez, mientras que según **otra posición no era necesaria la motivación** para tener ese efecto –ver audiencia de acusación, min. 20:48 a 22:37-.

En ese punto, la defensa solicitó la palabra y afirmó que el art. 167 del CPP demanda al Ministerio Público Fiscal brindar razones de sus dictámenes, y que en este caso la fiscal no había brindado tal motivación.

Agregó que, en el caso, dado que la acusada no había conducido su vehículo al causar las lesiones, la pena de inhabilitación era irrelevante.

Corrida vista a la fiscal, explicó que el dictamen emitido sí estaba fundado, y agregó que el art. 94 del CP prevé como penas aplicables la prisión, multa e inhabilitación, sin que la alegada irrelevancia de la inhabilitación fuera tal, en la medida en que la acusada, aunque no hubiera conducido su vehículo y ello tuviera como resultado la aplicación del art. 94 en lugar del art. 94 bis de CP, tal pena era aplicable.

Ello implicaba que, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y de las instrucciones del Procurador General, no fuera viable la suspensión –ver audiencia de acusación, min. 22:37 a 26:36-.

Al retomar, el juez explicó nuevamente las distintas posiciones sostenidas por este Tribunal en torno a las exigencias del dictamen fiscal para resultar vinculante, y consideró que los fundamentos brindados por la fiscal eran suficientes para considerar motivada su negativa a la suspensión petitionada.

Mencionó los arts. 76 del CP y 26 del CPP para sostener su decisión –ver audiencia de acusación, min. 26:36 a 29:06-.

b.- Hecha esta reconstrucción de los antecedentes relevantes y dado que tanto la representante del Ministerio Público Fiscal como el Juzgado Penal Colegiado han hecho alusión a la jurisprudencia de esta Sala Segunda, encuentro necesario aclarar –como ya he hecho en otras oportunidades– la posición que mantengo en relación con las exigencias necesarias para que el dictamen del Ministerio Público Fiscal resulte vinculante para la jurisdicción en esta materia.

Tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, la regulación de la suspensión del juicio a prueba en el Código Penal y en las leyes procesales ha suscitado diversas discusiones a lo largo de la historia de la institución, entre ellas la relativa a si el juez puede disponer la suspensión cuando el fiscal manifiesta su negativa para ello, así como la más general respecto del valor jurídico del dictamen fiscal, ya sea afirmativo o negativo.

Esta cuestión involucra un debate entre los límites de las facultades jurisdiccionales y las facultades del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción pública.

Sobre ello, de manera constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal **sólo es vinculante para el juzgador cuando se encuentra motivado.**

El órgano jurisdiccional no debe, entonces, hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado.

Me remito, en esta cuestión, los precedentes «**Romero Díaz**», «**Bustos Baldor**», «**Ramón Mayorga**», «**González Farías**», «**Entre Ríos Oliva**», «**Rodríguez Rosales**», «**Torres, Héctor Emilio**», «**Cabrera**

Moyano», «Díaz Castro», «Luján Orellana», «Moreno Frías» e «Hinojosa Escañuela», entre numerosos otros.

Según entiendo, por al menos dos razones el dictamen fiscal debe emitirse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba.

En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica –a mi entender– en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, el mandato procesal contenido en el **art. 167 del CPP** según el cual «[l]os representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez [...]» pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública.

En supuestos como el presente, esto implica que el funcionario debe dar a conocer las razones en virtud de las cuales toma la decisión de prestar o no su consentimiento para la suspensión del juicio.

La adopción de una actitud preventiva por parte de los jueces impide consagrar arbitrariedades al exigir una motivación plena y suficiente a la posición del fiscal.

Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla –como si éste fuera un requisito formal–, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad (**conf. «Romero Díaz»**).

En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo (**conf. «Romero Díaz»**).

c.- En el caso que nos ocupa, a mi juicio el dictamen fiscal no se encuentra debidamente motivado, sino que invoca razones meramente aparentes para denegar su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba.

En cuanto a las resoluciones generales de Procuración General, explica de modo general y sin invocar una o varias resoluciones concretas que las instrucciones brindadas vedan a los fiscales la posibilidad de consentir la suspensión del juicio a prueba frente a delitos conminados con pena de inhabilitación.

Además, explica que es un requisito para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba que el delito no prevea pena de inhabilitación, algo que también recoge el juez –con mención de los arts. 76 del CP y 26 del CPP– y que luego el Procurador General, en su dictamen, también refuerza.

Este último, agrega que el art. 30 del CPP remite, al regular la suspensión del juicio a prueba, al art. 26 del CP que, a su vez, impide la procedencia de la condena de ejecución condicional para penas de inhabilitación.

Encuentro que en el caso analizado el asunto relativo a la **pena de inhabilitación** como óbice para la suspensión del juicio a prueba no es central para la resolución del recurso de la defensa, puesto que **el dictamen fiscal se encuentra inmotivado y, como tal, no era vinculante para el juez.**

En consecuencia, la decisión jurisdiccional que rechazó la suspensión solicitada por falta de consentimiento fiscal resulta igualmente infundada y debe ser anulada.

En efecto, la fiscal invocó razones genéricas para denegar la suspensión, sin expresar ningún argumento aplicable al caso.

En cuanto a las resoluciones de Procuración General, cabe mencionar que la única que ordenaba no prestar el consentimiento para solicitudes de suspensión del juicio a prueba es la Res. PG 225/2011, que fue dejada sin efecto expresamente por la Res. PG 16/2020.

De modo que, al momento de dictaminar, **no existía ninguna resolución de política de persecución penal del Ministerio Público Fiscal que ordenara negar, sin más fundamento que la previsión de pena de inhabilitación, el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba.**

Es decir, la cuestión quedaba sujeta al criterio de cada Unidad Fiscal.

La invocación genérica de resoluciones de Procuración General –contrariamente a lo afirmado por el juez– no constituye entonces un fundamento para el dictamen negativo.

Pero, además, debe tenerse presente que a la fecha del dictamen emitido por la representante fiscal se encontraba vigente la Res. PG 16/2020 aludida, que expresamente indicaba una serie de casos en los que los y las fiscales no debían prestar conformidad para criterios de oportunidad, sin que este caso se encuentre alcanzado por ninguno de aquellos supuestos (resolutivo II.1, Rs. PG 16/2020).

A su vez, resulta relevante para esta decisión el hecho de que la reciente **Res. PG 502/2023 (texto rectificado según Res. PG 514/2023**, dictada asimismo con posterioridad al dictamen del Procurador General en esta causa) actualizó los criterios de persecución penal y expresamente descartó que la pena de inhabilitación fuera un obstáculo para la suspensión del juicio a prueba.

Así, señala en sus considerandos que este problema es particularmente relevante en delitos ocurridos – como el que nos ocupa– en el marco del tráfico vial: «[...] a partir de numerosos planteos suscitados en el área de los delitos de tránsito, requiriendo una regulación que permita la aplicación de criterios de oportunidad y específicamente la suspensión del proceso o juicio a prueba en delitos que amenacen con pena de inhabilitación, se hace necesario expedirse sobre el punto [...]» (considerando II).

Agrega, en una interpretación diversa a la expresada en el dictamen emitido en este caso, que «[...] nuestro ordenamiento ritual, en su artículo 30, establece un espacio de aplicación más amplio de la suspensión del procedimiento a prueba que la norma sustantiva penal, toda vez que no impone como causal obstativa la pena de inhabilitación. [...] Es que cuando señala que el imputado por un delito de acción pública podrá solicitar el beneficio cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal (regulatorio de la condena condicional), entiendo que sólo refiere al límite de la pena que permite su implementación.

Es que si la intención del legislador hubiera sido tomar como referencia y parámetro de aplicación la regulación dispuesta por nuestra ley de fondo, hubiera remitido a la manda legal que específicamente regula el instituto, esto es, el art. 76 bis, y no al 26 como lo hizo [...]» (considerando III).

Profundiza luego en razones para sustentar esa interpretación normativa, y en el considerando IV agrega razones de conveniencia política criminal para no vedar la suspensión del juicio a prueba en este tipo de supuestos, y en el considerando V alude a dictámenes de la Procuración General.

Concluye, en el considerando VI, que «[...] [e]n suma, como consecuencia de todo lo expuesto, se concluye que, en los delitos derivados del tránsito, los Fiscales podrán acceder a otorgar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, teniendo en cuenta especialmente la hora de fijar reglas de conducta, todo cuanto haga a la reparación del daño causado en lo posible y atendiendo a las circunstancias del caso concreto y el pedido expreso de inhabilitación para conducir formulado por el propio acusado, medida ésta que, de alguna manera, suple la imposición de la manda sustantiva penal» (énfasis originales).

En definitiva, según la reconstrucción que he realizado, la resolución jurisdiccional se apoya únicamente

en la falta de consentimiento fiscal y éste fue expresado de manera inmotivada. Lo dicho expone la existencia de vicios en el razonamiento de la decisión impugnada, que la tornan infundada.

En tanto la vista conferida a la representante del Ministerio Público Fiscal no fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP), la resolución judicial basada en ella resulta arbitraria.

La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

Además, debe tenerse presente que, tal como lo ha señalado la Corte Federal, las decisiones jurisdiccionales deben atender a las circunstancias existentes al momento de resolver, aunque sean sobrevinientes a la interposición de la vía intentada (conf. **CSJN, Fallos 329:1245, 307:2284; 304:1098, entre otros**).

En este caso, la política de persecución penal del Ministerio Público Fiscal ha variado de modo relevante para la solución del caso, lo que agrega un motivo para acoger el recurso de la defensa. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por sus fundamentos.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, POR SUS FUNDAMENTOS: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que comparto la solución a la que arriba mi distinguido colega de Sala preopinante, aunque arribo a ella en función de diversas razones, que a continuación expondré.

Conforme el criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (**ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», «Ramos Sevilla», «Romero Díaz», entre otros**).

Así, he sostenido de manera consolidada que, a mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de la regla consistente en la persecución penal y otorga su consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–

Sin perjuicio de ello, encuentro que el caso bajo revisión obliga explicar los límites de este criterio.

En efecto, de forma coherente con los fundamentos en que se basa la posición antedicha, en aquellos casos en que –como en el presente– **la defensa ofrece razones atendibles basadas en el texto normativo, el fiscal debe tomarlas en consideración y pronunciarse debidamente sobre ellas, en oportunidad de emitir dictamen.**

De lo contrario, una omisión en ese sentido puede impactar en la validez de su dictamen, tornarlo arbitrario e infundado, además de conducir a una desnaturalización de los objetivos del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

En el caso que nos ocupa –y sin perjuicio de las modificaciones en los criterios de política persecución penal a la que hace alusión el voto precedente, en consideraciones a las que adhiero–, se produjo un cambio en la calificación del hecho que implicó descartar que las lesiones producidas por la acusada a la víctima lo hayan sido en el contexto de la conducción de un vehículo automotor.

Es decir, la calificación del hecho varió desde el art. 94 bis de CP hacia el art. 94 del CP.

Esta variación no es menor, puesto que, si las partes y el juzgado aceptaron que el hecho no ocurrió mediante la conducción automotor, la consecuencia es que no se pueda imponer como eventual sanción la inhabilitación para conducir vehículos automotores prevista en el art. 94 bis del CP.

Como afirma la defensa, la inhabilitación aplicable sería, en todo caso, para abrir puertas de automotores,

algo ajeno a nuestro sistema jurídico.

Estas razones no fueron atendidas por la fiscal interviniente al momento de emitir su dictamen. Es que si bien, como lo mencioné antes, el Ministerio Público Fiscal no está obligado a fundamentar la falta de consentimiento para la procedencia de criterios de oportunidad – consecuencia derivada de los principios: constitucional de legalidad y de oficialidad de la acción penal, me remito a los precedentes antes aludidos en honor a la brevedad–, ello no implica que la fiscalía pueda construir su posición sobre la base de elementos fácticos o jurídicos erróneos, decisivos para la correcta solución del caso.

Advierto que lo antedicho es el escenario que se presenta en autos, donde la fiscalía ha omitido por completo considerar, en su dictamen, las variaciones que el caso había tenido durante la audiencia en orden a la significación jurídica que asumieron los hechos de la causa.

Se trata, entonces, de un procesal esencial que no puede ser convalidado en esta instancia.

Dicho esto, corresponde señalar que en relación con la pena de inhabilitación como obstáculo para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba me he expedido hace tiempo, como juez del entonces Tercer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial. En efecto, ya en el **precedente «Zolorzalo, Luis p/ Lesiones culposas»** (22 de agosto de 1995) sostuve que los párrafos primero y octavo del art. 76 bis del CP –norma que regula la suspensión del juicio a prueba en el orden nacional– generan una aparente contradicción normativa, puesto que mientras que el primero autoriza la suspensión del juicio a prueba para delitos reprimidos con pena de prisión cuyo máximo no exceda de tres años, el octavo establece la no procedibilidad de tal suspensión para los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

El problema interpretativo surge cuando, como en este caso, nos encontramos ante delitos que prevé ambos tipos de sanción (prisión e inhabilitación).

En aquel caso, a cuyos fundamentos remito (puede verse en “Jurisprudencia anotada”, Revista del Foro de Cuyo, Ed. Dike, 1996, tomo 21, pp. 79/103), sostuve que el problema desaparece al interpretar de modo sistemático la ley, en consideración del sistema jurídico como un todo coherente.

En la medida en que existe una relación de gravedad entre las penas –donde la pena de prisión es más grave que la de inhabilitación– (ver, en lo pertinente, el voto que conformó la mayoría que resolvió el **Plenario «Ibáñez Benavidez»**) y en que la acción derivada de un delito es única, la pena más grave de prisión que faculta la suspensión del juicio a prueba engloba la menos grave de inhabilitación que la obstaculiza.

De modo que, en conclusión, el párrafo octavo del art. 76 bis del CP debe entenderse de modo tal que sólo resulta un obstáculo para la suspensión del juicio a prueba la previsión exclusiva o única de la pena de inhabilitación.

De forma tal que, en el ámbito de las normas del Código Penal, no existe un obstáculo para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en casos como el presente.

Claro está que, desde aquél precedente, tanto el Código Penal nacional como la normativa procesal local han variado. Esto incluye –en lo que aquí resulta relevante– la modificación del ámbito de aplicación de las reglas sobre suspensión del juicio a prueba en el Código Penal por parte de la ley 27.147, que ahora resultan subsidiarias a las reglas procesales locales.

A su vez, tal como se señala en el voto preopinante, incluso el Ministerio Público Fiscal ha variado su posición sobre la pena de inhabilitación como obstáculo para la suspensión del juicio a prueba entre el dictamen emitido por la fiscal en estos autos, el dictamen del Procurador General con motivo del recurso de la defensa, y la Resolución de Procuración General 502/2023 a la que se ha hecho referencia antes.

En función de lo expresado, corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada

y hacer lugar al recurso de casación planteado en autos por la defensa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto..

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, POR SU VOTO: Comparto la solución a la que arriba mi colega de Sala preopinante en cuanto a la procedencia del recurso planteado por la defensa en autos.

Sin perjuicio de ello, y en tanto el voto preopinante alude a las condiciones necesarias para que el dictamen fiscal emitido ante una solicitud de suspensión del juicio a prueba sea vinculante para la jurisdicción, corresponde explicar la postura que he sostenido con anterioridad sobre la cuestión.

Reiteradamente he mantenido que el consentimiento del fiscal requerido por la norma, para no inmiscuirse en la función de control de legalidad –atribución propia de la función jurisdiccional– debe tener por objeto, necesariamente, **algo distinto a las exigencias legales**, reservadas al control judicial.

Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, sino que el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al tribunal ni integra el «consentimiento» requerido legalmente; es decir, no es considerado vinculante.

Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre «la conveniencia de la suspensión» –conf. «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Pérez Martín**», «**Moreno Frías**», «**Romero Díaz**», entre otros–.

En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un concreto juicio de oportunidad político-criminal, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional.

En cambio, siempre resultará vinculante para el tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que el titular de la acción pública «consiente» la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Ello, de conformidad con los argumentos y conclusiones expuestos por la Corte Federal en los casos «**Tarifeño**», «**Mostaccio**», «**Cáseres Martín**», entre otros.

Me remito a mi voto en los precedentes de esta Sala antes aludidos, en honor a la brevedad. En este caso, comparto con mi colega preopinante que el dictamen emitido durante la audiencia por el fiscal ahora recurrente no ha satisfecho estos extremos.

Por una parte, no ha realizado un análisis sobre la inconveniencia político-criminal de la concesión de la suspensión del juicio a prueba en este caso. Es decir, no ha justificado debidamente razones de política criminal aplicables a este proceso para solicitar una pena para la acusada –en lugar de una solución al conflicto alternativa–.

Pero, por otra parte y como se advierte el voto preopinante, tampoco ha brindado una fundamentación de otra naturaleza para su dictamen, que se basa en la invocación aparente de normas y criterios jurisprudenciales que no guardan relación de pertinencia con este caso.

En función de lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular el resolutive n° 2 del auto dictado en fecha

quince de septiembre de 2021 por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear, y remitir las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso formulado en autos por la defensa de Teresa Silvia Quiroga Lorca.
- 2.- Anular el resolutivo n° 2 del auto dictado en fecha 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear.
- 3.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado a efectos de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se realice una nueva audiencia a efectos de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo III.

Delitos contra la integridad sexual.

Abuso sexual.

CAPÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abusos.

1- LIGORRIA GARRO. 13-02-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcLGE.pdf

Lex: Art. 183; 149 *bis*, primer párrafo, segundo supuesto; 119, tercer párrafo, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP. Art. 5 de la CEDAW. Arts. 2 y 7 de la Convención *Belém do Pará*.

Vox: Abuso sexual. Daño simple. Amenazas agravadas. Arma. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Consentimiento de la víctima. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de daño simple, amenazas agravadas por el uso de arma y abuso sexual con acceso carnal, todo en concurso real (arts. 183; 149 *bis*, primer párrafo, segundo supuesto; 119, tercer párrafo, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP).

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2633, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Lobos Gelvez. 16-04-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Corresponde rechazar el agravio promovido por la defensa técnica del imputado, según el cual se pretende que la **convivencia permanente de los cónyuges y la circunstancia de compartir la vivienda y el dormitorio, implican el consentimiento al momento de llevar a cabo relaciones sexuales**, ya que debe prevalecer la libertad sexual de la mujer debiendo responder penalmente el marido si el acceso carnal se lleva a cabo bajo alguna de las modalidades descriptas en el art. 119 primer párrafo del Código Penal.

Expte.: 13-04099579-4 - FISCAL C/ LOBOS GELVEZ MARIO OSVALDO ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACION. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: NANCLARES - PALERMO – ADARO. Ubicación: LS553-116

- Barrionuevo. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Gómez Muñoz. 21-03-13:

La potestad de seleccionar y valorar el material probatorio configura en principio una facultad privativa del tribunal de juicio, que sólo puede ser controlada por el tribunal de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia. Pero éste no puede controlar aspectos que por imperio de la oralidad resultan fácticamente imposibles de abordar, tal como el valor convictivo asignado por el a quo a la prueba analizada cuando la misma es **producto de la inmediatez**.

Expte.: 106015 - FISCAL Y QUERELLANTE PARTICULAR C/GOMEZ MUÑOZ, SERGIO; PAREDES, DANIEL; GONZALEZ FLORES, CLAUDIO; REINA FLORES, CRISTIAN Y OT. P/ROBO AGRAVADO P/USO DE ARMA DE FUEGO EN C.I. C/ROBO AGRAV. EN POBLADO Y EN BANDA EN C.R. C/ABUSO SEXUAL AGRAV. C. ACCESO CARNA. SENTENCIA. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: SALVINI - BÖHM – ADARO. Ubicación: LS450-053.

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Pringles. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Rivero Gutiérrez
- Alaniz Pineira. 23-04-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

b-SCJN

- «Roviralta Huberto», Fallos 327:789
- «Giardelli, Martín», Fallos 325:1922
- «Sucesión Rotundo», Fallos 324:4026
- «Wiater, Carlos», Fallos 320:2289

c-CIDH

Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México. 16-11-09

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06886826-7/1((038601-106767)). F C/ LIGORRIA GARRO EMANUEL GABRIEL C/ DAÑO SIMPLE, AMENAZAS AGRAVADAS (106767/21) (106767) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106134832*

En Mendoza, a los trece días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06886826-7/1 caratulada “F. c/ LIGORRIA GARRO, EMMANUEL GABRIEL P/ DAÑO SIMPLE, AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Emmanuel Gabriel Ligorria Garro plantea recurso de casación contra la Sentencia N° 2.633 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en estos autos n° P-106.767/21, por cuanto condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión, con demás accesorias legales y pago de costas, tras declararlo autor penalmente responsable de los delitos de daño simple, amenazas agravadas por el uso de arma y abuso sexual con acceso carnal, todo en concurso real (arts. 183; 149 *bis*, primer párrafo, segundo supuesto; 119, tercer párrafo, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditados los hechos atribuidos a Emmanuel Gabriel Ligorria Garro, según los cuales «[...] *el día 17 de octubre de 2021, siendo las 06:00 horas aproximadamente, en el domicilio sito en [...] de la ciudad de Rivadavia, Mendoza, el ciudadano E.G.L.G. clavó un cuchillo en el celular de C.A.G., dañándolo. Seguidamente E.G.L.G. hizo uso de amenazas contra su ex pareja, C.A., mientras le exhibía un cuchillo, señalando su garganta y panza manifestándole a la misma “te voy a abrir de acá hasta acá” [en alusión a una prominente herida abdominal]. A posteriori el sindicado E.G.L.G. accedió carnalmente a C.A.G. vía oral y vaginal contra la voluntad de la misma*» –v. audiencia «video 1» del 04/05/22, min. a 01:35 a 02:44–.

Para así decidir, valoró la declaración de la víctima C.A.G., la defensa material del acusado, y los testimonios de M.G. –hermana de la víctima–, del Dr. Lingurgia, de los oficiales Nuvoa y Rivas, del Lic. Nicotra –psicólogo de la víctima–, de la Lic. Luz Murúa, de la Lic. Molina del EDEAAS, de la Lic. Ayala del CMF, de Gabriela Méndez –ex pareja del acusado–, la señora Silvia Ligorria –hermana del acusado–, de Eulalia Agüero y de Paula Pereyra.

2.- Recurso de casación

La defensa de Emmanuel Gabriel Ligorria Garro plantea recurso de casación fundado en el art. 474, inc. 2

del CPP, es decir, por considerar que la resolución adolece de vicios procedimentales.

Sostiene que se valoraron parcialmente los exámenes psicológicos del acusado y C.A.G., el testimonio del psicólogo de esta última, Lic. Nicotra, la declaración del acusado en el debate y las declaraciones de los demás testigos.

Señala que la declaración de Méndez, ex pareja del acusado, fue descalificada por la jueza por falaz sobre la base de que sería irracional que C.A.G. le contara a la ex pareja del acusado que no había sido abusada y que quería perjudicarlo. Además, sostiene que no se valoraron consideraciones introducidas por la defensa en su alegato y que se le otorgó valor fundamental a declaraciones hechas por el acusado a instancia de la jueza, lo cual se encuentra prohibido en nuestro sistema procesal.

Señala que la denunciante, C.A.G., incurrió en numerosas y categóricas contradicciones sobre el modo en que sucedieron los hechos. Por una parte, refiere que en la denuncia dijo que el acusado le había bajado la bombacha y la calza y la había penetrado vaginalmente, y que ella no expresó verbalmente su negativa al acto sexual en el momento del hecho, sino que se quedó quieta hasta que Ligorria Garro eyaculó varias veces. Pero, por otra parte, en el debate mutó abruptamente ese discurso y afirmó que le dijo a Ligorria Garro que no quería tener relaciones y que éste no eyaculó en el acto sexual, sino que fueron unos minutos hasta que le dijo que la estaba violando, y en ese momento el acusado cesó en su accionar.

Según la defensa, C.A.G. también omitió declarar en su denuncia que horas después de la presunta relación abusiva, durante la tarde, mantuvo relaciones sexuales consentidas con Ligorria Garro, y que en esa oportunidad el acusado sí eyaculó –y no en horas de la mañana–. Por otra parte, la sentencia recoge solamente las partes de la declaración de la víctima que benefician la credibilidad de su relato.

Así, expresa que el Lic. Diego Nicotra, quien trataba particularmente a la denunciante, sostuvo que ésta le había contado que Ligorria Garro la había obligado, amenazándola con un cuchillo, a mantener relaciones sexuales. Esta situación no fue mencionada por C.A.G. en su denuncia ni en las ampliaciones, ni tampoco a los profesionales del Cuerpo Médico Forense, ni durante el juicio, pues en todas esas oportunidades dijo que ella había guardado los cuchillos antes de que se produjeran las relaciones sexuales. Es irracional, afirma la defensa, omitir tales contradicciones en sus testimonios; y quedaría demostrado, a su modo de ver, que la denunciante le mintió a su psicólogo en varias consultas privadas.

Por otra parte, afirma que se valoraron contradictoriamente los testimonios, puesto que se otorgó credibilidad en algunas partes y en otras no. También, manifiesta que se valoró parcialmente el examen psicológico de la denunciante, omitiendo expresarse sobre los puntos que avalaban la tesis defensiva y abonaban la idea del consentimiento para el acto sexual a la luz de las evidentes incoherencias entre el relato de C.A.G. y las demás declaraciones, e incluso las suyas posteriores.

Además, sostiene que se omitió **valorar íntegramente** la declaración del Lic. Diego Nicotra, que contó un hecho totalmente diverso al denunciado, que conoció por la propia C.A.G. De su declaración, sólo se tomó lo relativo al estrés post-traumático de C.A.G. y el vínculo que éste hizo con una situación de abuso sexual, sin considerar que el hecho que ésta le relató fue totalmente distinto al que denunció.

Por otra parte, se habría omitido valorar el examen psicológica practicada sobre Ligorria Garro, que arrojó como resultado que había internalizado pautas sociales y culturales básicas del comportamiento sexual propio y ajeno; no presentaba conductas, acciones o pensamientos estereotipados de género; ni signos o síntomas de trastornos en la esfera sexual.

La defensa también cuestiona que se hayan valorado como objetivos los testimonios de los familiares de C.A.G., a quienes comprendían las generales de la ley. Por su parte, critica que la sentencia haya incluido conjeturas sin apoyo en pruebas, como ciertas conclusiones sobre el consentimiento para el acto sexual y los límites del «sí» y el «no» en una relación de pareja, o respecto de expresiones «normales» o «anormales» en las charlas de una pareja. Además, en sus propios argumentos la jueza de instancia previa sostuvo que entendía que el acusado había querido declarar la verdad y que pensaba que no era un abusador o violador, sino una persona no concientizada sobre el consentimiento en las relaciones sexuales. Por otra parte, menciona que se atribuyó credibilidad a la testigo Méndez cuando apoyaba la tesis de cargo y no cuando apoyaba la tesis defensiva: se le creyó cuando habló de las características de la personalidad del acusado como un buen padre y respetuoso de los límites de la sexualidad, pero no cuando contó que la denunciante la había buscado con la intención de «hundir» a Ligorria y cuando le manifestó que éste no la había abusado.

Agrega que, erróneamente se consideraron que las contradicciones fácticas en las que incurrió la denunciante se debían a ciclos de violencia normales y no respondían a un ánimo de venganza por la infidelidad descubierta en su pareja, pero a las demás testimoniales que daban cuenta de otra realidad se les restó credibilidad. También, expresa que se omitió valorar jurídicamente la tipicidad de las figuras en que fueron encuadrados los hechos, prescindiendo de un análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo y su acreditación mediante pruebas. Así, se tuvo por probado el daño a partir de que Ligorria Garro lo reconoció, sin analizar específicamente la prueba.

En otro orden, la defensa objeta que la argumentación del fallo gire en torno a la diferenciación entre el «sí» y el «no» sobre la voluntad de mantener el acto sexual, considerando que la propia denunciante admitió no haberle dicho que «no» a Ligorria Garro en la denuncia, y durante el debate varió y sostuvo que sí dijo que «no» y que entonces el acusado inmediatamente cesó en su accionar. De modo que se trataría de una conducta inicialmente aceptada por la denunciante, y cesada en cuanto C.A.G. manifestó su falta de consentimiento en plena relación sexual.

En cuanto a la calificación legal de los hechos como amenazas agravadas, la defensa cuestiona que no se hayan meritado las múltiples contradicciones en relación con el contenido de la amenaza, el mal anunciado y su magnitud, lo que solamente indica la presencia de contradicciones de la denunciante.

Solicita que se apliquen los criterios establecidos por el Tribunal Supremo Español para el dictado de condena en delitos de testigo único o «delitos de alcoba», que requieren tener por acreditados tres extremos, a saber: **1)** ausencia de incredibilidad subjetiva –que, en el caso, no se verificaría puesto que la denuncia fue realizada el mismo día que C.A.G. tomó conocimiento de una infidelidad–; **2)** verosimilitud o corroboración periférica del hecho –requisito que tampoco se da en este caso, en el que la denunciante tuvo groseras contradicciones que tornan inverosímil su declaración–; y **3)** persistencia en la incriminación –que no se mantuvo, pues la denunciante mutó la descripción de los hechos–.

Concluye que la sentencia es arbitraria puesto que se condenó al acusado sin analizar acabadamente todos y cada uno de los elementos de prueba producidos, por lo que solicita la revocación del fallo y la absolución de aquél. En subsidio, solicita la realización de un nuevo debate.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso es procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la impugnación cuestiona la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia previa, calificando como arbitraria la sentencia, y centra sus cuestionamientos en lo que considera contradicciones de la víctima a lo largo del proceso. Sin embargo, a criterio del Procurador, el tribunal de la instancia previa valoró correctamente el testimonio de la víctima en relación con la restante prueba. El agravio luce como una descalificación de la sentencia mediante el aislamiento de ciertos elementos de prueba, mientras que en la sentencia impugnada se realizó un análisis conjunto de todo el plexo probatorio, un criterio convalidado por esta Sala Segunda. Cita jurisprudencia en este sentido.

Especifica que la estrategia defensiva se manifiesta, particularmente, en el análisis aislado de la denuncia y la mención, también aislada, de los dichos de la víctima en el debate, sin profundizar en el contexto en el que se cometió el hecho. En cuanto al valor otorgado a la declaración de la víctima, cita jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, en donde se explicó que la existencia de un único testigo no es óbice para el dictado de sentencia condenatoria en un sistema de valoración de prueba según la sana crítica racional, como el nuestro. Ello, porque la declaración debe contrastarse con las demás circunstancias de la causa que corroboran o disminuyen su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo.

En el presente caso, señala que el tribunal de sentencia cotejó la declaración con el resto del plexo probatorio en su conjunto, arribando así a la certeza necesaria para dictar sentencia condenatoria. Por tales motivos, considera que la sentencia se encuentra debidamente motivada y que corresponde el rechazo del recurso planteado por la defensa de Ligorria Garro.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar la impugnación planteada y confirmar la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en estos autos.

En el análisis del recurso interpuesto y de la sentencia cuestionada, comenzaré primero por las críticas sobre la acreditación del abuso sexual (4.a) y, posteriormente, ingresaré al tratamiento de los delitos de daño y amenazas agravadas (4.b).

4.a.- **Los agravios sobre la acreditación del abuso sexual** –reseñados en el apartado 2 de este voto, a donde remito– están vinculados con la **valoración de la prueba** realizada por la jueza de instancia previa y orientados a sostener que se trató de un mérito parcial y direccionado, para convalidar la versión de los hechos de la víctima.

Esa afirmación es concretada en sub-agravios concretos para distintas pruebas que fueron producidas en el debate: las distintas declaraciones de la víctima, los exámenes psicológicos del acusado y la C.A.G., el testimonio del psicólogo de ésta, la declaración del acusado en el debate y las declaraciones de ciertos testigos.

Por mi parte, advierto que los fundamentos de la sentencia –expresados oralmente en audiencia del día 04/05/22–, dan cuenta de las críticas de la defensa, y advierto una estrategia consistente en aislar cada

uno de los elementos de prueba para impugnar su capacidad de acreditar las premisas de la teoría del caso de la acusación.

Sin embargo, la defensa no da cuenta del **análisis integral** que la jueza de instancia previa realizó respecto de todos los elementos de prueba, ni de las razones que brindó para asignar parcialmente credibilidad a algunos de ellos. Veamos.

La defensa cuestiona que la sentencia se enfocara en consideraciones sobre el consentimiento necesario para mantener relaciones sexuales, y vincula esta objeción con las contradicciones que existen en las distintas versiones del hecho que aportó C.A.G. Ahora bien, la sentencia explicó adecuadamente tanto por qué era relevante revisar el concepto de abuso sexual, como la forma en que el relato de la víctima –aun cuando tuviera contradicciones y mentiras– era creíble.

Así, la jueza explicó por qué tuvo por acreditado el hecho y la modalidad en que ocurrió, y por qué se trataba de un abuso sexual en la medida en que no había mediado consentimiento de la víctima, aunque el hecho no cumpliera con la **idealización –producto de una impronta patriarcal– que parte de la comunidad tiene de lo que se considera una «violación», como un hecho violento**, donde se rompe la ropa y se lastima a la víctima. Explicó que **un acto sexual sin consentimiento también implica un abuso**, y en función de ello elaboró la fundamentación de la condena impuesta –v. audiencia del 04/05/22, min. 03:00 a 04:43–.

En este sentido, señaló que «[...] *esa impronta patriarcal donde por vivir juntos y por tener pareja el concepto de violación se aleja indefectiblemente* [extremo que retomó de la declaración de Méndez, ex pareja del acusado], *ése es el punto donde yo me voy a apoyar hoy para indicar cómo he logrado certeza de que este hecho ocurrió, aunque como bien dice el doctor [por la defensa técnica] las pruebas no sean absolutamente lineales como ocurriría en otros delitos que hemos tenido, donde son pruebas absolutamente lineales porque responden a otro tipo de patrón jurídico. Voy a empezar por el concepto de abuso sexual [...], porque yo creo [...] que aquí el relato de ambas partes –del señor Ligorria en su declaración y de A. en la suya– tiene un sinnúmero de coincidencias. Yo no puedo indicar que no es creíble el relato de A. porque al comienzo de la denuncia no dijo si dijo «que no» ante la tentativa del imputado de accederla carnalmente, de tener relaciones con ella en el primer momento de la mañana –lo vamos a llamar así para ubicarnos, hubo un primer momento y un segundo momento– cuando el mismo imputado, en su declaración adelante mío, hace 26 horas, dijo “ella me dice que no, y me quedo dormido”. Es decir, el “no”, que ella dijo que “no”, lo dicen las dos partes. Ahora, ¿qué pasó después de ese “no”? Si bien en la declaración puede haber una contradicción como dijo el doctor [por la defensa técnica] porque A. [en la denuncia] no dijo que había dicho que «no», en el debate dijo que había dicho que «no», y el imputado escuchó que había dicho que «no», y la hermana del imputado, cuando cuenta su relato, dice que el imputado le dijo que ella [por la víctima] le dijo que «no», y que él «no es ningún violín». Tal es así, que en el momento en que declara Emanuel Ligorria y al finalizar, yo le digo “discúlpeme, yo no entiendo algo ¿usted dijo algo de que usted no es ningún violín?” y él me lo dijo, min. 11.51 de la grabación: “sí, doctora. Yo le dije que tuviéramos relaciones. Ella me dijo que no. Yo le insistí. Y ella me volvió a decir que no y yo le dije “me duermo, no soy ningún violín”. Un diálogo por demás insólito [...]. Lo dice A. en su declaración, pero lo trae Emanuel y lo trae su hermana, no hay ninguna duda de que ese diálogo existió [...]» –v. audiencia «video 2» del 04/05/22, min. 05:15 a 10:00–.*

Hasta aquí, el fragmento transcrito da cuenta de los motivos por los que la jueza asignó relevancia a la

discusión sobre la definición del consentimiento para la interpretación del tipo penal de abuso sexual con acceso carnal, y de cómo las contradicciones en los relatos de la víctima sobre si había o no negado expresamente su consentimiento podían ser superadas. Pero, además, ese fragmento muestra que la pregunta que la jueza hizo al acusado –de la que la defensa se agravia, tachando de parcial la actuación de la jueza– no se trató más que de una pregunta aclaratoria, para corroborar algo que el acusado ya había manifestado, y que de ningún modo implicó vulnerar el contradictorio ni los derechos de las partes (ver, al respecto, «**Flores González**»).

Antes de continuar, conviene traer a colación lo dicho por esta Sala Segunda respecto del punto de partida de la argumentación de la jueza, es decir, **la perimida idea de que dentro de relaciones conyugales el consentimiento para mantener relaciones sexuales se considera presunto**. Al respecto, esta Sala Segunda, con diversa integración, ha sostenido que aquella concepción abona la idea e implica aceptar que la mujer carece de derechos, y el Estado argentino se ha comprometido a erradicar tales estereotipos discriminatorios (**art. 5 de la CEDAW, arts. 2 y 7 de la Convención Belém do Pará**), de manera tal que «[...] *la convalidación judicial de las mentadas convicciones del incuso en orden a que el esposo tiene derecho a forzar el sexo con su cónyuge compromete seriamente los objetivos convencionales y puede generar responsabilidad internacional del Estado argentino, pues lejos de cumplir aquellos estándares refuerza la convicción de que el “débito conyugal” puede ser impuesto a las mujeres y que debe prevalecer el deseo sexual del esposo sobre la integridad sexual de la mujer*» (conf. «**Lobos Gelvez**»).

Luego de la aclaración referida, la jueza de instancia previa explicó por qué las inconsistencias que enfatiza la defensa en su recurso de casación no afectaban la credibilidad de los aspectos centrales del discurso de C.A.G. y cobraban sentido si se analizaban con la consideración del marco de violencia existente, tanto el que definía la relación de pareja en general, como la violencia ejercida por el acusado el día del hecho en particular.

Así, al analizar cada prueba concreta afirmó que «[...] *yo escuché claramente cómo el doctor [por el defensor] hizo preciso hincapié en ciertas contradicciones en el testimonio de la víctima. Contradicciones entre los dichos que había indicado al denunciar, los dichos que habían aparecido durante el debate, y los dichos de otros testigos de lo que ella había dicho. Lo que no podemos negar es que la estructura básica del discurso se ha mantenido en el tiempo. Y la estructura básica del discurso es que, después de una discusión el señor se fue de la casa, volvió en estado de ebriedad, ella estaba en la casa con los chicos, tuvieron una discusión, según el señor no fue como audiblemente exacerbada pero fue una discusión tan violenta que llegó a una autolesión del señor que reconoce [...]. Y que, luego de esa discusión y de que el señor apuñalara el celular en el cuarto, A. logró retirar el cuchillo, ayudar al señor a cubrir su herida y se quiso acostar, momento en el cual fue obligada a mantener sexo oral y luego ocurrió este acceso carnal [...]. Esta cronología, salvo en este momento sobre si hubo o no hubo acceso, más o menos se mantiene [...]. Pero la situación del señor Ligorria con un arma en la mano y habiendo destruido el celular con esa arma, genera ya de por sí el escenario de una situación, a mi criterio, extremadamente violenta. Una situación en la que ya no es tan fácil sostener un no o un sí. Existe un despliegue de violencia importante.*

A lo que agregó: «¿Qué pasa en el relato de A.? Yo lo que advertí en el relato de A. es que **no es un relato ganancial** [...]. Yo entiendo lo que dice el doctor de que ha habido pasajes en que pueden haber habido mentiras, de hecho lo explicó la perito acá. Cuando él [por Ligorria] le encuentra la foto del chico creo que durmiendo en el colectivo, ella desconoce esa foto y miente. Ahora, una cosa es decir “esta foto no es mía”, para cubrirme de una pelea de celos, y otra cosa es inventar un abuso sexual. Son dos tenores de mentiras

absolutamente distintas. Mentir sobre dónde estuviste, por qué te demoraste o por qué llegaste tarde, es una mentira que se mantiene dentro de parámetros sociales. Ahora, quién miente inventando un abuso sexual que puede llevar a su pareja en ese momento a una pena de seis años de prisión, estamos hablando de otro índice. Y eso lo explicó una de las licenciadas acá. ¿Por qué digo que la declaración de A. no fue ganancial? Porque ella tanto acá como ante los peritos, en todo momento reconoció que había una relación violenta. Cuando Emanuel me dice “yo era víctima de violencia”, no es una novedad de la que nos enteramos en el debate. Desde el minuto uno ninguno de los dos toleraba que el otro fuera otro, [...] ninguno de los dos toleraba que tuvieran vida propia, [...] había celos desmedidos. Pero entonces, A. no se presentó aquí como una persona que no tenía problemas. Su psicólogo, sin que se le moviera un músculo, dijo que consumía alcohol y eventualmente consumía marihuana, es decir, no vino una víctima a decirnos que era quien no es. Todo el tiempo sostuvo criterios de personalidad que hoy socialmente no son los mejores. Ahora, eso no significa –de ninguna manera– que una persona que consume marihuana, que toma alcohol, que le saca una foto a un chico dormido en el micro y hace un comentario desubicado dijo Emanuel, no pueda ser víctima de abuso sexual. Son cosas distintas.

Luego, concluyó: «Es cierto, no es la víctima estereotipada ni es el agresor estereotipado en la legislación y en nuestro ideario popular. Pero una cosa no quita la otra. A. no tuvo ganancialidad en su relato. No negó haberle pegado una cachetada al señor, ni negó que las discusiones eran violentas, ni negó que era celosa. Y un elemento que también me pareció impactante fue esta circunstancia de que el golpe que ella se da esa noche no lo impute a un abuso sexual. Si yo estoy mintiendo una denuncia de abuso sexual, y tengo el tupé de ir a la ex mujer con la que no tengo ningún vínculo a decirle “lo denuncié por violación, ayudame lo vamos a hundir” –como nos pretendió hacer creer esta testigo–, después ¿se golpea en la cabeza y no lo utiliza en el hecho? No tiene sentido. No tiene sentido: quien inventa una denuncia aprovecha todos los elementos que se le van presentando. Y ella no los aprovecha, ella los entrega, dice “no, esto me golpeé acá, esto nada que ver” [...]. Esos elementos van brindando una cierta consistencia al relato. Y esto nos lo hace notar en primer lugar la hermana de A. pero luego lo dice el Dr. Sánchez y está escrito en el papel [...]. Este relato reviste caracteres de credibilidad, más allá de que esta persona pueda desplegar otro tipo de mentiras [...]» –v. audiencia, min. 11:54 a 18:01–.

Descarto, entonces, que las contradicciones de la víctima no hayan sido consideradas y meritadas por la jueza al momento de resolver: no sólo fueron tratadas en primer lugar, sino que además la decisión justifica cómo ciertas mentiras podían ser consideradas socialmente aceptables, y otras no tenían apoyo lógico en el contexto de los hechos. La defensa, sin embargo, no ha aportado una crítica contra este razonamiento de la jueza, limitándose solo a tacharlo de arbitrario. A mi juicio, tiene particular relevancia la argumentación empleada por la jueza para descartar ganancialidad en el relato de la víctima, algo que –reitero– la defensa no ha abordado en su crítica.

Por otra parte, la jueza explicó por qué la declaración de Méndez era en parte creíble y en parte no. Justificó que lo relativo a las cualidades de Ligorria era verdadero, puesto que se corroboraba con la declaración de la propia víctima; pero descartó que fuera cierto que la víctima le confesó que «quería hundir» al acusado, porque no tenía sentido pensar que C.A.G. le había mentado a su psicólogo, a la justicia, a los profesionales integrantes de organismos oficiales que intervinieron, y a Méndez le había confesado que todo era falso –v. audiencia, min 24:30 a 25:50–. Particularmente, consideró que Méndez mentía porque daba opiniones personales cuando se le solicitaba que declarara sobre hechos; no podía mantener su relato; tuvo que reiterársele que estaba bajo juramento e incluso se negó a decir que el día del hecho

había visto a Ligorria alcoholizado, a pesar de que el mismo Ligorria lo había reconocido. Por su parte, la jueza justificó que no dispuso la extracción de compulsas por falso testimonio porque entendió que la situación personal de la testigo y su «don de gentes» la había llevado a mentir para preservar la libertad del padre de sus hijos –v. min. 26:00 y ss.–. Posteriormente, contrastó este relato con el de la hermana del acusado, que resultaba creíble aunque era contrario a la versión de C.A.G., porque mostraba sinceridad al considerar que su hermano no había abusado de C.A.G. y reprodujo consistentemente las conversaciones que había tenido con su hermano –v. min. 27:10 y ss.–.

La jueza también explicó cómo debía valorarse la conducta ambivalente de C.A.G., quien durante la ejecución del hecho no gritó pidiendo ayuda para no despertar a los niños, y luego del hecho fue a comprar regalos del día de la madre y no pidió ayuda a vecinos ni a nadie. Esto tiene explicación, afirmó la jueza, con cita de jurisprudencia de esta Sala Segunda, si se evalúa el hecho desde la perspectiva de la violencia a la que C.A.G. había sido sometida: «[...] *hay que deconstruir el concepto de víctima de abuso sexual que sale corriendo por la calle lastimada, con la ropa desgarrada y desesperada a pedir ayuda. Este contexto de violencia mutua, cruzada en la que se han mantenido [el acusado y la víctima] ha generado que tanto usted [habla a Ligorria] que me lo dijo acá en el debate, como ella [por la víctima] hayan empezado a dejar pasar y naturalizar hechos que jamás debieron ser naturalizados. Usted mismo [a Ligorria] me dice que con un celular le voló la cabeza de una cachetada. Ese hecho, entonces, cuando uno [está] inmerso en un ciclo de violencia deja pasar situaciones, se es víctima de violencia sin estar del todo despierto de que está siendo víctima. Por eso estas circunstancias cambiantes que atraviesa A. desde este hecho hasta el día siguiente. Donde dice “tuve relaciones con miedo” –las segundas relaciones– pero no le dije que no. Yo tampoco veo un abuso sexual porque el señor [Ligorria] en ese segundo hecho no pudo saber si «sí, o no». Pero es lo que dice ella: “si quieren, díganles consentidas, yo no quería todavía que él se enojara”. En ese caso yo no se lo imputo como una conducta dañosa, no considero que tenga nada que ver y entiendo que usted [a Ligorria] de buena fe entendió que estaban consentidas. Pero tiene que ver con estas circunstancias de una víctima ambivalente [...]*» –v. audiencia, min. 28:00 a 36:00–.

La decisión también justificó la responsabilidad penal de Ligorria Garro a pesar de que los exámenes psicológicos que se le realizaron no descartaban el hecho, porque no tenía un perfil de abusador sexual: «[...] *no es una persona que anda por la vida destrozando gente, sino que es una persona que no está sensiblemente concientizado de qué es el “sí” y qué es el “no”. Esa es la diferencia, por eso ni la víctima reacciona como esperamos, ni el imputado es el agresor que esperamos, sino que este análisis tiene que ser un análisis respecto de qué significa el “sí” y qué significa el “no”. Cuál es el límite del “sí” y cuál es el límite del “no”. Por eso el imputado, cuando lo advierte, se arrepiente y llora, y dice “no, yo no soy así”. Y sí, ese es el problema que tenemos en este caso, están todos los elementos. Insólito hubiera sido que A. gritara, despertara a los chicos y se hubiera dado cuenta instantáneamente lo que había pasado. Eso sería insólito, no lo que pasó acá. Lo que pasó acá responde a los parámetros de violencia concreta y de perspectivas de una forma de violencia a la que nosotros, que somos de otro siglo, no estamos acostumbrados y no lo entendemos [...]*» –v. audiencia, min. 28:00 a 38:10–.

Pero, además de que ha sido debidamente tratado y contestado en la sentencia, el argumento no puede ser acogido en la medida en que no es necesario demostrar desajustes o trastornos en el plano sexual para tener por acreditado el hecho. El punto de partida implicado en esta argumentación de la defensa asume erróneamente concepciones discriminatorias que no pueden ser convalidadas en esta instancia. Abusar sexualmente de una persona no necesariamente es resultado de un desajuste psicológico o psiquiátrico,

una condición médica o una enfermedad. Nuestro sistema de responsabilización penal se basa en el **principio de responsabilidad por el acto** o hecho, y no requiere construcciones sobre la personalidad, gustos, carácter, antecedentes, orientación sexual ni preferencias del autor, lo cual es propio de un derecho penal de acto vinculado a la peligrosidad, antes que a la culpabilidad.

El análisis realizado demuestra que los vicios que la defensa adjudica a la decisión no son más que –como sostuve al comienzo de este voto– un intento por aislar elementos probatorios para debilitar su potencial convictivo, sin tener en cuenta que esta Sala Segunda reiteradamente se ha expedido por la vigencia de la teoría de la **unidad de la prueba**, en tanto impone como regla la ponderación conjunta de aquéllos, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero integradas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (conf. «Barrionuevo, Axel», «Gómez Muñoz», entre otros).

Tampoco la alegación defensiva según la cual no se valoraron todas las consideraciones que la defensa realizó en su alegato puede tener acogida favorable. Ello, en la medida en que no es tarea de la judicatura descartar expresamente todas y cada una de las argumentaciones que plantean las partes, sino considerarlas en su razonamiento y dar cuenta de ellas (en este sentido, véase CSJN «Roviralta Huberto», Fallos 327:789; «Giardelli, Martín», Fallos 325:1922; «Sucesión Rotundo», Fallos 324:4026; «Wiater, Carlos», Fallos 320:2289, entre otros). Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el cual la jueza de la instancia previa ha dado respuesta a la posición de la defensa al sostener una interpretación de los hechos apoyada en pruebas concretas. A los fragmentos ya citados, se agrega a ese respecto una conclusión final donde la jueza recapituló todas las pruebas, directas e indirectas, en que apoyó la veracidad de la versión de C.A.G. y la responsabilidad penal del acusado. Así, sostuvo que «[...] *la existencia de este hecho sólo puedo tenerla por acreditad[a] con lo que dijo C.A.G. Ahora, ¿qué pasa indirectamente? Indirectamente tenemos una persona que esa misma noche sueña, en un pensamiento intrusivo, se desmaya y se rompe la cabeza. Tenemos una víctima que, conforme nos ha indicado el psicólogo tratante, padece de situaciones de estrés post-traumático, que después de ese hecho debió derivarla a una psiquiatra para que la medicara. Tenemos el testimonio de la hermana de C.A.G. que dice que su hermana nunca más ha vuelto a ser la misma. Es decir, que si bien –como dijo el doctor [por el defensor]– no encontró indicadores de estrés post-traumático la licenciada que la entrevistó el día siguiente, cuando fue preguntada en este debate por la defensa del imputado, ella claramente dijo que en ese momento no advertía una situación de estrés post-traumático porque C.A.G. estaba [...] en una situación de omnipotencia. Y que esa situación de omnipotencia la hacía no querer sentirse víctima de lo que había sido víctima. Pero que esas situaciones que la mente predispone para poder soportar ciertas agresiones, caen y con el tiempo aparece el estrés post-traumático, que es lo que nos narran los otros operadores. Esta circunstancia de omnipotencia, desde la psicología, claramente la omnipotencia puede ser traducida de una sola manera: que es la impotencia. Se muestra omnipotente ante un hecho quien padece la impotencia de haberlo padecido [...]. Eso es lo que nos narra la licenciada que la ve al día siguiente [del hecho]. Éstos son los elementos que me indican que no es que C.A.G. quisiera vengarse del señor Ligorria [...]*» –v. audiencia, min. 40:00 a 43:13–.

Por los motivos expuestos, entiendo que los agravios relativos a la fundamentación de la sentencia en punto con la acreditación del hecho calificado como abuso sexual con acceso carnal deben ser desestimados.

4.b.- En cuanto al hecho calificado como daño, la defensa se agravia de que la jueza solamente lo tuvo por acreditado en virtud de una vaga consideración sobre la vasta prueba existente al respecto, y sin un

análisis particular. De la audiencia respectiva surge que la jueza aludió a pruebas mencionadas durante sus consideraciones sobre el hecho del abuso sexual y al propio reconocimiento de la defensa de que la rotura existió y que Ligorria Garro fue su autor. Ahora bien, la existencia material y autoría del daño del teléfono celular de C.A.G. por parte del acusado formaba parte de la teoría del caso de la defensa, pero en esta instancia se agravia por la falta de mérito de prueba al respecto. Tal alegación, además de resultar contradictoria, carece de virtualidad para demostrar la existencia de un vicio de motivación que justifique la anulación de la sentencia. Más aun cuando los elementos de prueba dan cuenta de lo cuestionado.

Por último, en punto a las amenazas la defensa cuestiona que no se hayan meritado las contradicciones sobre el contenido de las amenazas, el mal anunciado y su magnitud. Sin embargo, este agravio ha de ser rechazado por dos razones. La primera, es que la jueza explicó que las amenazas no sólo consistieron en las expresiones verbales que manifestó el acusado –y respecto de las cuales había coincidencia en los términos fundamentales–, sino también en la conducta de apuñalar el celular y autolesionarse para «evitar» lesionar a C.A.G.: «[...] *la existencia de las amenazas no sólo está en estos dichos que usted no sabe bien si los dijo, si bien hay una reiteración de las palabras clave, pero en el fondo han sucedido en un acometimiento. Ahora la circunstancia del “me corto para no cortarte el cuello” es un elemento que yo creo profundamente, y tengo absoluta certeza de que existió, porque tiene que ver con la autoagresión. La autoagresión es una forma de agredirme cuando no puedo controlar el impulso [...]*» –v. audiencia, min. 47:00 a 48:30–.

La segunda razón es relativa a la **falta de interés en el agravio**, puesto que la acreditación de las amenazas no tuvo relevancia en la pena concreta que se impuso a Ligorria Garro. Así, la jueza explicó que «[...] *en cuanto a las amenazas con el uso de arma, yo no sé si ustedes pueden advertir que al momento en que yo apliqué la pena –no usted [dirigiéndose a Ligorria Garro] porque no lo conoce– pero la pena que yo le he aplicado es la mínima, mínima posible por el delito de abuso sexual. No he contemplado pena ni respecto de estas amenazas coactivas, es decir, no le he sumado pena, le he puesto el mínimo. Yo entiendo que estas amenazas coactivas existieron, por eso lo he condenado. Creo que existieron en este marco de violencia que en principio era cruzada, comprendo que estas amenazas no han sido con un fin determinado sino que han sido producto de la ira de la discusión, y sí entiendo que debe ser condenado aunque no le voy a aplicar pena específica por eso, porque fueron con arma [...]*» –v. audiencia, min. 45:00 a 47:10–.

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Emmanuel Gabriel Ligorria Garro y confirmar en un todo la Sentencia N° 2.633 y sus fundamentos dictada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

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

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Ligorria Garro. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un **contexto de violencia de género**, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Concha, Jesús», «González

Pringles», y más recientemente «Ojeda Pérez , «Rivero Gutiérrez», «Alaniz Pineira», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] *que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales*».

Destaqué también que «[...] *los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género*».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «*[a]fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)*» (Concha, Jesús).

Por otro lado, y en relación al agravio vinculado al supuesto consentimiento de la víctima en la relación sexual objeto de las presentes actuaciones ha quedado suficiente desvirtuada a partir del análisis integral del acerbo probatorio, los que dan cuenta del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho.

No obstante ello, me interesa destacar que se advierte en la praxis judicial que una de las defensas posibles para un acusado de abuso sexual es alegar que la víctima consintió el acto, utilizando frecuentemente argumentos basados en estereotipos de género –definidos por la jurisprudencia interamericana como «*la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*» (Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón) Vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; párr. 401)– o aludiendo –aun sutilmente– a ciertos prejuicios discriminatorios de corte patriarcal.

En este sentido, señalé en el precedente «**González, Mauricio**» que «[...] *a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos*».

Dicho de otro modo, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. Por ello, la promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

En suma, mi interés por visibilizar esta problemática es a partir de las dificultades estructurales que, en materia de acceso a la justicia, deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual y las responsabilidades que, al respecto, nos atañen en tanto Poder Judicial y, más aún, como autoridad suprema de la estructura judicial provincial.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

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

2- ANDRADA ZANABRIA. 16-02-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en fc. con el 4° párrafo, apartado b) y c); 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo, apartado b) y c); 125, 2° y 3° párrafo y art. 55 del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Corrupción de menores agravada. Concurso real. Determinación de la pena. Unificación de pena. JAI cuestionado.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (hecho 1), abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (hechos 2 y 3), corrupción de menores agravada por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad (4 hechos), todo en concurso real (arts. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo, apartado b) y c); 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo, apartado b) y c); 125, 2° y 3° párrafo y art. 55 del CP). Asimismo, fue revocada la condicionalidad de la ejecución de la condena – tres años de prisión en suspenso- impuesta mediante Sentencia N° 275 (13-11-18), disponiendo la pena única de once años de prisión.

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

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

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1931, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ibáñez, Guillermo
- Barloa Echegaray. 23-06-14:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Resulta improcedente en la instancia recursiva cuestionar la sentencia fruto del procedimiento de juicio abreviado, cuando el Defensor Técnico consintió dicho juicio, y la condena impuesta resulto acordada entre el Ministerio Público Fiscal, la Defensa y el encartado.

El juicio abreviado es un procedimiento acordado entre las partes, además de resultar un mecanismo simplificado en el trámite procesal, y la ley prevé vías específicas de impugnación para el supuesto en que se considere que es la sentencia un acto jurisdiccional viciado, por haber prescindido del consentimiento del encartado - **artículo 495 CPP**.

- Domínguez L. 02-11-15: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

El deber del juez de **fundamentar** la sentencia no sólo alcanza a la imputación del hecho sino también a la **pena**, debe dar las razones que lo llevan a afirmar la necesidad de aplicar una determinada sanción y no otra. Esta obligación surge del propio artículo 41 del CP. que establece los factores que deben pesar en la decisión y que, en virtud de ello, instaura el deber de fundamentación, ya que, de lo contrario, sería imposible controlar el cumplimiento de esa obligación.

En el marco de un **procedimiento abreviado**, el cómputo de pena en los casos que resulte de aplicación alguna de las hipótesis previstas en el artículo 58 del Código Penal, resulta pertinente que el Ministerio Público Fiscal **pacte inclusive el monto de condenas o penas a unificar** y, consecuentemente, el Tribunal no podrá imponer una pena mayor.

Precedentes relacionados.

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olgúin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=874>
- Giovarrusci B. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=887>
- Lobato barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=869>
- Maldonado José . 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=964>
- Andrada Zanabria. 16-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf
- Garrido Jofré. 03-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06811069-0/1((018601-717702)). F C/ ANDRADA ZANABRIA MARCELO ANGEL MAURICIO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (717702/19) (717702) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106063878*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06811069-0/1 caratulada “F. C/ ANDRADA ZANABRIA MARCELO ÁNGEL MAURICIO P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (717.701/19) (717.702) S/REC. EXT. CASACIÓN”.

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

La defensa de Marcelo Ángel Mauricio Andrada Zanabria interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.931 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condena a la pena de diez años de prisión como autor responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (hecho 1), abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (hechos 2 y 3), corrupción de menores agravada por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad (4 hechos), todo en concurso real (arts. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo, apartado b) y c); 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo, apartado b) y c); 125, 2° y 3° párrafo y art. 55 del CP) que se le atribuye en los autos n° P-71770/19.

Asimismo, la sentencia impugnada revoca la condicionalidad de la pena impuesta en autos n° 92.139/ 14 mediante Sentencia N° 275, de fecha 13 de noviembre de 2018 dictada por el Tribunal penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, y la unifica con la presente pena impuesta en el apartado II en la pena única de once años de prisión (art. 58 del CP). También, ordena la prohibición de acercamiento de Andrada Zanabria respecto de los lugares de residencia –actual o futuro–, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia, como así también de toda comunicación ya sea de manera virtual, mensaje de texto, llamadas telefónicas, mail y toda otra vía no mencionada de comunicación, incluida la de interpósita persona, respecto de la menor AVAF y su madre Laura Fernández, debiendo notificar a las víctimas y sus representantes legales de la presente norma de conducta.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

En la sentencia impugnada se acreditaron los siguientes hechos contenidos en la acusación: «[q]ue sin precisar fecha ni hora exacta pero presumiblemente en el año 2012 cuando la menor AVAF tenía alrededor de tres años de edad, en el domicilio en el cual residía M. A. A. Z. junto con su progenitora y hermana, el cual a esta altura de la investigación no ha sido precisado, pero sito en un Asentamiento .., Guaymallén,

en ocasión en que la menor iba a visitas, M. A. A. Z., en una de las habitaciones de la vivienda, acostó a su hija A en la cama para luego pedirle que abriera su boca y besarla, acto seguido, tocaba con sus manos todo el cuerpo de la menor y obligaba a la niña que le besara el pene, situación que se repitió en un número indeterminado de veces».

«Asimismo, sin poder precisar el domicilio exacto, pero en la vivienda en la que el mencionado compartía con sus hermanos, presumiblemente durante el año 2016 cuando la niña tenía alrededor de 7 años de edad, en un número indeterminado de hechos en horario de la noche, acostaba a la niña consigo y a sus otros hijos menores en otra cama, y aprovechando que los hermanos de M. A. A. Z. salían del domicilio a bailar, tomaba a la menor e introducía su pene en la cola de la misma realizando movimiento hacia adelante y atrás, sin provocarle lesiones, pero provocándole dolor».

«En otra oportunidad, sin poder precisar la fecha y hora exacta, pero durante el año 2019, antes del día 14 de junio de ese año, cuando la niña tenía 9 años de edad, en el domicilio sito en Barrio ..Luján de Cuyo, domicilio que el mencionado compartía con su pareja Carla, en ocasión en que la menor se encontraba de visitas, en la habitación del sindicato encontrándose acostados en la cama, bajó el pantalón y la ropa interior tenía puesta y realizó tocamientos en la vagina y cola de la niña luego se bajó su propio pantalón y ropa interior y besó a su hija en la vagina y en la boca, para luego darla vuelta, colocarla frente a sí y obligarla a que le bese el pene mientras V lloraba».

«Sin poder precisar la fecha y hora exacta, pero presumiblemente durante el año 2019, en el domicilio sito en Barrio ..., Luján de Cuyo, en diferentes oportunidades, cuando su hija V se encontraba de visitas, M. A. A. Z. exhibió en una tablet filmaciones de contenido sexual para luego decirle a la menor que debían hacer lo mismo porque eso estaba bien».

Para así decidir, el juez de la instancia previa hizo lugar a la aplicación del procedimiento **de juicio abreviado** previsto en el artículo 418 y concordantes del CPP, y expuso que la representante del MPF, la asesora de menores y la defensa arribaron a un acuerdo de los hechos que se ventilaron en el marco de la presente causa, que existió un correlato entre las calificaciones legales y los diferentes hechos que se le atribuyeron al acusado y que éste –debidamente asesorado por su defensa– reconoció libremente ser el autor de los mismos.

Agregó que, a su criterio, el plexo probatorio reseñado y controlado resultó suficiente para tener por acreditado con el grado de certeza la autoría de Andrada Zanabria, y procedió a la homologación del acuerdo realizado por las partes.

Posteriormente, expuso los fundamentos en que sustentó la unificación de penas en once años de prisión (ver reanudación de la audiencia de fecha 6 de diciembre de 2021, en registro audiovisual a partir del minuto 00:08).

2.- Recurso de casación

La defensa técnica del acusado interpone recurso de casación fundado en los incisos 1 y 2 del artículo 474 del CPP, por entender que no se observaron normas establecidas bajo pena de nulidad y se aplicó erróneamente el derecho penal sustantivo.

Por una parte, en cuanto al **vicio de procedimiento**, afirma que su asistido **nunca entendió que en el juicio abreviado** se lo acusaba de haber corrompido sexualmente a su hija, de lo contrario no hubiera aceptado un juicio abreviado, por lo que a su criterio existió un vicio en la voluntad del acusado en relación al delito

de corrupción de menores agravada.

Agrega que si bien *M. A. A. Z.* reconoció haberle facilitado a su hija la tablet en donde se encontraba material pornográfico, esa acción no tuvo como finalidad generarle una desviación o depravación sexual, sino que simplemente se limitó a no impedirle a la niña el acceso al material referido.

Expresa que el acusado aceptó los hechos imputados, pero no alcanzó a comprender la calificación legal porque no le fueron explicados los elementos objetivos y subjetivos de la misma, y por tanto, la calificación legal no ha sido válidamente otorgada.

Por otra parte, en relación a la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, expone que ni de la Cámara Gesell ni de la pericia psicológica de la menor surgen indicios de que presente signos de desviación o depravación sexual, ni siquiera que tenga exacerbado su instinto sexual, ni vocabulario ni expresiones. Es por ello que entiende que no corresponde la aplicación del artículo 125 del CP, sino del artículo 128, cuarto y quinto párrafo del CP.

Por último, solicita que en función del **cambio de calificación legal peticionada**, se lo condene a la pena de ocho años y seis meses de prisión, que resulta de la composición de la pena entre la condena dictada en el presente proceso al monto mínimo de la escala penal aplicable, por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con una menor de 18 años, abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años y el delito de suministro o facilitación de material pornográfico cuando la víctima fuere menor de 13 años, previsto en el artículo 128, cuarto y quinto párrafo del CP y la revocación de la condena de cumplimiento condicional impuesta por Sentencia N° 275 (ver punto IV del recurso).

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que si bien el recurso de casación procede formalmente, analizado en el fondo corresponde su rechazo y la convalidación de la sentencia impugnada.

Afirma que en el caso se ha cumplido con el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para el juicio abreviado, y que de las constancias que surgen del audio y video se desprende que el sentenciante le preguntó al justiciable si comprendía los términos del acuerdo, si reconocía los hechos y los había comprendido y si aceptaba la pena que se había pactado, respondiendo a todas las preguntas en forma afirmativa.

Señala en cuanto a la calificación legal cuestionada por el recurrente, que no corresponde la revisión en esta instancia porque el encartado –con asistencia letrada– reconoció su autoría en los hechos y con la calificación legal impuesta tal como habían sido imputados, cuya lectura fue reproducida en la audiencia respectiva.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, adelanto que de una revisión del procedimiento abreviado aplicado y de las argumentaciones del magistrado en la sentencia cuestionada, corresponde desestimar sustancialmente el escrito recursivo por las razones que a continuación paso a exponer.

Por un lado, advierto que la acusación de los cuatro hechos atribuidos a *M. A. A. Z.*, cuya lectura realizó la representante del Ministerio Público Fiscal durante la audiencia de fecha 6 de diciembre de 2021 –

consignados en el punto 1 y registrados en el soporte digital de la misma fecha a partir del minuto 02:21– fueron reconocidos, comprendidos y aceptados sin ser observados por la defensa del acusado y por éste mismo en la misma audiencia.

Así pues, en la audiencia mencionada la defensa expresó que «[adhería] a lo manifestado por el Ministerio Público Fiscal sin presentar ninguna observación ni disconformidad, agregamos que esta convergencia de voluntades con el Ministerio Público Fiscal ha sido hablada, consultada con el Sr. M. A. A. Z. previo a ser otorgada» (ver registro audiovisual de fecha 6 de diciembre de 2021, a partir del minuto 10:28 a 13:08).

Luego el juez de la instancia previa le preguntó al acusado si comprendió los cuatro hechos a los que dio lectura la fiscal y M. A. A. Z. respondió: «Sí, los he comprendido bien». Después le preguntó si los reconocía y respondió afirmativamente. Además, en cuanto a la pena el juez le explicó al acusado que el acuerdo, convalidado por la defensa, preveía una pena de diez años de prisión en la causa y que, al unificarse con la pena impuesta por Sentencia N° 275 del año 2018 de tres años de prisión en suspenso, la pena unificada sería de once años de prisión. El sentenciante le preguntó al acusado si comprendía y aceptaba esta pena y aquél respondió también en forma afirmativa (ver registro audiovisual de fecha 6 de diciembre de 2021, a partir del minuto 12:15).

De conformidad con lo expuesto, entiendo que la sentencia se dictó en una audiencia de procedimiento abreviado acordado por las partes en el marco de las previsiones de los artículos 418, 419 y 420 del CPP que establecen las disposiciones relativas a esta forma especial de dar finalidad a los hechos denunciados en la presente causa (cfr. «**Ibáñez, Guillermo**»), se observa la libre manifestación de voluntad de Andrada Zanabria de acogerse a la modalidad de procedimiento abreviado

Así pues, de la audiencia de fecha 6 de diciembre de 2021 –registrada en el soporte digital referido–, surge el lenguaje claro y llano con el que el juez le explicó verbalmente los alcances del acuerdo, los cuatro hechos imputados contenidos en la acusación que le fue leída momentos antes por la representante del MPF, las calificaciones jurídicas y la pena resultante de la unificación de la sentencia pactada en la causa P-71702/19 y la anterior correspondiente a la sentencia n° 275 en autos P2-92139/14 (cfr. «**Carrera Uribe**»).

Adviértase que en cada tramo de la audiencia, el juzgador le preguntó al acusado si comprendía lo que le explicaba y le respondió en forma afirmativa, como también, que durante toda la audiencia estuvo asistido por su defensa técnica –dos profesionales del derecho– quienes expusieron que habían hablado anteriormente con M. A. A. Z. sobre las condiciones del acuerdo pactado y aclararon estar de acuerdo sin observaciones que formular durante la audiencia.

De modo entonces, entiendo que el procedimiento abreviado se llevó a cabo dentro de los requisitos legales contemplados en la ley procesal penal, y tanto el acusado en forma voluntaria y debidamente informada, como su defensa técnica, expresaron libremente la conformidad de acogerse el acuerdo pactado en cuanto a la calificación jurídica de los cuatro hechos contenidos en la acusación. En función de ello, no encuentro vicio alguno en la sentencia dictada, razón por la que el agravio resulta a todas luces improcedente en tanto no tiene sustento verificable en datos empíricos de la audiencia referida.

Pues, como ha dicho esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en el caso «**Ibáñez, Guillermo**» citado, «[...] la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una

determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido. Esto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el consentimiento de ese acto intervino el defensor del imputado como asesor técnico, suscribiendo ambos el acta sin formular objeción alguna y consintiendo las referencias allí apuntadas en relación a lo acontecido en la audiencia celebrada».

Por último, resta señalar que deviene improcedente también el agravio relativo al monto de la pena impuesta de once años de prisión, resultante de la unificación de la pena de diez años de prisión impuesta en la presente causa con la pena de tres años de prisión en suspenso correspondiente a la sentencia nº 275 mencionada y por aplicación del artículo 58 del CP. Ello, porque la pena de diez años de prisión en la presente causa fue pactada por las partes y el sentenciante la estableció en consecuencia y la fundó debidamente dentro de las pautas establecidas en los **artículos 40 y 41 del C. Penal** (cfr. «Barloa Echegaray», «Domínguez Lucero», entre otros).

Por lo expuesto, y en opinión concordante con el Procurador General, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

3- BAZAN SAEZ. 16-02-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Asc.	NNA	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcBSJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo inc. b), 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 239, 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Absolución. Valoración de la prueba. Amenazas simples. Desobediencia. Concurso real. Ley 26485. CEDAW. CDN. Relato de NNA.

Summa:

El TPC:

a- Absolvió al sindicado por los hechos que fueran calificados como abuso sexual gravemente ultrajante por el modo de realización, agravado por el vínculo, art. 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo letra b) del C.P.

b- Condenó a la pena de **dos años de prisión en la modalidad de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de amenazas, art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto C.P. y desobediencia en concurso real con amenazas simples, arts. 239, 55 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del C.P.

El representante del **querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP) Cuestiona únicamente la absolución.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 907, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Villegas.
- Álvarez Vega. 07-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=314>
- Donoso.
- Arévalo. 20-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221020_FcASR.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini» y «Martínez Fernández»

Precedentes relacionados

I- Interpretación y valor del relato de menores de edad víctimas de A.S.I. en contextos familiares:

- Oliva. 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=10>
- Gómez Ayala. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- Ficara.

II- Relato de NNA:

- Riedberger Galdame. 14-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=365>

- Lorente.
- Sayd Carrizo.

b-CIDH

Parágrafos destacados.

“...Como ya he dicho *«las complicaciones probatorias que presentan los casos de violencia de género, de violencia contra la mujer o los abusos sexuales no deben significar la abrogación de los principios básicos que informan el proceso penal, ni la imposibilidad absoluta de condenar. Aquí también la hipótesis acusatoria debe comprobarse con el grado de certeza que exige la norma procesal»* (véase, en lo pertinente, lo referido en «Arévalo»).”

“Basta con advertir que el recurrente confunde el **dolo** con **«intención libidinosa»**, cuando sabido es que ambos elementos subjetivos deben ser analizados de manera independiente y que el segundo no se requiere para tener por acreditado el aspecto objetivo del tipo penal.”

“En resumen, la sentencia cuestionada por la parte querellante no adolece de los vicios que se le atribuyen, en tanto, y como afirmara el juez de la instancia anterior, *«los indicios a que alude el querellante no ostentan el carácter de unicidad para arribar a la conclusión asertiva de responsabilidad de Bazán»*”

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

Fallo:

CUIJ: 13-05064471-9/1((018602-150970)). FC/ BAZAN SAEZ JULIO CESAR P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE POR EL MODO DE REALIZACION AGRAVADO POR EL VINCULO (150970) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105230847*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-05064471-9/1** caratulada **“F. c/ BAZÁN SÁEZ s/ CASACIÓN”**.

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

El representante de la parte querellante interpone recurso de casación contra la sentencia n° 907 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se absuelve a aquel por los hechos que fueran calificados como abuso sexual gravemente ultrajante por el modo de realización, agravado por el vínculo, art. 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo letra b) del C.P. (autos P- 150.970/17) y se lo condena a dos años de prisión en la modalidad de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas, art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto C.P. (autos P-122.300/16) y desobediencia en concurso real con amenazas simples, arts. 239, 54 y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del C.P. (autos P-7345/17).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[...] *el día 4 de diciembre de 2016, siendo las 04.00 hs. aproximadamente, [ENGP] se hizo presente en su vehículo particular en el domicilio de su ex pareja Julio César Bazán, ubicado en calle San Martín N° 3075 de Las Heras, a fin de retirar a sus hijos menores de edad. Una vez en el lugar los mencionados mantuvieron una discusión, y en el momento en que [ENGP] se retiraba del lugar Julio César Bazán le manifestó “yo te voy a empezar a seguir, y si te encuentro con otro, al otro lo voy a desfigurar, y si te encuentro en la calle, vas a salir en la tele, porque te voy a matar”*» (causa P-122.300/16, fs. 567).

Este aspecto de la sentencia no ha sido cuestionado por las partes, razón por la que se encuentra firme. Ahora bien, y en lo que aquí interesa en razón del recurso interpuesto, el juez absolvió al acusado Julio César Bazán Sáez, por aplicación del beneficio de la duda, del hecho según el cual «[...] *para fecha no precisada, pero aproximadamente unos cuatro meses antes de día 27 de octubre de 2017, en reiteradas ocasiones, mientras la menor [J.] se encontraba al cuidado de su padre, Julio César Bazán Sáez en el domicilio sito en calle Necochea 212 de Barrio Espejo de Las Heras, el mismo le efectuó a su hija tocamientos en la zona genital y le introdujo su dedo en la vagina, ocasionándole en consecuencia*

enrojecimiento en inflamación en la cara interna de los labios menores y equimosis rojiza alrededor del clítoris» (causa P-150.970/17, fs. 569 vta./570).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate –en particular la de la madre y la abuela de J., así como las del licenciado Serafín, el licenciado Izura y el doctor Agasso–, la declaración del acusado y los informes incorporados a la causa. Todo ello junto con el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular

El querellante interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP.

El recurrente cuestiona, como se dijo, únicamente la absolución de acusado por el beneficio de la duda en el marco de los autos nº P-150.970-17 y articula cuatro agravios.

En primer lugar, el querellante ataca el lugar dado por el tribunal de juicio a la declaración de Lic. Serafín, quien afirmó que la niña fue inducida a dar detalles de un supuesto abuso por un adulto.

En segundo lugar, objeta la valoración de la declaración testimonial de la Dra. Herrera, la constancia de fs. 22 y el examen practicado obrante a fs. 44: estos elementos constatarían las lesiones en el cuerpo de la niña.

En tercer lugar, se agravia respecto de la ausencia de dolo afirmada por el juez en el caso sometido a decisión y sostiene que *«no cabe duda entonces que los tocamientos son con ánimo libidinoso, es decir, con el dolo exigido por la figura penal»*.

Finalmente, el querellante observa que el juez de la instancia anterior no ha valorado correctamente el punto 6 del examen psicológico-psiquiátrico obrante a fs. 372 y vta. en el cual se indica que *«no se observan indicios de presión externa adulta que pueda provenir de parte de figuras del entorno de Agustina»*.

En función de lo expuesto, solicita se case la sentencia y se condene al acusado a la pena de once años de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Una vez analizados los agravios vertidos por el querellante, el Procurador general considera que, si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

Argumenta que el juzgador efectuó un pormenorizado análisis de la prueba reunida, en particular de la declaración del licenciado Serafín y la articuló con el resto de las conclusiones de los profesionales intervinientes –entre ellos el doctor Agasso– para afirmar que los indicadores de abuso eran inespecíficos.

En otro orden de ideas, refiere que subrayó que no se pudo obtener un relato de la menor en Cámara Gesell y que el relato de los testigos indirectos –la madre y la abuela– en relación con la existencia del abuso, no alcanzan para condenar. También valida la valoración del testimonio de la Dra. Herrera, así como las constancias que dan cuenta de las lesiones genitales.

En suma, el Procurador general afirma que la resolución atacada se encuentra debidamente fundada, en tanto brinda razones adecuadas respecto a la ausencia de la certeza necesaria para condenar al acusado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y,

en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

Previo a todo, debe ponerse en relieve que en hechos como el investigado en las presentes actuaciones, donde se investigan agresiones contra la integridad sexual, y más cuando se trata de presuntas víctimas especialmente vulnerables, **el relato de estas últimas tiene un lugar central al momento de la valoración de la prueba** (ver, al respecto, en lo pertinente, «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).

En el caso analizado, **no pudo obtenerse el relato de la niña en Cámara Gesell**, habida cuenta de que J. no interactuó en las entrevistas previas. Ello, en tanto es a partir de lo surgido de las entrevistas preliminares y su análisis por parte de los profesionales intervinientes que se construye la arquitectura de los hechos que serán investigados y atribuidos al acusado. Así, el primer problema que atraviesa la causa es que no se cuenta con esta prueba central a los efectos de determinar los extremos de la conducta atribuida al acusado a partir de las manifestaciones de la supuesta víctima.

En esta línea, el juez subrayó que se realizaron dos entrevistas a preliminares a J. con resultados negativos: en la que obra a fs. 222, la niña dijo que su papá se había portado mal, que la molestaba y asustaba, pero no brindó información relevante para la causa. Por su parte, en la entrevista de fs. 372 tampoco se pudo obtener un relato relevante a los efectos del hecho investigado, verificándose únicamente conductas evasivas respecto de la existencia de una situación de abuso sexual. A partir de allí, el licenciado Izura dijo que no era conveniente realizar una nueva entrevista preliminar para determinar si la niña estaba en condiciones de declarar en Cámara Gesell, ya que ello sería una insistencia que podría haberle ocasionado un daño a la niña.

No debe olvidarse que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto en el que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos de niños, niñas y adolescentes, se impone la asignación de un lugar destacado al testimonio de aquéllos. Todo lo cual no ha sido posible por el resultado negativo de las dos entrevistas previas y el consejo de los profesionales intervinientes de no realizar una tercera instancia.

A pesar de lo anterior, si existiera prueba que avalase los dichos de la denunciante de manera contundente, se podría llegar a alcanzar la certeza necesaria sobre la existencia de los hechos y la autoría. Pero esto tampoco ha sido así.

A la ausencia una declaración de la niña en Cámara Gesell se suma el hecho de que el licenciado Serafín declaró que las manifestaciones de la niña **traslucían palabras de una persona adulta**, que no había angustia y que J. habló de manera sobreadaptada. Por su parte, el doctor Agasso, luego de exhibírsele los informes de fs. 127, 224 y 372/373 –explica el juez a fs. 571 vta.–, dijo que nunca hubo por parte de J. un relato de haber sufrido victimización sexual, aunque sí se explayó sobre temas cotidianos. Respecto a la enuresis y retroceso en el lenguaje, el profesional refirió que eran indicadores inespecíficos respecto de la existencia de los abusos.

En este mismo sentido se pronunció el licenciado Izura cuando desaconsejó la realización de una tercera entrevista y afirmó que si los síntomas dejaron de estar presentes era porque tenían carácter inespecífico y no podían relacionarse con una situación de abuso sexual. Esta declaración es analizada –correctamente a mi entender– por el tribunal de juicio a fs. 570 vta.

Frente a esta panorámica, en la que no se consiguió obtener una declaración de la menor en Cámara Gesell y se verificaron indicios de inducción según lo informado por los profesionales intervinientes –en particular, lo puntualizado por el licenciado Serafini–, no alcanza lo manifestado por la madre de J. al momento de interponer la denuncia respecto de que la niña le habría dicho que el acusado le metió «*el dedito abajo*» –aunque la abuela habría sido la que primero tomó conocimiento de los supuestos hechos–

Pone de relieve el juez a fs. 571 vta. que *«dijo Serafini que él había entendido que había tenido entrevistas previas a la Cámara Gesell y era importante para la madre que dijera la niña si esto había ocurrido o no. Relató que un día la niña en una entrevista le dijo “te tengo que contar algo”, y le dice que el padre había hecho algo que había estado mal, o inadecuado, con palabras que un niño generalmente no usa. Que no le dio detalles, que entendió que le hablaba del supuesto abuso, pero cree que fue más inducida por un adulto, y otro dato es que no presentó angustia ni emoción. Lo expresó de una forma muy sobreadaptada, suponiendo el declarante que había sido inducida, por el lenguaje, además, porque ella arranca con ese tema, como que se quiso sacar ese tema de encima de entrada y después le dijo que jugaran».*

Tampoco estimo suficiente para tener por acreditados los hechos atribuidos al acusado, tal como afirmó el juez de la instancia previa, la constatación de las lesiones genitales llevada a cabo por la doctora Herrera. Recordemos que esta profesional en su informe de fs. 44 señaló que aquellas lesiones eran sospechosas de abusos, pero, en el debate recordó la comunicación telefónica que obra a fs. 22 y puso de relieve que también se podrían haber producido por el golpe con el caño de una bicicleta. El juez, por su parte, a fs. 572 analizó pormenorizadamente esta prueba y destacó que *«no aparece del todo claro que [J.] le haya dicho [a la Dra. Herrera] que el padre le metía el dedo».*

Por ello, no alcanza con poner el foco en el punto 6 del resultado de la segunda entrevista obrante a fs. 372 y vta. en la que se afirma que *«no se observan indicios de presión externa adulta que pueda provenir de parte de figuras del entorno de [J.]».*

Estos dos elementos –la declaración de la denunciante y la constatación de las lesiones en la zona genital– pueden haber alcanzado para elevar la causa a juicio, pero no son suficientes para alcanzar una sentencia condenatoria. En síntesis, no hubo relato por parte de J. y, así, no se consiguió determinar si hubo tocamientos, en qué contexto o bajo qué circunstancias –si fue (como refirió el juzgador) para higienizarla, por ejemplo–. En esta línea se pronunció también el representante del Ministerio Público Fiscal en sus alegatos de cierre, cuando entendió –después de valorar los elementos de prueba– que no se había alcanzado la certeza requerida para condenar y solicitó la absolución del acusado por el beneficio de la duda.

Como ya he dicho **«las complicaciones probatorias que presentan los casos de violencia de género, de violencia contra la mujer o los abusos sexuales no deben significar la abrogación de los principios básicos que informan el proceso penal, ni la imposibilidad absoluta de condenar. Aquí también la hipótesis acusatoria debe comprobarse con el grado de certeza que exige la norma procesal»** (véase, en lo pertinente, lo referido en «Arévalo»).

Finalmente, el agravio relativo al cuestionamiento de la ausencia de dolo, debe ser descartado de plano. No solo es una consecuencia lógica de considerar no acreditada la materialidad del comportamiento, sino que el planteo defensivo permanece en un grado de abstracción que hace imposible su análisis, aun de manera subsidiaria. Basta con advertir que el recurrente confunde el dolo con «intención libidinosa»,

cuando sabido es que ambos elementos subjetivos deben ser analizados de manera independiente y que el segundo no se requiere para tener por acreditado el aspecto objetivo del tipo penal.

En resumen, la sentencia cuestionada por la parte querellante no adolece de los vicios que se le atribuyen, en tanto, y como afirmara el juez de la instancia anterior, *«los indicios a que alude el querellante no ostentan el carácter de unicidad para arribar a la conclusión asertiva de responsabilidad de Bazán»* (fs. 571).

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la parte querellante y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre otros).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género. Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMER A. PALERMO DIJO:

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular (fs. 581/591)
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

4- DA SILVA DOS SANTOS. 28-02-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230228_FcDSD.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en fc. del 4° párrafo inc. b del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante agravado. Encargado de la guarda. Relato de NNA. Determinación cronológica. Control de logicidad. Especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable. Doble condición de vulnerabilidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años y seis meses** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda del menor (art. 119, 2° párrafo en fc. del 4° párrafo inc. b del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1944, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I-Perspectiva de género.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- «Scifo Ruffini». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- «Vargas Riquelmes». 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra».

II-Perspectiva de infancias.

- «Gómez Ayala». 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=662>
- Lorente.
- Sayd Carrizo.

Precedentes relacionados

I-Interpretación y valor del relato de menores de edad víctimas de A.S.I.

- Oliva. 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=10>
- Riedberger Galdame. 14-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=365>
- Bazan Saez. 16-02-23.

Parágrafos destacados.

“En este entendimiento, en el **precedente «Gómez Ayala»** me pronuncié sobre la credibilidad del testimonio de la/s víctima/s en casos como el presente y, al respecto, sostuve que «[...] *cuando se trata de casos de abuso sexual infantil (ASI), la aludida **especificidad** de este espectro de comportamientos, derivada de **la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima**, impone -entre otros- el deber de adecuar las reglas sobre interpretación y valoración de los testimonios de las víctimas de acuerdo a las circunstancias. De manera tal que los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos -Cámara Gesell- sino, además, que su valoración, en cuanto al **control de logicidad de la declaración**, no puede tener la misma estrictez que cuando se trata de una víctima mayor de edad».*”

Doctrina citada.

“*Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013)».

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

Fallo:

CUIJ: 13-06830418-5/1((018602-776179))F C/ DA SILVA DOS SANTOS MARCELO FELIPE P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR SER ENCARGADO DE LA GUARDA DEL MENOR (776179) (776179/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106082194*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06830418-5/1** caratulada **“F. c/ DA SILVA DOS SANTOS, MARCELO FELIPE P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR SER ENCARGADO DE LA GUARDA DEL MENOR S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa de Marcelo Felipe Da Silva Dos Santos interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.944, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de nueve años y seis meses por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda del menor (art. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo apartado b del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-766.179/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que *«[e]n fecha no determinada a esta altura de la investigación, pero en un período comprendido entre fines del años 2016 y principios del año 2017, en el interior del domicilio de calle Godoy Cruz N° 2526 de Guaymallén, más precisamente en la cocina de la vivienda, ubicada en el tercer piso, y en circunstancias en que el sindicado, Marcelo Felipe Da Silva Dos Santos, se encontraba a cargo del cuidado de la menor G.X.A, de 9 años de edad, le manifestó a esta última que iban a jugar a un juego, le cubrió los ojos con una remera y le pidió que pusiera sus manos juntas. Seguidamente, Marcelo Felipe Da Silva Dos Santos bajó el cierre de su pantalón, extrajo su pene, se lo puso en la mano y le preguntó si sabía qué era, ante lo cual, la menor le expresó que quería retirarse, pero Da Silva Dos Santos le respondió que el juego aún no terminaba, y apoyando su pene en las manos de la niña, lo frotaba hacia adelante y atrás para luego expresarle que no podía contarle nada de lo ocurrido a su madre»*.

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración de la menor G.X.A. en Cámara Gesell, así como las declaraciones testimoniales de Yamila Camiloni, Marcia Fuentes, Xiu Atencio, María Luisa Carreras, María Jimena Bendrell, Vanesa Martínez, Miguel Galarza, Mariana Sempere, Liliana Espinosa; asimismo, las declaraciones de las licenciadas Marisa Fusari y Gema Lara, así como la declaración del acusado, las copias de la causa N° 911/15 del Séptimo Juzgado de Familia,

los informes psicológica-psiquiátricos de G.X.A.y psíquico del acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones el art. 474, inc. 1 del CPP.

Así, entiende que el tribunal de juicio incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, toda vez que, según su entender, una adecuada valoración del plexo probatorio no podría derivarse ni lógica, ni fácticamente la existencia del hecho denunciado respecto al delito que se le endilga. Ello, toda vez que la prueba producida no acredita con el grado de certeza necesario el aspecto temporal del mismo.

Considera que para atribuirle al acusado la autoría del abuso respecto de la menor G.X.A., se descartó el planteo efectuado por esa defensa, referido a que fue imposible que el hecho se cometiera durante el tiempo que menciona G.X.A.y su madre.

En efecto, sostiene que existía una exclusión del hogar del acusado y posteriormente una prohibición de acercamiento, situaciones que, según entender, hacen imposible tener contacto con la menor.

Al respecto, expresa que se tomó como fecha de contacto de la pretensa víctima con el acusado, el restablecimiento de las visitas. Sin embargo, considera que es una inducción falaz o por lo menos mal direccionada. Esto, en tanto surge de la declaración del acusado y de la madre de la menor que el contacto, en un principio, fue sólo con la menor X. D. S..

Asimismo, destaca que se acompañó prueba documental que acreditaba que el acusado no vivía en el presunto lugar de los hechos a la fecha en la que habrían ocurridos.

Por último, manifiesta que no comparte la calificación legal, en tanto considera que, en todo caso, los hechos deberían haber sido encuadrados en la figura de abuso sexual simple.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que luego de analizar los fundamentos brindados por el sentenciante, surge que se verificó una adecuada valoración del plexo probatorio, con el análisis por parte del juez de la instancia previa de cada uno de los argumentos esgrimidos por la defensa.

En efecto, considera que la cuestión vinculada con las fechas fue contemplado por el tribunal, imbuido su estudio con perspectiva de género y con consideración de que la víctima es una niña que al momento de los hechos habría tenido nueve años, lo que permite deducir que la precisión de las fechas puede verse alterada.

Al respecto, resalta que la declaración de la menor en Cámara Gesell fue calificada como contundente, coherente, precisa y con elementos de emocionalidad, lo que permite tenerlo como un testimonio verídico.

Asimismo, sostiene que la versión de la niña se coteja con los expedientes del fuero de familia, que rebaten los dichos del acusado.

A ello, suma el examen psíquico a cargo del EdeAAS, como otro elemento periférico objetivo que apuntala la acusación.

Por último, resalta que la prueba de descargo también fue analizada con el mismo grado de detalle en la instancia previa, sin que ella desvirtuara la contundencia de la acusación hacia la duda en favor del acusado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

En el presente caso se le atribuye al acusado el hecho que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser encargado de la guarda del menor. En ello, la víctima es la hija de su ex pareja, G.X.A.

Considero importante destacar, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, y en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, debido a la especial **situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima**, tanto por su condición de mujer, como de menor edad al momento de los hechos.

En función de esas pautas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

Se debe resaltar que, si bien la defensa sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan en las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP, del planteo de la defensa surge que el eje central de la impugnación gira en torno al cuestionamiento de la valoración probatoria realizada por el magistrado de la instancia anterior.

Tal como se adelantó, luego de analizado el recurso interpuesto y la sentencia cuestionada, considero que esta última no adolece de los vicios que pretende la defensa. Ello, en tanto, y conforme se explicará, encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de la declaración de G.X.A. en Cámara Gesell, así como de los testigos que declararon durante el debate y las demás pruebas que obran en la causa.

Así, del escrito recursivo surge que, el primer planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la falta de acreditación de la circunstancia de tiempo del hecho investigado.

Al respecto, la defensa sostiene que es imposible que el hecho se cometiera durante el tiempo que menciona la menor y su madre, en tanto existía una orden de exclusión del hogar respecto del acusado y, posteriormente, una prohibición de acercamiento, situaciones que, a su entender, no hacen posible que el acusado tuviera contacto con la niña.

Sin embargo, de la lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada se desprende que el sentenciante analizó detalladamente el tema vinculado con la **fecha** en que habría ocurrido el hecho.

De este modo, el juez de la instancia anterior afirmó que los datos que surgen de los expedientes de familia, rebaten los dichos del acusado referidos a que luego de la exclusión del hogar no tuvo contacto con las niñas –G.X.A. y su hermana–, sino hasta fines del 2017. Sin embargo, en la causa n° 911/15 del Séptimo Juzgado de Familia consta que el régimen de comunicación del acusado con las niñas se restableció en agosto del 2015. De tal manera, al momento del hecho, entre fines del año 2016 y principios del año 2017, no se encontraba vigente las restricciones antes referidas.

A su vez, el juez de la instancia previa destacó, acertadamente a mi criterio, que la niña, al momento de los hechos, habría tenido aproximadamente nueve años y ello permite deducir que la precisión de fechas puede verse alterada a esa edad.

Asimismo, indicó que la divergencia de fechas en que habría ocurrido el hecho también puede deberse a las impresiones propias del tiempo transcurrido.

Al respecto, tuvo en cuenta, jurisprudencia de esta Sala, según la cual en los casos de abuso sexual hacia niñas o niños la **determinación cronológica de los hechos**, como también los matices en relación con las circunstancias de modo y lugar deben ser menos estrictas, en tanto debe considerarse el perfil psicológico del niño o de la niña, **su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato** (ver al respecto, «Gómez Ayala», «Lorente» y «Sayd Carrizo»).

En este entendimiento, en el **precedente «Gómez Ayala»** me pronuncié sobre la credibilidad del testimonio de la/s víctima/s en casos como el presente y, al respecto, sostuve que «[...] *cuando se trata de casos de abuso sexual infantil (ASI), la aludida especificidad de este espectro de comportamientos, derivada de la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima, impone -entre otros- el deber de adecuar las reglas sobre interpretación y valoración de los testimonios de las víctimas de acuerdo a las circunstancias. De manera tal que los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos -Cámara Gesell- sino, además, que su valoración, en cuanto al control de logicidad de la declaración, no puede tener la misma estrictez que cuando se trata de una víctima mayor de edad.*

Asimismo, destacué que «[...] *la especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable, debe ajustarse por el intérprete a la condición del menor, pues serán diferentes para cada caso particular. A modo de ejemplo, entre muchos otros factores, aquellas cualidades dependerán de la edad del niño, niña o adolescente, de su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de quien actúe como entrevistador o entrevistadora para lograr la comunicación de la víctima. También influirá si el hecho denunciado habría sido único o crónico y el tiempo transcurrido desde entonces hasta la toma de declaración (conf. “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013).*».

A partir de allí, el sentenciante estimó como elemento central del caso, la declaración de G.X.A. en Cámara Gesell. Así, luego de un análisis minucioso, la consideró como contundente, coherente, precisa, sin

contradicciones y con condimentos de emocionalidad, circunstancias que permitían tenerla como un testimonio sincero. En este aspecto, destacó que el desborde emocional de la menor durante su exposición, constituye un elemento que aporta veracidad a su relato.

Además, refirió que, en lo nuclear, la descripción del abuso por parte de la niña aparece como contundente y sin fisuras, con ilustración de las particularidades de la vivienda en que ocurrió y otras circunstancias de ubicación del suceso.

Por otra parte, el sentenciante argumentó que la declaración de la niña contaba con corroboraciones objetivas periféricas que le dan fortaleza.

En primer lugar, consideró que no hay razones de peso para inferir que existió intención o propósito de perjudicar al acusado con una denuncia de tal gravedad. En efecto, destacó que si hubiera existido ese propósito, la menor podría haber agregado más hechos o de mayor gravedad, lo que en el caso concreto no ocurrió.

Asimismo, tampoco surge el propósito de perjudicar al acusado, por parte de G.X.A., a partir de las intervenciones de los diversos profesionales de la salud, quienes reconocen en la menor un relato confiable y sin signos de finalidad ganancial.

Además, se advierte, en la versión de G.X.A., tal como lo sostuvo acertadamente el sentenciante, una persistencia en sus dichos, desde lo que expresó a la maestra Camilone, luego a la Licenciada Marcia Fuentes, a su mamá Vanesa Martínez, como así también en la entrevista preliminar, en la Cámara Gesell y en el informe psicológico.

Así, en todos estos momentos la menor expuso, en forma coincidente, su versión sobre los hechos abusivos, señalando claramente cómo empezaron, en qué consistieron, dónde ocurrieron, quién fue el autor y cuáles fueron sus sensaciones.

En segundo lugar, el juez de la instancia anterior afirmó que el examen psíquica de la menor a cargo del EdeAAS, también constituye otro elemento periférico objetivo que apuntala la acusación.

En efecto, y en este sentido, señaló que la licenciada Fusari destacó aspectos que evidencian la sinceridad del relato de G.X.A.

De esta manera, manifestó que se advirtieron, por un lado, indicadores específicos de abuso sexual, tales como el relato que reunía elementos de confiabilidad, como así también indicios paraverbales, como lo gestual que acompaña el relato y la angustia en toda su exposición.

Por otro lado, señaló que también existían indicadores inespecíficos, como por ejemplo las secuelas del hecho, los sueños recurrentes, los recuerdos involuntarios y la angustia.

Por último, en razonamiento que comparto, el juez de la instancia anterior analizó la prueba de descargo de la defensa, aunque no le asignó el valor pretendido por esa parte.

Así, refirió que los testigos aportados por la defensa no lograron desvirtuar los elementos de cargo que sustentaban la acusación. En este orden, deber señalarse que Liliana Espinosa reconoció no saber nada del hecho y que Miguel Galarza no introdujo ningún elemento de interés para la causa.

Del mismo modo, el juez consideró que la declaración del acusado tampoco logró descalificar la prueba de cargo, en tanto no aportó una explicación razonable del motivo por el cual G.X.A. lo denunciara con precisión y detalles. En efecto, argumentó que si el acusado tenía tan buena relación con la menor y que

nunca advirtió ninguna situación de encono u odio de parte de G.X.A. hacia él, no se explica cómo puede haber existido una denuncia tan grave, sobre todo si se considera las particularidades del develamiento y la inexistencia de indicios para afirmar una influencia o presión de terceros.

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Marcelo Felipe Da Silva Dos Santos. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una **doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria** a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», entre otros).

Por estas razones, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Marcelo Felipe Da Silva Dos Santos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de febrero de 2023

5- GARRIDO JOFRE. 03-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	EG	NNA	-	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474 418

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en fc. 4° párrafo inc. b y f del CP. Art. 13 de la ley 8465. Art. 12, 1, 3, 6, 7, 32 y 33 de la Ley 24.660. Art. 2.3 y 8.2 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad. Las Reglas de Tokio. Art. 26 y 27 de la Convención de Viena.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Tentativa. Revocación de detención domiciliaria. Competencia del TPC. JAF cuestionado.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años y seis meses de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser encargado de la guarda y por la convivencia (en un número indeterminado de hechos –al menos tres–) todos en concurso real y en grado de tentativa. Recurrida la sentencia, **revocó** mediante auto la **modalidad de detención domiciliaria**. La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1905, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Olivares Gómez. 02-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210702_FcOGC.pdf

Precedentes relacionados.

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-8-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=887>
- Lobato barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=869>
- Maldonado José . 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?id=964>
- Andrada Zanabria. 16-02-23
- Vera Morales. 06-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06804141-9/1((018602-106401)). FC/ GARRIDO JOFRE NESTOR P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106057949*

En Mendoza, a los tres días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06804141-9/1** caratulada **“F. c/ GARRIDO JOFRÉ, NÉSTOR ARMANDO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR SER COMETIDO CONTRA UN MENOR DE DIECIOCHO AÑOS APROVECHANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA, EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS –AL MENOS TRES- EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”**.

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

La defensa de Néstor Armando Garrido Jofré interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.905 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis años y seis meses de prisión, con accesorias legales y costas, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser encargado de la guarda y por la convivencia (en un número indeterminado de hechos –al menos tres–) todos en concurso real y en grado de tentativa, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-106.401/18.

Por su parte, en los mismos autos n° P-106.401/18, el defensor del acusado interpone recurso casación contra el auto que revocó la modalidad de detención domiciliaria dispuesta a favor del Néstor Armando Garrido Jofré, y ordenó –en consecuencia– que la prisión preventiva se cumpla en dependencias de la Penitenciaría Provincial.

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resoluciones recurridas

Por un lado, el tribunal impugnado, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar, en el marco de un procedimiento abreviado, que la prueba obrante en la causa, además del reconocimiento de culpabilidad del acusado, acreditaba, más allá de toda duda razonable, la concurrencia material de los hechos objeto del proceso, con las modificaciones que introdujo la representante del Ministerio Público Fiscal durante la audiencia respectiva, así como la responsabilidad penal de Garrido Jofré en los mismos (ver registros audiovisuales, audiencia de fecha 24/11/21, a partir del min. 00:20:10).

En ese sentido, estimó que los hechos ocurrieron del siguiente modo, a saber: que *«[e]n fecha 26 de Diciembre de 2018, en los horarios comprendidos entre las 20:00 hs. y 20:15 hs. aproximadamente, en el domicilio ubicado en [...], Néstor Armando, momentos en que se encontraba residiendo con el hijo de su pareja, el menor [T.D.B.O.], que en la fecha indicada tenía 5 años de edad, aprovechando que estaba a*

cargo de la guarda del mismo, toda vez que el resto de los familiares estaban fuera de la vivienda, encontrándose ambos en la habitación donde pernoctaba Garrido, Néstor y la progenitora del niño [V.O.], se aproximó al menor, se sacó el pantalón y le introdujo su pene en la zona del ano del niño, sin llegar a lesionarlo pero causándole dolor. Dichos episodios se produjeron con la misma modalidad en al menos tres ocasiones»

En lo que resulta pertinente para la resolución de la causa, el juez de la instancia previa, luego de admitir la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final solicitado, y de condenar al acusado en los términos del acuerdo presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa resolvió que, una vez firme la sentencia condenatoria, la pena aplicada sea cumplida por el condenado en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con lo previsto en los arts. 415, 512 ss y cc del CPP. (pto. "IV" de la sentencia impugnada).

Por su parte, en los mismos autos, pero en fecha 1 de abril de 2022, el mismo tribunal resolvió revocar la medida de detención domiciliaria a favor del acusado Néstor Armando Garrido Jofré y, en consecuencia, ordenar que la prisión preventiva impuesta al mismo se cumpla en dependencias de Penitenciaría Provincial.

Para así decidir afirmó que existían circunstancias acreditadas en la causa que provocaron la variación de la situación procesal del acusado que, en definitiva, impedían continuar con la modalidad de detención domiciliaria para el cumplimiento de la prisión preventiva.

2.- Recursos de casación interpuestos por la defensa

a.- En primer lugar, la defensa de Garrido Jofré interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia de condena pronunciada en los presentes autos, por considerar que el tribunal de la instancia anterior, al disponer la modalidad del cumplimiento de la pena impuesta –internación penitenciaria del acusado–, **excedió lo límites de su jurisdicción y competencia material**, inobservando –con ello– las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (arts. 2.3 y 8.2), la ley de Ejecución Penitenciaria Nacional n° 24.660 (arts. 1, 3, 6, 7, 32 y 33), las Reglas de Tokio y la Convención de Viena (arts. 26 y 27).

El recurrente señala que si el tribunal de la instancia anterior hubiera aplicado las disposiciones legales individualizadas, nunca hubiera resuelto de esa manera, toda vez que el acusado se encontraba cumpliendo su detención cautelar en modalidad domiciliaria.

Afirma que el sentenciante no tenía competencia para resolver esa cuestión, pues la misma es siempre de resorte exclusivo del juez de ejecución. Primero, porque así lo establece la ley 24.660. Segundo, porque atento a las particulares circunstancias de la causa, resultaba posible proponer su incorporación al período de prueba.

Señala que una vez que se declara la responsabilidad penal, es el tribunal de ejecución el que resulta ser el juez natural del condenado para decidir todas las cuestiones relativas al cumplimiento de la sanción impuesta, lo que constituye una garantía esencial dentro de la etapa procesal de la ejecución penal. Incidencias que, en el orden local, deben sustanciarse y decidirse en el marco de audiencias orales, donde se permita a las partes la producción de actividad probatoria destinada a acreditar –o desacreditar– los extremos de procedencia de un determinado beneficio o de una determinada modalidad ejecutiva de la pena privativa de libertad. Además, de recabarse en esa etapa los informes y dictámenes administrativos que, en forma ineludible, deben preceder a la decisión jurisdiccional, sin los cuales carece de validez. Esta

actividad procesal, refiere, no puede ser llevada a cabo en el marco del juicio oral y público, como ocurrió en autos.

Desde esa posición, sostiene que en lo relativo con la ejecución de las penas privativas de libertad, existen aspectos que son de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales, y otras tantas que lo son de los órganos administrativos, encontrándose esta atribución de competencias debidamente fijadas en la ley de ejecución.

Por lo tanto, cuando un tribunal que resulta incompetente se pronuncia sobre estos asuntos, no sólo se vulneran las reglas de competencia –que son de orden público– y la consecuente garantía del juez natural. Sino que, además, se produce una afectación del principio de división de poderes.

En el presente caso, asegura que el tribunal de juicio avanzó sobre la competencia del juez de ejecución, omitiendo cumplir con el trámite incidental regulado en la ley de ejecución penal, negándose al condenado la posibilidad de poder alegar y probar la procedencia del beneficio pretendido, así como también, de controlar la actividad probatoria de los demás intervinientes, dentro del marco de una estructura procesal de conocimiento amplio. Esta irregularidad, considera, controvierte el derecho convencional, en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Critica que el tribunal de juicio debió contemplar que Garrido Jofré cumplió en prisión domiciliaria prácticamente la mitad de la condena que le ha sido impuesta, tiempo durante el cual se sujetó debidamente al proceso. Ello, por dos razones. La primera, porque imposibilitaba someterlo a una situación gravosa. Por lo cual, debía en su caso asegurarse su ingreso a la etapa ejecutiva de la pena bajo la modalidad domiciliaria que venía cumpliendo para que luego sea el tribunal competente el que válidamente decida si correspondía o no dejar sin efecto ese beneficio. La segunda, porque aquella circunstancia temporal, considerando la duración total de la pena impuesta, influye en los períodos de observación y de tratamiento. Ello, desde que el condenado tiene el derecho a ser promovido, como consecuencia de la observación, al período de prueba, según lo establece el art. 7, inc. 4 de la ley 24.660. Interpreta que esta cuestión nunca pudo ser decidida en el marco de la audiencia de juicio abreviado, porque no es la etapa procesal oportuna y propicia para resolver al respecto.

Señala que la incidencia que la extensión de la prisión domiciliaria puede tener en el tratamiento penitenciario, también resulta ser una directa consecuencia del principio de progresividad. Aclara que el acusado fue condenado por delitos en grado de tentativa, por lo cual, no rige a su respecto ninguna de las normas que le niegan el acceso a los beneficios contemplados en las leyes de ejecución. Por ello, es el Organismo Técnico Criminológico el que deberá indicar la fase del período de tratamiento que propone para incorporar al condenado y, también, el tipo de establecimiento al que debe ser destinado.

En función de todo lo expuesto, considera arbitraria la decisión en recurso, al desatender desatiende absolutamente los institutos, las etapas y las consecuencias jurídicas de la ejecución, y solicita se revoque el punto “IV” del resolutivo de la sentencia impugnada, disponiéndose –en su lugar– que sea el juez de ejecución penal quien decida la modalidad ejecutiva de la pena privativa de libertad aplicada al condenado.

Finalmente, hace reserva del caso federal.

b.- En segundo lugar, la defensa interpone recurso extraordinario de casación contra el auto dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, que revocó la detención domiciliaria y ordenó que Garrido Jofré cumpla

con la privación cautelar de la libertad en dependencias de la Penitenciaría Provincial.

Funda su impugnación en el inc. 2 del art. 474 del CPP, esto es, por entender que la decisión cuestionada ha inobservado normas prescriptas bajo pena de nulidad, inadmisibilidad y caducidad, que la convierten en arbitraria y, por tanto, en nula.

Luego de repasar los antecedentes de la resolución atacada señala que, salvo lo que tiene que ver con el resolutivo que dispuso la internación de Garrido Jofré en la Penitenciaría Provincial, la sentencia se encuentra firme. Por lo tanto, dado que ese carácter, el tribunal impugnado es incompetente para pronunciarse sobre aspectos vinculados con la modalidad ejecutiva de la pena, particularmente en lo que tiene que ver con la revocación de la detención domiciliaria bajo la cual el acusado cumple la prisión preventiva. Se trata de cuestiones que deben ser tratadas y resueltas por el tribunal de ejecución.

Por otra parte, considera que el resolutivo impugnado ha omitido considerar las múltiples constancias de la causa que demuestran que el acusado ha cumplido perfectamente con las obligaciones inherentes a dicho régimen, durante más de tres años.

Refiere que si bien la Fiscalía acompañó un informe en el que se menciona que el acusado salió del ámbito de confinamiento, existe otro informe que sostiene lo contrario. Por lo tanto, no se encuentra acreditado de manera categórica que hubiere existido un incumplimiento del encierro domiciliario en el mes de diciembre del año 2.021.

Respecto de las presuntas transgresiones ocurridas a comienzo del año 2.022, expresa que existe prueba incorporada en la causa que acredita que Garrido Jofré prestó colaboración a un vecino a requerimiento de él, lo que justificaría el detectado incumplimiento.

Reitera que la sentencia condenatoria se encuentra firme, porque únicamente ha sido cuestionado el punto del resolutivo que ordenó la internación carcelaria. Razón que determina la nulidad de la audiencia celebrada para discutir la modalidad de ejecución de la pena, dado que el tribunal no tenía competencia ni jurisdicción para ordenarla, celebrarla, conducirla y resolver los asuntos que fueron ventilados en ella.

Expresa que la única forma en que el Tribunal Penal Colegiado asuma funciones jurisdiccionales en esta materia, es por vía del recurso de apelación, que los condenados pueden promover en contra de las decisiones dictadas en el trámite de ejecución de sentencia que les resulten desfavorables, y que éste no es el caso de autos.

De esta manera, considera que se encuentra afectada nuevamente la garantía constitucional del juez natural (art. 18 de la Constitución Nacional).

Finalmente, hace reserva del caso federal.

3.- Los dictámenes del señor Procurador General

a.- En oportunidad de contestar la vista que del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria se le confiere, el Procurador General considera que no resulta sustancialmente procedente.

Sostiene que del audio y video de la audiencia respectiva surge que, cedida la palabra al Ministerio Público Fiscal, cuando se le pregunta por los términos del acuerdo dijo que solicitaba una pena de seis años y seis meses de prisión «*con internación en el establecimiento penitenciario*». Además, refiere el Procurador que tampoco la defensa se pronunció respecto de la modalidad de la pena, ni expresó oposición a lo dicho por la representante del Ministerio Público Fiscal.

En base a ello, advierte que no se expuso ante el sentenciante el planteamiento concreto por el que ahora se agravia el recurrente, y que el Ministerio Público Fiscal, al referirse a la modalidad de la ejecución de la pena, dejó solicitado, y como una expresión del acuerdo previo con la defensa, que la prisión solicitada era de cumplimiento efectivo y con internación en penitenciaría provincial. Es por ello que el tribunal, al homologar el acuerdo producto del proceso acusatorio-adversarial, optó por el monto de pena y la modalidad de ejecución expresada por el Ministerio Público Fiscal.

Afirma que la facultad de imponer la pena la ostenta el juez de condena, cuya única limitación que encuentra en el Código Procesal Penal, específicamente el art. 420 respecto al juicio abreviado, es que no puede imponer una sanción más grave que la pedida por el fiscal. Pero que está claro que si está facultado para imponer la pena, también lo está para imponer su modalidad.

Advierte que los argumentos de la defensa pretenden una prórroga de la competencia al Juzgado de Ejecución respecto de la modalidad de la pena, que no se ajusta a las normas legales vigentes.

Por todo ello, entiende que la normativa procesal ha sido debidamente cumplida, lo que impone el rechazo del recurso y la convalidación total de la sentencia impugnada.

b.- Por su parte, al contestar la vista conferida respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado contra el auto emitido por el mismo tribunal impugnado, que revocó la modalidad domiciliaria de la pena impuesta, expresa que el mismo resulta formalmente improcedente.

Expresa que, informados por el principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP, la resolución recurrida no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación, ni tampoco puede ser equiparable a sentencia definitiva.

A mayor abundamiento, expresa que para el caso en que se decida ingresar en el estudio del fondo del asunto planteado, los agravios defensivos carecen de sustento para menoscabar la validez del auto atacado, atento que la sentencia condenatoria no se encuentra firme por haber sido recurrida ante este Cuerpo, encontrándose esa impugnación en trámite de resolución.

Agrega que la resolución ahora cuestionada se encuentra suficientemente fundada, y no se advierten vicios que la desacrediten como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, sostiene que corresponde que no se haga lugar al recurso de casación analizado, y se convalide en su totalidad la resolución impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Garrido Jofré, adelanto mis conclusiones en el sentido de que **no corresponde hacer lugar** a los recursos interpuestos y, en consecuencia, deben confirmarse las resoluciones dictadas por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

De manera preliminar, entiendo oportuno señalar que los planteos casatorios se encuentran íntimamente vinculados, pues en ambas impugnaciones se cuestiona –esencialmente– la **competencia del tribunal de juicio para decidir sobre la modalidad de cumplimiento de la privación de la libertad del acusado**, sea respecto de la detención cautelar dispuesta durante la tramitación del proceso –modalidad de la prisión preventiva–, sea sobre la pena en sí misma –modalidad y lugar de cumplimiento–.

Por ello, aún cuando esos cuestionamientos defensivos se dirigen contra resoluciones jurisdiccionales distintas –auto y sentencia–, adoptadas por el mismo tribunal pero en oportunidades diferentes, resulta oportuno que su abordaje se realice en conjunto.

Ello a los efectos de evitar la reiteración de argumentos, y ofrecer una respuesta que abarque todos los cuestionamientos inherentes a la misma problemática.

En concreto, la defensa del acusado considera que el tribunal de sentencia asumió el ejercicio de **facultades propias y exclusivas del juez de ejecución penal**, lo que habría provocado que, en las dos resoluciones jurisdiccionales cuestionadas, se vulneren las reglas procesales que establecen el reparto de competencia entre los tribunales del fuero penal y, con ello, la garantía del juez natural.

A su criterio, esa extralimitación material habría ocurrido en dos oportunidades. Primero, cuando **el tribunal de condena dispuso, una vez que la sentencia adquiriera firmeza, la internación de Garrido Jofré en un establecimiento carcelario**. Ello, no obstante que al momento del juicio el nombrado se encontraba cumpliendo su detención cautelar en forma domiciliaria.

Segundo, cuando luego de encontrarse firme el fallo condenatorio, el mismo tribunal decidió revocar la medida de detención domiciliaria, y ordenar que la prisión preventiva se cumpliera en dependencias de penitenciaría provincial.

No comparto ninguno de los planteos del recurrente, desde que el repaso de las constancias de la causa impide considerar que el tribunal de sentencia ejerciera su jurisdicción más allá de los límites materiales establecidos en la ley procesal local. Veamos.

El cuestionamiento al decisorio del juez de la instancia anterior se centra, en primer término, en su decisión vinculada al mantenimiento de la privación cautelar de la libertad del acusado bajo la modalidad de prisión domiciliaria hasta que la sentencia condenatoria pronunciada adquiriera firmeza, momento a partir del cual correspondía la internación de Garrido Jofré en Penitenciaría Provincial a disposición del juez de ejecución competente. Ello, a tenor de los **arts. 415, 512 y cc. del CPP, ley n° 24.660 y modificaciones, y ley n° 8465 y modificaciones (ver pto. “IV” del resolutivo de la sentencia impugnada)**. Esta situación, según la tesis defensiva, importó desconocer los límites legales que fijan el deslinde de competencias entre el juez o tribunal de sentencia, y el juez en función de ejecución, además de toda la normativa contenida en la ley nacional y provincial en materia de ejecución penal.

En esta perspectiva crítica, interesa destacar que, según surge de la compulsa efectuada, en el marco del inicio de la audiencia de debate fijada, la representante del Ministerio Público Fiscal puso en conocimiento del tribunal que las partes **habían celebrado un acuerdo para que la causa tramitara mediante el procedimiento abreviado final**, concertando una pena de seis años y seis meses de prisión respecto de Néstor Armando Garrido Jofré como autor penalmente responsable de los hechos que se le atribuían en el marco de las presentes actuaciones, de acuerdo con las modificaciones sobre su materialidad y calificación legal allí efectuadas. Oportunidad en la cual solicitó que esa **pena sea de cumplimiento efectivo en el establecimiento penitenciario** (ver audiencia del día 24/11/21, mins 00:00:48/00:11:01, en particular, 00:09:15).

Cedida la palabra a la defensa técnica del acusado, luego de la intervención de la Asesora de Menores e Incapaces interviniente, aquella parte ratificó la totalidad del contenido acuerdo en los términos en los que fuera presentado por la representante fiscal, y no formuló ningún tipo de observación o de queja

respecto de la **modalidad de cumplimiento de la pena pactada, cuyo monto calificó de justo y equitativo** (00:12:20/00:17:35).

En ese contexto, luego de informarle al acusado las características y consecuencias que conlleva el procedimiento abreviado, el juez de la instancia previa le consultó si estaba de acuerdo en que la causa se resolviese a través de ese mecanismo, si reconocía los hechos acusados y, finalmente, si estaba de acuerdo con la pena pactada por las partes. Todos estos interrogantes fueron respondidos afirmativamente por Garrido Jofré (mins. 00:19:18/00:00:20:01).

La reseña expuesta evidencia dos cuestiones, que determinan la validez de la totalidad de la sentencia como acto jurisdiccional. Primero, que el acuerdo de las partes **no contenía estipulación respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta**. Ello se observa de analizar cada una de las intervenciones efectuadas durante la audiencia por la representante del Ministerio Público Fiscal y del defensor del acusado, quienes en ningún momento indicaron que el acuerdo de juicio abreviado incluía que la pena pactada fuese cumplida en prisión domiciliaria. Por el contrario, a su tiempo, la fiscal interviniente solicitó expresamente requirió el cumplimiento efectivo de la pena en penitenciaría provincial.

Segundo, que no obstante esa falta de convención sobre el punto cuestionado, se observa que la **modalidad de cumplimiento de la pena impuesta tampoco conformó un aspecto controversial** durante la tramitación de la solicitud de aplicación del juicio abreviado final. Es que si la voluntad del acusado, o su defensa, hubiera consistido en que la sentencia acoja el pedido de morigeración del cumplimiento de la pena –que, como vimos, ni siquiera fue propuesto unilateralmente por el letrado defensor–, así debieron expresarlo durante la audiencia oral, sea discutiéndolo en la oportunidad de ser anoticiados de la solicitud de pena efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal, que incluía –como se señaló en el párrafo precedente– que la sanción penal debía cumplirse de manera efectiva en penitenciaría provincial, sea manifestando su retractación a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final. Nada de lo expuesto sucedió (ver al respecto, «**Olivares Gómez**»).

De tal manera, la instancia procesal que transitaba la causa al momento del dictado de la condena impugnada, sumado a la inexistencia de pretensiones contradictorias al respecto, vacían de sustento el argumento defensivo mediante el cual se pretende extender y aplicar el régimen incidental y probatorio que se encuentra expresamente previsto y regulado para la resolución de este tipo de cuestiones, cuando se transita dentro de la fase ejecutiva del proceso penal. Marco de actuación en el que, como bien lo señala el defensor en su escrito recursivo, **es el juez de ejecución penal a quien le corresponde, dentro del ámbito de su independencia, el tratamiento y resolución** de todas aquellas peticiones vinculadas con la privación de la libertad impuesta como consecuencia del dictado de una sentencia condenatoria, entre ellas, la prisión domiciliaria prevista y regulada en el art. 10 del CP o en la ley de ejecución penal.

De acuerdo con ello, la decisión del juez de la instancia previa de mantener la morigeración de la medida de coerción cautelar impuesta al acusado, a quien le permitió continuar cumpliendo la prisión preventiva en forma **domiciliaria hasta tanto la sentencia recaída en autos quedara firme, no contradice los términos del acuerdo celebrado entre las partes**, quienes acordaron –a la luz de lo examinado– que la pena solicitada sea cumplida por el acusado en forma efectiva dentro del establecimiento penitenciario. Ambos aspectos del convenio han sido recogidos y admitidos en el resolutivo de la sentencia impugnada.

A ello debe aunarse que, con esta decisión, **tampoco se verifica una transgresión de parte del tribunal de**

sentencia de las disposiciones legales mediante las cuales se establecen **los límites materiales del ejercicio de la jurisdicción penal**, como lo postula el recurrente. Más bien observo que el juez interviniente resolvió el aspecto aquí objetado, **dentro de la órbita jurídica que delimita la potestad jurisdiccional de su actuación material**.

Ello por cuanto, al haber condenado al acusado a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo –seis años y seis meses de prisión–, lo único que resolvió fue que una vez que la sentencia adquiriera firmeza, el condenado **cumpla la pena impuesta en el ámbito carcelario**. Etapa del proceso a partir de la cual, el condenado queda a disposición del juez en función de ejecución que corresponda, quien es el **órgano jurisdiccional competente para disponer, o no, sobre la modalidad de cumplimiento de la pena**.

Por lo tanto, dado que la decisión adoptada en el caso por el tribunal de la instancia previa **no alteró el régimen domiciliario de cumplimiento de la detención cautelar, sino que sólo se pronunció sobre la modalidad en que la pena privativa de libertad impuesta a través de la sentencia de condena debía ser cumplida una vez que se encuentre firme**, no observo el alegado exceso en el ejercicio de su competencia material.

Por el contrario, considero que el resolutivo impugnado se muestra respetuoso con el diseño constitucional y procesal de la competencia de los órganos jurisdiccionales (Libro Primero, título 3, capítulo II del CPP).

Esa afirmación descarta, a su vez, la alegada inobservancia que se le endilga a su decisión de normas contenidas en la legislación nacional y provincial que, en su conjunto, fijan el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad. Ello, en tanto se trata de dispositivos legales que resultan operativos a partir del momento en el cual la sentencia condenatoria adquiere firmeza y, por tanto, se torna ejecutable –cualidad de la cual adolecía la sentencia impugnada al momento de su pronunciamiento–. Lo que provoca, en su caso, el cese de todas las medidas cautelares, entre ellas, de la prisión preventiva, con la correspondiente incorporación al régimen progresivo de la pena, y la vigencia de todos aquellos institutos que son propios y específicos de la **fase ejecutiva de la pena** (art. 13 de la ley 8465, en concordancia con los arts. 12 y sgtes de la ley 24.660).

Con lo cual, es evidente que en la sentencia impugnada no se han afectado garantías que hacen al debido proceso legal ni al derecho de defensa, particularmente la del juez natural, en tanto garantía para el acusado, y principio que ha de presidir la actuación de la jurisdicción, consagrados en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. Esto sella la suerte adversa de este primer tramo de la crítica defensiva.

Por su parte, la defensa del acusado también cuestiona la resolución adoptada por el tribunal de la instancia anterior, en tanto decide revocar la medida de detención domiciliaria dispuesta a favor de Garrido Jofré, y ordena su internación en penitenciaría provincial (ver auto dictado en fecha 01/04/22).

Alega que esa decisión resulta nula por dos motivos. Primero, porque desconoce las normas que atribuyen competencia material a los juzgados de ejecución penal, dado que la sentencia de condena se encontraba firme al momento del dictado de la resolución impugnada. Segundo, porque no se encuentra debidamente acreditado el incumplimiento del encierro domiciliario.

Ninguno de estos motivos de agravio resultan conducentes para anular el decisorio impugnado, desde que la revisión efectuada en esta etapa extraordinaria descarta la presencia de irregularidades que, de algún modo relevante, lo descalifiquen como acto jurisdiccional válido.

En efecto, advierto que el juez de la instancia previa, al resolver en los términos en que lo hizo, no solamente se mantuvo dentro del ámbito legal de su competencia material, sino que, además, fundó adecuadamente su decisión, exponiendo con claridad y suficiencia los motivos por los cuales consideró que al acusado había incumplido las condiciones impuestas al otorgársele el beneficio de la detención domiciliaria como modalidad de cumplimiento de su detención cautelar. Doy razones en ambos aspectos.

En lo que tiene que ver con la pretendida vulneración de las normas que rigen la competencia material de los órganos jurisdiccionales locales por parte del tribunal de la instancia previa, cabe señalar que el desacierto en el que incurre la defensa deriva de sustentar su pretensión a partir de una premisa incorrecta e inválida. Esto es, considerar que la sentencia que condenó a Garrido Jofré se encontraba firme al momento en que se dictó el decisorio cuestionado y que, por ello, era el juez de ejecución quien resultaba competente para resolver este aspecto relativo a la modalidad ejecutiva de la pena.

Precisamente en esto consiste el error defensivo, en desconocer que la interposición de un recurso extraordinario de casación contra una sentencia condenatoria, que ha sido declarado formalmente admisible por el tribunal de la instancia anterior, suspende en todos sus términos la resolución recurrida **(art. 459 del CPP)**.

Ello implica que, tratándose de un fallo de condena, ésta no puede hacerse efectiva durante el plazo para recurrir, y frente al caso de haberse deducido el recurso, hasta la resolución de éste; de modo que, mientras esa resolución no se dictara, el condenado debe continuar en la misma situación en que se encuentre sin perjuicio de que, ante la hipótesis de habersele impuesto una pena privativa de la libertad, continúe o se disponga su detención cautelar o, en su caso, se modifique la modalidad del cumplimiento de ese encierro preventivo –caso de autos–.

De tal modo, no es jurídicamente posible la interpretación que propone el recurrente, dado que nuestra legislación procesal no admite el alcance parcial de los efectos suspensivos que provoca la articulación de una impugnación casatoria contra un fallo de condena. Esto impide considerar que una resolución casada pueda, al mismo tiempo, resultar ejecutable y no ejecutable de acuerdo a cuál o cuáles hayan sido los aspectos o puntos del resolutivo en cuestión que fueron objeto de impugnación.

En este sentido, resulta conveniente mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos (Fallos: 312:1058; 313:475; 316:609; 326:1885; 332:943; 334:490; 339:873). Cualidad que impide estimarla como fuente divisible de efectos, en cuanto a los alcances que sobre ella provoca la interposición de un recurso de casación, mientras se encuentre pendiente su resolución.

Por lo tanto, el efecto suspensivo que tiene la interposición del recurso de casación promovido por la defensa de Garrido Jofré contra la sentencia que lo condenó en los términos reseñados en los antecedentes del caso, determina legalmente que ella **no se encuentra firme** y, por tanto, no puede ser ejecutada en su totalidad, ni mucho menos en alguna de sus partes. Lo que, en el caso, confirma que el tribunal de la instancia previa **resultaba competente para resolver del modo en que lo hizo**, pues en razón de la impugnación promovida por el recurrente, conservaba competencia plena para decidir válidamente sobre planteos que involucren cuestiones que deban resolverse **antes que la sentencia se encuentre firme y, por ende, se torne ejecutable**. Hago extensivo en este punto, el análisis y los argumentos desarrollados precedentemente en el abordaje de esta cuestión.

Por su parte, superado este planteo, debo señalar que tampoco acierta la parte recurrente cuando expresa que la decisión resistida resulta arbitraria y, por tanto, nula, por la supuesta inobservancia de normas prescriptas bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad.

Inversamente a lo que propone la defensa, advierto que el tribunal de la instancia previa ha cumplido acabadamente con el deber legal de motivación que le resulta exigible, en tanto ha expresado en forma adecuada las razones que lo condujeron a considerar que Garrido Jofré incumplió con el deber de permanecer en el interior del domicilio fijado para cumplir con la detención cautelar ordenada en autos, sin comprobar la existencia de razones plausibles que justifiquen, de algún modo razonable, esa transgresión.

La fundamentación explícita de su decisión, resulta del análisis acertado de las actuaciones obrantes en autos. En ese terreno analítico, el juez consideró que la situación procesal del acusado había variado desde el momento en que se le permitió cumplir en forma domiciliaria la prisión preventiva, dado que *«la persona encargada de su cuidado ha fallecido y no cuenta con ningún otro referente o familiar en condiciones de asumir tal responsabilidad, además de existir «concretos indicadores que permiten inferir la eventual existencia de peligro de fuga del inculpa»*. Ello demostraba que, conforme lo solicitó la representante del Ministerio Público Fiscal, la prisión domiciliaria, como medida de coerción, resultaba *«inadecuada para asegurar los fines del proceso»*.

En particular, en la resolución impugnada se valoró que el acusado ha sido condenado por un delito grave a la pena de seis años y seis meses de prisión, y que durante la tramitación de los presentes obrados la proclividad a la fuga *«se ha patentizado a partir de las propias conductas desplegadas por el encausado, a quien se le otorgó el beneficio de la prisión preventiva domiciliaria ausentándose de su domicilio o desatendiendo las visitas de personal penitenciario, habiéndosele advertido en audiencia por secretaria del Tribunal y al momento de serle notificada su detención domiciliaria, que no debía ausentarse de su domicilio bajo ningún motivo o circunstancia hasta que se resolviera definitivamente su situación procesal»*. Extremo que comprobó a partir de los diferentes informes recabados a requerimiento del tribunal anterior, los que fueron incorporados digitalmente a los presentes autos (ver sistema LeD, n° de orden 80, 85, 88) en cuya valoración no se comprueba la arbitrariedad alegada por el hoy recurrente. Cuadro que se completa con las explicaciones que brindara el acusado en el marco de la audiencia a la que fue citado para exponer las razones de las irregularidades en informadas al respecto por Penitenciaría Provincial (n° de orden 92), así como el resultado de las medidas adoptadas por el propio tribunal a partir de ellas.

A partir de allí, concluyó que *«el imputado no se someterá al proceso y que, por el contrario, existen evidencias que no cumplirá con los requisitos exigidos para el cumplimiento de su detención bajo la modalidad de prisión domiciliaria»* (ver pág. 1/3 de la resolución impugnada).

En consecuencia, descartada la pretendida falta de competencia del tribunal de la instancia anterior para pronunciarse sobre la cuestión en análisis, así como la arbitrariedad por ausencia de fundamentación en los términos en que ha sido planteado por el letrado defensor, considero que la decisión que revoca la detención domiciliaria y ordena la internación de Garrido Jofré en la unidad carcelaria, constituye una razonable aplicación al caso del marco jurídico en cuestión. Lo que impone el rechazo de este segundo tramo de la impugnación defensiva.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión

planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Néstor Armando Garrido Jofré.
- 2.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 3 de marzo de 2023.-*

6- RODRIGUEZ. 07-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	EG Asc.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230307_FcRSF.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. b, y art. 54 CP

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Encargado de la guarda. NNA.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por el vínculo y por ser cometido por el encargado de la guarda del menor, en concurso ideal (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inc. b, y art. 54 CP). El SP tenía 4 años. SA padre del menor.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°1249, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez»
- Ver «Villegas», «Vega» y «Donoso»
- Da Silva. 28-02-23

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

Fallo:

CUIJ: 13-05456640-3/1((028601-730561)). FC/ RODRIGUEZ SERGIO FEDERICO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105633922*

En Mendoza, a los siete días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05456640-3/1, caratulada "F. c/ RODRÍGUEZ, SERGIO S/ RECURSO DE CASACIÓN".

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

La defensa técnica de Sergio Federico Rodríguez interpone recurso de casación (fs. 56/68) contra la Sentencia N° 1.249 de f. 50 y vta. y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por el vínculo y por ser cometido por el encargado de la guarda del menor, en concurso ideal (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inc. b, y art. 54 CP) en los autos n° P-730.561/19.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria los hechos individualizados en la pieza acusatoria, según los cuales: «*en el departamento de San Rafael, Mendoza, sin poder precisar fecha y hora, pero en la franja horaria comprendida entre el día 13 de julio desde las 18.00 horas hasta las 19.30 horas del 14 de julio de 2019, momentos en que Rodríguez Sergio Federico se encontraba al cuidado del menor [A.F.R.T.], de cuatro años de edad, en el domicilio donde reside, siendo este en calle Lavalle 687 de la mencionada Ciudad y encontrándose al cuidado del niño, penetró con su miembro viril analmente al menor ocasionándole un desgarro en la mucosa, en hora 12 de reciente data, de aproximadamente 7 cm de largo, lesión compatible con abuso sexual, todo ello constatado por el forense en turno del CMF*» (véase registros audiovisuales de fecha 30/10/2020 parte I).

Para decidir en tal sentido, el *a quo* valoró las declaraciones testimoniales de la madre y la abuela de la víctima, el examen practicada por los profesionales del CFM y sus testimonios, las entrevistas practicadas por los profesionales del CAI y el descargo del acusado, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Sergio Rodríguez considera que la resolución referida padece vicios *in procedendo* conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

Así, considera que la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante resulta no solo contradictoria,

sino también arbitraria y parcial para tener por acreditado el hecho. Solicita, en consecuencia, se anule la sentencia condenatoria.

En primer lugar, se agravia en la inadecuada consideración del descargo del acusado, el cual, según la defensa no habría sido analizado en todos sus extremos.

Acto seguido, critica el examen practicado por el Cuerpo Médico Forense sobre la víctima, en relación con las causas de las lesiones constatadas en el cuerpo del niño.

Después, considera que el resultado negativo de rastros genéticos de Sergio Rodríguez en la ropa interior del niño A.F.R.T. es una prueba de descargo que ha sido ignorada por el *a quo*.

Finalmente, cuestiona las declaraciones testimoniales de la madre y la abuela del niño, así como la de los profesionales del CAI. Respecto de estos últimos, realiza una crítica a la interpretación realizada sobre los dibujos realizados por la víctima.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador general se presenta a fs. 89/92 y entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de casación analizado, debiendo convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Después de referirse a los antecedentes del legajo, la procedencia del recurso y resumir los agravios de la defensa, el titular del Ministerio Público Fiscal realiza una contestación ordenada de cada uno de los agravios.

Así, rechaza la idea de que la declaración de la denunciante haya sido mal valorada. Idéntica consideración es realizada respecto del resto de las testimoniales objetadas por el recurrente, así como en respecto pericial al examen practicado por el CMF.

Aprecia que los casos de abuso sexual son hechos que generalmente suceden en la intimidad, fuera de la observación de terceros, por lo que la valoración probatoria es más amplia que en la investigación de otros delitos. Particularidades que no han permanecido ajenas al juicio del sentenciante y se plasman en el análisis de cada uno de los elementos de prueba.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, convalidar la sentencia recurrida en su totalidad.

La primera objeción a la valoración de la prueba sobre la que se erige la sentencia condenatoria se refiere al lugar dado al descargo, la cual, según el recurrente, no habría sido adecuadamente ponderada. Sin embargo, después de compulsar las constancias de la causa y los registros audiovisuales en los que se desarrollan oralmente los fundamentos del fallo, me convengo de que el agravio no puede prosperar en tanto los elementos de convicción obrantes en la causa han sido debidamente valorados.

Ello en tanto, en el registro audiovisual (véase en particular 00:14:00, del 30/10/20, parte I) se aprecia que la declaración del imputado fue analizada en detalle por el juez de la instancia anterior, refutándose cada uno de sus tramos en tanto base de la hipótesis defensiva y, a su vez, extrayendo de ella que el acusado estuvo junto con el niño más de veinte horas y que durmieron juntos en la misma cama.

Pero no solo se refutó la negación de los hechos llevada a cabo por Sergio Rodríguez, sino que el tribunal

de juicio realizó paralelamente una **minuciosa aproximación a la declaración de la denunciante**, según la cual tomó conocimiento del hecho el día que el niño regresó de la casa en la que convive con su progenitor y que, estando en el baño, de manera espontánea le dijo que sentía dolor en la zona de sus nalgas, agregando el niño que su papá «*le había hecho pis en la cola*».

El juez al valorar el modo en que la denunciante tomó conocimiento del hecho, ponderó la espontaneidad del niño al relatar el hecho en tanto primer criterio de credibilidad (véase 00:16:20, 30/10/20, parte I). A ello se suman las declaraciones de la abuela y la médica que atendió al niño, coincidentes respecto a los extremos del abuso, así como en relación con la constatación de una fisura en la región anal, la cual fue inmediatamente verificada por el Dr. Barrera, médico forense que sostuvo que era reciente y compatible con un abuso sexual. Asimismo, el juez subrayó que dicha profesional confirmó que el niño le había expresado que el acusado le había «*hecho pis en la cola*» (véase 00:18:00, 30/10/20, parte I).

En este orden de ideas, entiendo que debe rechazarse la crítica defensiva al examen practicado por el Dr. Barrera respecto de la lesión que presentaba el niño en su ano. El recurrente sostuvo que podría ser multicausal y que responde más a una expulsión que a un acto de penetración (véase audiencia oral del día 26.09); por el contrario, el profesional afirmó que era producto de una dilatación que produce una rotura de la mucosa y que ello se debe a la inserción de un elemento romo (véase 00:26:00, 30/10/20, parte I).

De este modo, no parece verosímil la crítica esgrimida por el recurrente a la valoración de la hipótesis defensiva construida con base en el descargo del acusado, quien negó los hechos. Es que, no solo se cuenta con un relato espontáneo del niño, tal como surge del testimonio de la denunciante y de la médica que lo atendió en un primer momento, sino que, además, se encuentran constatadas las lesiones en el ano del niño. Estos elementos resultan de peso en orden a confirmar la hipótesis de la acusación.

En definitiva, el juez acierta cuando articula la valoración de la **espontaneidad del relato** de la víctima, así como la específica forma de su expresión con la constatación médica de la lesión y las circunstancias espacio-temporales en las que se comprueban tales indicios: cuando el niño volvía de la casa de su padre. Cuadro que es ratificado por las declaraciones de la madre y la abuela del niño.

Asimismo, el magistrado sentenciante valoró –correctamente a mi juicio– otros indicios que obran en la causa, como la reacción del niño después del abuso, quien, tal como explicó su madre, se volvió más agresivo y le reprochaba por qué había contado lo sucedido (véase 00:22:00, 30/10/20, parte I). Aquí, cabe mencionar el sentido del informe y las declaraciones de los profesionales que entrevistaron al niño, las cuales destacaron que no observaban tendencia a la fabulación alguna y explicaron que el niño relató que durmió con el padre y que vio «*una puntita roja*», entre otras manifestaciones.

Finalmente, el tribunal advirtió que las licenciadas que intervinieron en las entrevistas con el niño coincidieron en que, si bien no se trataba de un relato preciso, sí existían indicadores de que el niño había vivenciado una situación de índole sexual con su padre (véanse los registros audiovisuales de la audiencia del 30/10/20, primera parte, a partir del minuto 00:30:00). Ello con base, por un lado, en los dibujos en los que se aprecia un objeto fálico que identifica con su padre, dibujado como una figura humana sombreada de la cintura hacia abajo, simbolizando las escenas de ataque. Por otro lado, los profesionales intervinientes en el examen también observaron sobre-estimulación sexual, que fue expresada por el niño con sus movimientos corporales exteriorizados al frotar sus genitales contra la pierna de una de las entrevistadoras.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una **doble condición de vulnerabilidad**, por su género y por la franja etaria a la que pertenece, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre otros).

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y convalidar en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género. Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en «Villegas», «Vega» y «Donoso», entre muchos otros.

ASÍ VOTO.

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

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 56/68 por la defensa técnica de Sergio Federico Rodríguez y convalidar en su totalidad la sentencia de fs. 50.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 7 de marzo de 2023

7- BRAVO DIAZ. 15-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230315_FcBDL.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art. 240 bis del CPP. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad. Acordada N° 24.023.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Nulidad. Cámara Gesell. Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI). Informe. Pericia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo CP). El SA es primo de la víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Sus agravios: falta de notificación de Cámara Gesell y de informes psicológicos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado. Considera la Cámara Gesell como una denuncia privilegiada y que, como tal, puede no contar con la defensa del imputado hasta que se conozca su contenido. Agrega que la defensa oficial fue notificada, aun cuando no compareció. Respecto de los informes psicológicos, no se tratan de pericias y no requiere la notificación a la defensa.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1657, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Nulidad. Taxatividad. Interpretación restrictiva. Interés jurídico. Gravamen. No puramente formal.

- Lorente
- Cabañez
- Guajardo. 03-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210903_FcGuajardo.pdf

Informes técnicos. Pericia. Diferencias.

- Di Garbo. 04-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf
- Mc Garry. 14-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf
- Zubieta Duchén. 5-7-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Fernández Quispes. 21-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=859>
- Baigorria. 17-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=828>

Perspectiva de género

- Ver «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Villegas».
- González Pringles. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Agüero Pérez.25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Álvarez Vega.07-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=314>
- Donoso. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06852365-0/1((028601-550241)) F C/ BRAVO DIAZ LUCAS SEBASTIAN P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (550241/17) (550241) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106102712*

En Mendoza, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06852365-0/1, caratulada "BRAVO DÍAZ S/ CASACIÓN".

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

La defensa técnica de L. S. B. D. interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la Sentencia N° 1657 emanada del Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial que condena al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP) en los obrados P-550.241/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho individualizado en la pieza acusatoria en el que se refiere que «[...] [e]n un período comprendido entre los primeros meses del año 2011 y hasta fecha no precisada del año 2013, el imputado L. S. B. D. tomó a su prima M.B. por la fuerza, la tiró al suelo, le bajó la ropa y tapándole la boca, la accedió carnalmente vía vaginal; hechos abusivos –de acceso carnal- que se reiteraron en varias oportunidades, al menos en cuatro ocasiones, en distintos lugares del Lugar donde residía tanto la víctima como el imputado para la época de los hechos. Además de la modalidad violenta, con uso de fuerza física, el encartado coaccionaba a la víctima en esas ocasiones, haciéndole saber que, si lo denunciaba o contaba algo a alguien, él le iba a hacer lo mismo a la hermana menor de la víctima (Marisa B.). Afectación de libertad que efectivamente produjo efecto en la menor, por cuanto –sumada a otra circunstancia- la Srta. M.B. no quería contar lo que le hacía o había hecho su primo por temor a que éste abusara también de su hermana menor, Marisa. La modalidad ilícita descrita se dio en dos oportunidades en la propiedad de la Sra. E. D., una vez en el predio del Polideportivo y otra vez en la propia casa de la víctima; siempre en la Localidad de Agua Escondida, Departamento de Malargüe» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró el testimonio de M.B. prestado en Cámara Gesell; la declaración de Ramona Carmen Forquera; los informes practicados por los profesionales intervinientes, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de L. S. B. D. considera que la sentencia referida padece vicios de procedimiento, conforme lo establecido por el inc. 2 del art. 474 de la ley de rito. Ello, en razón de la violación de normas establecidas bajo sanción de nulidad absoluta.

En primer lugar, solicita se declare la **nulidad de la Cámara Gesell**, en tanto la realización de esta medida no habría sido notificada a la defensa.

En segundo lugar, refiere la nulidad de los informes psicológicos de fs. 36 y 149, también por falta de notificación a la defensa.

Finalmente, el recurrente sostiene que no se encuentra acreditada la autoría del acusado en relación con los abusos investigados en la causa, correspondiendo su absolución por imperio del principio *in dubio pro reo*.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 6/8).

Después de resumir los argumentos defensivos, valida el análisis de la prueba llevado a cabo por el juez sentenciante y refuta los agravios esbozados por el recurrente.

En particular, sostiene que la Cámara Gesell opera **como una denuncia privilegiada** y que, como tal, puede no contar con la defensa del imputado hasta que se conozca su contenido. Agrega que la defensa oficial fue debidamente notificada.

Respecto de los informes psicológicos, sostiene que no se tratan de pericias y, por ende, no se requiere la notificación a la defensa para que sean considerados válidos.

Por último, respecto de las contradicciones advertidas por la defensa en relación con el testimonio de la víctima, sostiene que la prueba obrante en autos habla en favor de la existencia de los abusos y la autoría del acusado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

a.- Sobre la validez de la Cámara Gesell realizada a M.B.

El recurrente sostiene que debe declararse la nulidad de la Cámara Gesell, en tanto la realización de esta medida no fue notificada a la defensa. A su vez, argumenta que dicha entrevista se convocó en el marco de una investigación por violencia de género y fue durante su realización que M.B. hizo referencia a los abusos sexuales.

Respecto de este planteo, cabe decir, en primer lugar, que dicha declaración fue tomada con todas las previsiones que deben observarse al momento de realizar una Cámara Gesell (**arts. 240 bis del CPP**). Por su parte, debe destacarse que conforme surge de fs. 9 y 11 vta. del expediente principal, de aquella medida **se notificó a defensa oficial**. De tal manera, esta última **tuvo la oportunidad efectiva de tomar intervención en la medida, aunque no lo materializó**.

En el mismo sentido, debe señalarse que **no afecta la validez de la medida** el hecho de que, a partir de su resultado, se modificara el avoque inicial con base en el surgimiento de nuevos delitos derivados del relato de la víctima. De acuerdo con las particulares características de la Cámara Gesell, no puede pretenderse suspender la medida en medio de su desarrollo a los efectos de realizar un nuevo avoque, sino que debe esperarse –tal cual sucedió en autos– hasta que finalice la declaración.

Por otro lado, si la defensa no estaba satisfecha con el resultado de la Cámara Gesell realizada, podría haber solicitado una **nueva declaración, siempre que se respetaran los parámetros de extrema necesidad** –los cuales debieron ser postulados– y el límite que **impide revictimizar a la niña** a los efectos de que la realización de la medida no actualice las secuelas del delito sobre su persona. Asimismo, la producción de la medida se encuentra registrada en soporte fílmico, un argumento adicional que me permite descartar cualquier un perjuicio concreto que justifique la declaración de la nulidad de la declaración.

Al respecto, debe recordarse el criterio de esta Sala según el cual no es admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes, evitando el establecimiento de **nulidades puramente formales**. De tal manera, solo resultan procedentes cuando resultan idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese interés (ver, en ese sentido, **«Lorente», «Cabañez»**, entre muchos otros). Afirmar lo contrario sería caer en un ritualismo injustificado en el que el sentido teleológico de la forma se vería completamente desvirtuado.

Conforme lo anterior, en el caso que nos ocupa, no se ha producido vicio procesal alguno que torne procedente la pretensión defensiva en orden a lo prescripto por el inc. 3° del art. 416 del CPP Mendoza. Por lo tanto, este primer agravio no puede ser de recibo en esta instancia.

b.- Los informes psicológicos de fs. 36 y 149

También considero que **no se encuentra demostrada la afectación de un derecho** o interés legítimo que cause **gravamen irreparable** en los informes psicológicos de fs. 36 y 149. Ello, en tanto el aparente déficit de veracidad formal de la copia del acta vial se encuentra suficientemente suplido por la declaración de la funcionaria interviniente en la confección de la misma.

El informe de fs. 36, practicado por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (**CAI** a partir de ahora), dio cuenta de la técnica utilizada para entrevistar a la niña M.B. y advierte indicadores que tornan su discurso creíble. Por su parte, el informe de fs. 149 fue realizado por la Lic. Aguilar Orelo y se refiere al estado psicológico de M.B.

En efecto, estos informes practicados a la víctima resultan **«informes técnicos»** que poseen **naturaleza esencialmente descriptiva**, por lo que no tienen el rigor formal de la pericia, y gozan validez probatoria al ser realizados por profesionales o técnicos en el rubro respecto del cual se expiden, con sujeción a procedimientos y mecanismos autorizados en el plano científico (ver, al respecto, y en lo **pertinente, «Di Garbo»**). Así, en línea con lo dictaminado por el Procurador General, entiendo que esta constatación no requiere notificación a la defensa.

Nuevamente, se advierte en relación con este pedido de nulidad un intento de declarar la **nulidad por la nulidad misma**, sin advertirse un perjuicio concreto que amerite el recurso a un remedio tan drástico. La nulidad resulta procedente sólo en **cuanto lesiona el interés de las partes**, lo que persigue un doble interés: por un lado, **evitar** el establecimiento de nulidades **puramente formales**; y, por otro, admitir solamente las que resulten idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese interés. El interés debe consistir en un fin práctico, real y positivo, no pudiendo ser declarada la nulidad en el solo

beneficio de la ley puesto que, declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes (ver, al respecto y en lo pertinente, «Guajardo», «Lorente», «Cabañez», entre muchos otros). En este sentido, se advierte que la defensa no explica adecuadamente en qué consiste el perjuicio real y efectivo ocasionado al acusado por la falta de notificación a la defensa, en forma previa a la realización de los exámenes realizados a la víctima.

Por las razones expuestas, el agravio no puede prosperar.

c.- La prueba de la autoría

Finalmente, la defensa realiza una crítica global a la prueba obrante en autos y sostiene que el razonamiento que subyace a la sentencia puesta en crisis es arbitrario. Concluye que no se ha alcanzado el estado de certeza requerido para una condena.

En concreto, sostiene que M.B. miente y que solución contraria alcanzada por el juez, no es sino producto de una valoración de la prueba contraria a las reglas de la sana crítica racional.

En los puntos anteriores analicé la validez del testimonio de M.B. en Cámara Gesell, el cual fue analizado en detalle en sus pormenores por el juez de la instancia anterior y valorado como un relato espontáneo, contextualizado y veraz respecto de los hechos que ejecutados por parte de Lucas Bravo (p. 10 de los fundamentos).

En este sentido se pronunciaron las profesionales intervinientes en la medida practicada, me refiero a los informes y las declaraciones de las licenciadas Aguilar y Campi. Esta última, en sede de debate explicó que se verificaron en el relato de M.B. indicadores de credibilidad y que en forma sencilla describió los hechos con el tono afectivo, estado subjetivo y descripción propio del contexto en que se produjeron.

Además de estos informes, fue considerada central por el juez de la instancia previa la declaración de la madre de M.B., quien no fue testigo directa de los abusos, pero sí pudo referir algunas de sus consecuencias al tiempo de haberlos experimentado, tales como el aumento de su agresividad, pesadillas y expresiones vinculadas con su voluntad de suicidarse.

Como ya he referido en otras causas en la que se investigan delitos contra la integridad sexual de niños y niñas, no debe olvidarse que esta clase de agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos del niño, impone poner en un lugar destacado el testimonio de M.B. (ver, al respecto y en lo pertinente, «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre muchos otros).

En estos casos se advierte una mayor vulnerabilidad por tratarse de un ataque contra la integridad sexual y por la edad de la víctima. **Vulnerabilidad que aumenta cuando la agresión se produce en el seno familiar.** Todo lo cual ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez sentenciante. Esto, llevó al juez a descartar el valor de cualquier contradicción y afirmar su coherencia interna: «*No tengo dudas [afirma el juez] de la credibilidad del relato de la víctima, de la coherencia de sus dichos y de la correspondencia afectiva observada a partir del relato de diversos episodios que conformaron las situaciones de abuso.*

Nada más que ver en el video las diversas ocasiones en que M.B. solloza, quiebra en llanto o no puede seguir hablando, para reconocer una víctima que describe hechos de la realidad, sufridos en el pasado y que la afectaron de un modo significativo» (p. 11 de los fundamentos).

En síntesis, entiendo que al momento de prestar declaración testimonial en Cámara Gesell, la víctima hizo una detallada referencia a los abusos, y el peso probatorio de esta mención no desaparece por el hecho de que la niña M.B. haya relatado los hechos de manera elemental (en cuanto a la terminología utilizada para describir los abusos) en tanto tal limitación se vincula con las condiciones de vulnerabilidad que atraviesan a M.B., como el nivel alcanzado en su educación, su ubicación social en tanto integrante de un grupo familiar residente en un paraje de muy escasa población y, por último, por el hecho de tratarse de una niña que sufrió el abuso a una muy temprana edad.

Desconocer tales circunstancias implicaría desatender los parámetros establecidos por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad -particularmente las reglas de la Sección 2 del Capítulo I- a las que adhirió esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza por Acordada nº 24.023.

d.- Conclusión

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un **contexto de violencia de género**. Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).

ASÍ VOTO.

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

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Sebastián Bravo Díaz y convalidar en su totalidad la Sentencia N° 1657.
- 2.-** Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.-** Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.-** Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de marzo de 2023*

8- MAIMONE. 20-03-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en fc. con 5° y 4° párrafo inc. b y 55, 149 bis, 2° párrafo, 239 y 55 CP. Art. 85 de la Ley 9040.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Simple agravado. Ascendiente. Amenazas coactivas. Idoneidad. Desobediencia a una orden judicial. Nulidad absoluta. Exámenes del CMF. Derecho de defensa. Fundamentación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo CP), abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona ascendiente en concurso real –dos hechos– (arts. 119 primer párrafo en función con quinto y cuarto párrafo inc. b y 55 CP, amenazas coactivas –dos hechos– (arts. 149 bis segundo párrafo y 55 CP) y desobediencia a una orden judicial (art. 239 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad del art. 119 incs. 4 y 5 del CP. (Art. 474 y 489 CPP). Los agravios centrales: a) nulidad absoluta por haberse expresado los **fundamentos de forma oral**; b) nulidad absoluta por falta de participación real del acusado en los **exámenes realizados a las víctimas**; c) **motivación ilógica** de la primera cuestión de la sentencia; d) fundamentación insuficiente e ilógica de la segunda cuestión (idoneidad de la amenaza y falta de elementos objetivos del delito de desobediencia); e) fundamentación insuficiente de la tercera cuestión.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1901, pronunciada por el TPC N° 1-2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género.

- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Olivera Castillo. 14-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221214_FcOCE.pdf
- González Rodríguez. 02-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGRJA.pdf
- González. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGonzalez.pdf
- Ramírez Terán. 30-12-9: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Meli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Ver: Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente «González Sosa», «Scifo Ruffini».

Idoneidad de la amenaza.

- Murcia Lucero
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf
- Ruiz Casas

Nulidad.

- Rojas Cabezas. 24-4-02: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Absolución. Certeza.

- Arévalo. 20-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221020_FcASR.pdf
- Villegas»
- Álvarez Vega. 07-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=314>
- Donoso. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf

Fundamentación oral. Art. 85. Ley 9040.

- Robledo Vergara: 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Ramírez Alcalde. 21-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcRamirez.pdf

b-CIDH

Caso *Veliz Franco Vs. Guatemala* (par. 183). 19-05-04.

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es

Caso *Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala*. 19-11-15

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=416

Caso *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*. 24-08-17

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

Doctrina citada.

JAKOBS, Günther, «El Lado subjetivo del hecho», *El derecho penal del siglo XXI*, en Terragni, Marco Antonio (coord.), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 675.

Roxin, Claus, *ob. Cit.*, p. 904.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06801526-4/1((018601-89861)). F C/ MAIMONE ZABALA ANTONIO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (89861/18) (89860/18) (9011/17) (75648/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106055316*

En Mendoza, a los veinte días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06801526-4/1**, caratulada **“F. C/ MAIMONE ZABALA, ANTONIO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”**.

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

El defensor de A. M. Z. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.901, en tanto condena al nombrado a la pena de once años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo CP) en la causa P-89861/18, abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona ascendiente en concurso real –dos hechos– (arts. 119 primer párrafo en función con quinto y cuarto párrafo inc. b y 55 CP en la causa P-89860/18, amenazas coactivas –dos hechos– (arts. 149 bis segundo párrafo y 55 CP) en la causa P-9011/17 y desobediencia a una orden judicial (art. 239 CP) en la causa P-75648/18.

Asimismo, interpone recurso de inconstitucionalidad en relación con el cuarto párrafo del art. 119 del CP. Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1. La resolución recurrida.

La sentenciante tuvo por probados los hechos contenidos en la acusación, en las cuatro causas.

En la causa **P-9.011/17** se consideró acreditado que para fecha 31 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 21:30 horas, en el domicilio ubicado en, el acusado luego de discutir con su hija MFMM, le manifestó que si lo denunciaba la iba a matar, provocando temor en la víctima. Posteriormente, el acusado se retiró del lugar. El 1 de febrero de 2017, siendo aproximadamente las 14:30 horas, el acusado se hizo presente nuevamente en el mismo domicilio, donde luego de tomar sus bienes personales, le manifestó a su hija GLMM, que la iba a matar, lo que también provocó temor en esta víctima.

En la causa **P-75.648/18** se consideró probado que el 12 de setiembre de 2018, a las 16.30 horas aproximadamente, se presentaron en la puerta de ingreso del pabellón de mujeres del Hospital ..., el encartado y su hermana Cristina Maimone, no obstante la orden de prohibición de acercamiento hacia MFMM, quien se encontraba internada en ese lugar. Aquella orden se encontraba vigente y notificada al

momento del hecho. La medida prementada fue ordenada por el Cuarto Juzgado de Familia el 14 de febrero y notificada el 21 de febrero de 2018.

En la causa P-**89.860/18** la jueza tiene por probado que el 13 de octubre de 2016 a las 16 horas aproximadamente, mientras el acusado estaba en su domicilio de sometió a su hija MFMM tocándole uno de sus senos y haciendo movimientos pélvicos desde atrás, rozando su pene en la cola de la hija, intentando desprenderse su pantalón. Asimismo, GLMM fue sometida a tocamientos de senos, piernas y rozamientos con su pene en los glúteos, haciendo movimientos pélvicos, todo por encima de sus ropas, en el lapso de tiempo comprendido entre septiembre de 2016 hasta febrero de 2017, sin poder precisar fecha y hora exactas.

Causa P-**89.861/18**: En fecha que no se puede precisar con exactitud pero entre los meses de octubre y diciembre del año 2016, el acusado se encontraba conviviendo en el domicilio dejunto a quien era su esposa, Rosana Balbina Muffatti Bodart, y siendo aproximadamente las 23:00 horas la víctima se encontraba en la habitación acostada sobre la cama cuando aquél comenzó a retirar la ropa, momentos en que la víctima le manifestó que no quería, por lo que la tomó con fuerza de sus brazos, insistiendo tener relaciones sexuales, mientras le manifestaba «*te voy a pegar*», hasta que finalmente la víctima cedió y la accedió por la vía vaginal.

2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad

En el recurso de casación expresa la defensa, que recurre por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP. Apunta que el razonamiento de la sentenciante fue absurdo, a lo que agrega que los fundamentos fueron expuestos de manera oral por más de tres horas y media, lo que dificulta la impugnación y afecta gravemente la defensa en juicio y el principio de inocencia de su asistido.

En la causa por amenazas, se queja por la falta de idoneidad de las expresiones del acusado, ya que fue se efectuaron en el marco de una discusión, en un arrebato de ira.

Al respecto, señala que MFMM declaró que el acusado estaba más tranquilo que otras veces, motivo por el que no pudo sentir temor y que, no obstante que Giuliana declaró que golpeó a MFMM, el policía Martínez dijo que no las vio golpeadas, por lo que hay errónea aplicación de la ley sustantiva.

En la causa por desobediencia a la autoridad se queja porque la persona en cuyo favor se estableció, renunció tácitamente a la protección, al concurrir a visitarla, generando confianza en la reanudación de la relación.

Indica que MFMM dijo que quería sacarle la perimetral a su papá y compartir otros momentos. Que mediaba el cumplimiento del deber legal que se deriva de la asistencia del padre a un hijo y que la propia interesada renunció tácitamente a la prohibición, por lo que no se afectó el bien jurídico protegido, existiendo una causa de justificación.

Además, dice que es nula absolutamente la fundamentación oral de una causa compleja. Relata que contiene referencias genéricas, no se describe la prueba con la que se juzgan acreditados los hechos imputados, sino que se insiste en un contexto de violencia, denunciada luego de que su defendido se retirara del hogar.

Pide asimismo que se declare la nulidad de las pericias practicadas a la ex pareja e hijas de A. M. Z. , a través del Cuerpo Médico Forense, por falta de participación real de su asistido.

Dice que de esas piezas surge que el perito de parte no pudo constatar el resultado de las pruebas

psicológicas administradas, ya que sólo tuvo acceso a las constancias de las entrevistas.

Señala que tampoco se notificaron al defensor las conclusiones de las pericias ni la instancia de discusión de resultados y que los puntos periciales solicitados por la defensa no fueron contestados por los informes oficiales.

Sobre la motivación, se queja porque es incompleta e ilógica. Dice que la juzgadora no tuvo en cuenta las pruebas ofrecidas por su parte, ya que se limitó a leer partes aisladas de pericias y testimonios, sin expedirse sobre las contradicciones en las que incurrieron las denunciadas.

En particular, se agravia porque a la juzgadora le parecieron creíbles las declaraciones de las hermanas de la ex esposa, a pesar de reconocer que son testigos de oídas, mientras que no valora los testimonios de la nueva pareja del imputado y su madre, mientras que sí les cree a las hermanas de la denunciante, lo que revela contradicción y parcialidad.

Con relación a la valoración de las declaraciones de los peritos, resalta que al ser preguntados por la defensa si había una certeza del cien por ciento respecto de que los hechos eran reales, tanto el Dr. Clavel como la Dra. Lara dijeron que no podían dar esa certeza, así como tampoco el resto de los psicólogos y psiquiatras que trataron a las víctimas.

Refiere que la carta escrita de puño y letra por las denunciadas se encuentran ubicadas temporalmente hacen diez años, o sea, cuando MFM tenía 17 años y su hermana GLMM 13 años, lo que es importante porque las hijas del acusado trataron de hacer ver que a esa carta la habían escrito siendo muy chicas.

Agrega que no se valoró que la pericia caligráfica sobre la carta podría haber sido revictimizante, término que usaron en su declaración, no obstante que GLMM concurrió espontáneamente a declarar en el expediente 89.860/18, incrementando las situaciones de abuso.

Relata que no se valoró correctamente la carta que escribió MFMM, porque se dice que la escribió estando con un brote psicótico.

Refiere que Florencia Klotik dijo que no se podía saber qué parte de la carta había sido escrita en brote psicótico y cuál no y que incluso pudo haber tenido un intervalo lúcido. Que ciertos datos de esa carta coinciden con la realidad.

Resalta que a los pocos días de notificada la demanda de liquidación de la sociedad conyugal a la ex esposa de su asistido, se efectuaron las denuncias de abusos sexuales.

Cuestiona la explicación que da la jueza sobre el proceso interno que requieren las víctimas de los delitos, cuando fue Rosana Muffatti que dijo que había sufrido una situación de violencia en el año 1995 que denunció, lo que derrumba la explicación.

Expone que de los mensajes de WhatsApp surge que existía un trato cariñoso antes de eso, cuestionando la conclusión a la que arriba la sentenciante. Que no ejercía control sobre las hijas, sino que fue buen padre y que cuando la defensa le preguntó a Muffatti si estaba preocupada por perder la casa dijo que sí, que tanto ella como sus hijas.

Expresa que en autos 9011/17 GLMM dijo que el acusado le pegó a la hermana, y que MFMM nunca dijo que le habían pegado. Que en los allanamientos no se encontró más que un rifle de aire comprimido, no obstante que las hijas dijeron que tenía muchas armas. Sólo se decomisó el arma que ellas entregaron.

Refiere que GLMM le mintió al Dr. Clavel cuando le dijo que no estaba en tratamiento psicológico, ya que

sí lo había hecho desde el año 2016.

Sobre las contradicciones de Rosana, dice que falta a la verdad sobre la fecha de los abusos, lo que surge de fs. 2 del expediente 89861/18.

Aduce que no hay explicación de por qué no denunciaron antes los hechos; que el acusado se fue voluntariamente de la casa el 1 de febrero de 2017, a los pocos días ya le habían practicado dos allanamientos y a fs. 306 de los autos 89861/18 intima a las hijas para que abran una cuenta para depositarles la cuota. El 21 de febrero entabla la demanda de divorcio. El 28 de noviembre de 2017 la liquidación de la sociedad conyugal y luego de notificar a la ex esposa, realizan la denuncia penal por abuso las tres juntas, no encontrando explicación razonable de por qué no denunciaron antes los abusos.

También se agravia por la fundamentación insuficiente de la segunda cuestión, porque si bien expresaría que los hechos se subsumen en las hipótesis previstas en los delitos atribuidos, no explica cuáles son los elementos típicos que refiere.

Se agravia igualmente por la penalidad que se le impuso, que juzga excesiva. Concretamente, aduce que se incurrió en una fundamentación insuficiente de la tercera cuestión, toda vez que las pautas de individualización de la pena fueron analizadas en forma parcial. Pide que se reduzca la penalidad al mínimo legal.

Interpone recurso de inconstitucionalidad, solicitando se declare inconstitucional la escala penal dispuesta para el delito de abuso sexual agravado por el vínculo.

Explica que el párrafo cuarto del art. 119 CP consagra circunstancias que agravan las dos modalidades ya agravadas del abuso sexual básico, esto es, las previstas en los párrafos segundo y tercero, estableciendo en el cuarto párrafo la pena de ocho a veinte años cuando se trata de un ascendiente, entre otros casos.

Agrega que la pena del sometimiento gravemente ultrajante es de 4 a 10 años mientras que la del abuso con acceso carnal es de 6 a 15 años, sin embargo en la oportunidad de agravar ambos abusos se pierde el criterio de diferenciación que marca la gravedad de las figuras.

Refiere que en los abusos que tuvieron por víctima a las hijas, resulta absurda porque prevé la misma pena para conductas que en su figura básica están sometidas a penas diferentes.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso de casación debe ser rechazado en el fondo, porque la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Agrega que el análisis probatorio fue correcto y completo.

Sobre la seriedad de las amenazas considera que las víctimas estaban preocupadas porque el acusado tenía armas, circunstancia que pusieron en conocimiento de la policía.

Sobre el delito de desobediencia, refiere que el acusado sabía que su hija estaba contenida en una institución psiquiátrica, lo que lo liberaba de su obligación de asistencia.

Dictamina, con relación a la fundamentación oral del fallo, que no hay causal de nulidad alguna.

Opina sobre la nulidad de las pericias, que el perito de parte pudo realizar su tarea mediante otra técnica o bien demostrar por qué las usadas por el Cuerpo Médico Forense serían erróneas o inadecuadas.

Expresa que la jueza descartó las conclusiones del perito de control, porque dicho profesional no tiene capacitación en violencia de género y porque hizo una valoración de la prueba paralela a la que debe hacer el juez.

En referencia a la pericia que se le practicó a A. M. Z., dice que el egocentrismo, omnipotencia, frialdad objetiva pueden reflejarse en el área sexual.

Sobre el recurso de inconstitucionalidad, dictamina que no surge de autos que interpusieran durante el debate dicha inconstitucionalidad, por lo que no se verifican los requisitos del art. 489 CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Maimone Zabala en las presentes actuaciones, considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, confirmar la sentencia de condena. Ello, por los argumentos que paso a exponer.

Los agravios de la defensa pueden ser definidos en los siguientes argumentos: a) nulidad absoluta por haberse expresado los fundamentos de forma oral; b) nulidad absoluta por falta de participación real del acusado en los exámenes realizados a las víctimas; c) motivación ilógica de la primera cuestión de la sentencia; d) fundamentación insuficiente e ilógica de la segunda cuestión (aquí se plantean dos críticas centrales: la inexistencia de la figura de amenazas por falta de idoneidad y falta de elementos objetivos y de afectación del bien jurídico protegido respecto del delito de desobediencia); e) fundamentación insuficiente de la tercera cuestión. Además, se plantea la inconstitucionalidad del art. 119 incs. 4 y 5 del CP.

a.- Cuestionamientos en relación con la **fundamentación oral** de la sentencia

Como ya he expuesto en diversos precedentes de esta Segunda Sala, estimo que el mejor método para llevar adelante los procesos es la oralidad debido a la **ganancia didáctica que conlleva, incluso en desmedro de cierto rigor**. Además, que no resulta objetable fundar oralmente una sentencia en tanto su **argumentación sea clara, ordenada y suficiente**, a los fines de cumplir con el requisito de debida motivación. Lo que a su vez, también permite el **control de logicidad de la sentencia** (ver, «Zurita», «Olivera Castillo», entre otros).

Sin embargo, he dejado claro mi criterio respecto a que resulta recomendable que la sentencia dictada en aquella modalidad oral deba contar **con la rigurosidad de la forma escrita** cuando se traten hechos que cuestionen normas cuyo peso social se corresponda con el de los delitos denominados como *mala in se* y resulte evidente la complejidad probatoria y jurídica de las cuestiones bajo estudio.

En el caso de autos, se encuentran bajo estudio cuatro causas diferentes que tienen como acusado a A. M. Z. y víctimas a sus hijas y ex pareja. Así, en los autos P-89861/18 se le atribuye un hecho de abuso sexual con acceso carnal, en los autos P-89860/18 dos hechos de abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona ascendiente en concurso real, en los autos P-9011/17 dos hechos de amenazas coactivas y en los autos P-75648/18 desobediencia a una orden judicial. **El peso social de los hechos traídos a juicio en su conjunto se corresponde con normas constitutivas del orden social** y, en particular, con el aseguramiento del derecho a una vida sin violencias que el Estado debe asegurar a las mujeres. Ello, junto con el cúmulo probatorio y su complejidad daría lugar a la recomendación que ya he efectuado respecto a la rigurosidad del formato escrito para exponer los fundamentos de la sentencia.

Empero, en este caso, corresponde destacar el **riguroso y detallado trabajo que ha llevado adelante la magistrada** del Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción al momento de exponer sus fundamentos en forma oral. Al comenzar la audiencia desarrollada en fecha 23 de noviembre de 2021, la jueza de debate comenzó por dar las razones de exposición oral de los fundamentos, entre los que explicó que «[...] *este caso por las particularidades que ha tenido y para mejor conocimiento y garantía del señor A. M. Z., entiendo que lo mejor y lo correcto es brindar estas razones y los fundamentos en forma oral, más que en un escrito o en unos fundamentos que por la extensión o por el carácter técnico y jurídico de muchas expresiones no llegan a la comprensión de las personas involucradas. Entiendo que una explicación, más allá de la extensión que tenga, los alegatos de [las partes] también fueron extensos, hay mucha prueba a valorar, por lo tanto no van a ser cortos; pero si quiero que sean **claros**, voy a tratar de ser lo más clara posible, porque entiendo que también para el conocimiento del señor A. M. Z. es importante que estos fundamentos sean vertidos de esta manera*». En este sentido, la jueza destacó que lo necesario es un análisis detallado y ordenado de cada una de las pruebas para fundar la decisión judicial adoptada, lo que entiendo ampliamente cumplido en su fundamentación de la sentencia de condena de A. M. Z..

Corresponde valorar especialmente que antes de analizar cada uno de los hechos atribuidos al acusado, **meritó el contexto de violencia por razones de género contras las mujeres** en el que se enmarcan las cuatro causas, para luego analizar la acreditación de los hechos atribuidos, los encuadres jurídicos y la sanción a imponer.

En consecuencia, estimo que debe ser rechazado el planteo nulificadorio expuesto por la defensa en tanto la labor desarrollada por jueza de instancia previa resultó detallada y comprometida con la complejidad de los hechos bajo discusión y la afectación de normas constitutivas del tejido social. Además, respecto a la crítica de que la exposición resultó desordenada y dificultó la facultad de recurrirlos acabadamente, entiendo que no se condice con la realidad. Prueba de ello constituye que la defensa en su recurso transcribe los fundamentos orales con notable exactitud antes de exponer los agravios. A ello agrega luego las críticas. En este orden, la defensa se ha explayado contra los fundamentos de condena de manera extensa, de las cuales solo dos carillas se encuentran destinadas a la nulidad de los fundamentos orales.

De tal manera, del detalle de análisis en los agravios expuestos por la defensa surge que la fundamentación oral de la sentencia no ha afectado el derecho del acusado a que la condena impuesta sea revisada en esta instancia.

b.- Acerca del planteo de **nulidad absoluta de los exámenes del Cuerpo Médico Forense por violación del derecho de defensa**

La defensa cuestiona los exámenes realizados por parte del Cuerpo Médico Forense a las tres mujeres víctimas **en virtud de que el perito aportado por esa parte no pudo constatar el resultado de las pruebas psicológicas administradas**. Explica que únicamente tuvo acceso a las constancias de las entrevistas, que no se respondieron **todos los puntos periciales admitidos y que no se notificaron las conclusiones a la defensa**.

Debo destacar que las críticas realizadas por la defensa en esta instancia fueron abordadas por la jueza de instancia anterior en la sentencia y su expresión en el recurso configura una reiteración del planteo, sin lograr desvirtuar en esta instancia el razonamiento jurisdiccional.

Al respecto, estimo relevante recordar lo que expuse en el **precedente «González Rodríguez»** respecto a que los informes que realizan diversos profesionales o expertos en el proceso resultan un elemento de

prueba más que puede o no ser recibido para fortalecer el conocimiento sobre algún aspecto desconocido. En relación con ello, lo que debe exigirse a quien juzga el mérito de un informe elaborado por profesionales o expertos es **una explicación racional sobre las razones** que llevaron a apartarse de las conclusiones expuestas por el perito interviniente.

En este sentido, la jueza de instancia anterior al comienzo de su exposición **contextualizó y valoró la función del perito de control para luego otorgarle valor**. Explicó que aquél **no presta juramento de ley, que es aportado por la defensa y que su función específica reside en controlar las pericias o exámenes que se realicen**. En particular, en relación con la intervención del perito de parte en autos –el psicólogo Demaldes–, destacó dos puntos en su valoración que entiendo de suma relevancia. Por una parte, que Demaldes afirmó **no encontrarse especialmente capacitado en materia de violencia de género**, siendo su ámbito de especialidad solamente la Psicología forense. Por otra, que **no dio suficientes razones para justificar las conclusiones** que expuso durante su declaración en el debate.

La jueza tuvo en consideración las críticas expresadas por el perito en su declaración en el debate relativas a la realización de las entrevistas, aunque explicó que no habían impedido su laboral debido a que había accedido al material y, en consecuencia, había podido aportar sus conclusiones. En relación con el examen psíquico realizado al acusado valoró que el profesional no dio razones de sus críticas a la valoración desarrollada por los peritos del Cuerpo Médico Forense. La jueza destacó que el perito de parte **no negó la existencia de los rasgos de personalidad** descriptos en las conclusiones del Cuerpo Médico Forense sino que afirmó que se encontraban exacerbados. Es decir, que **el perito no desvirtuó las conclusiones del Cuerpo Médico Forense ni la existencia de los hechos**. Respecto a esto último, la jueza valoró que ninguno de los diversos profesionales –tanto del Cuerpo Médico Forense, como el perito de parte– aseguraron la existencia de los hechos.

Respecto a los exámenes realizados a las tres denunciadas, jueza explicó que el perito de control tuvo acceso al material, lo que le permitió elaborar sus conclusiones. Estimo correcta la valoración de la jueza de debate respecto a que las opiniones expresadas durante su declaración en el juicio no se circunscribieron al procedimiento desarrollado, sino a conclusiones personales del perito de diversas pruebas incorporadas en los expedientes a lo largo de las investigaciones. **La valoración del plexo probatorio en su conjunto a los fines de acreditar la existencia de los hechos investigados es, como se dijo, competencia del órgano jurisdiccional, responsabilidad de la judicatura**, en tanto que los profesionales intervinientes en una investigación judicial principalmente deben referirse a los procedimientos realizados y a las conclusiones a las que llegaron en función de ellos.

Comparto así con la jueza de instancia anterior sus consideraciones relativas a otorgarle mayor **preeminencia valorativa a lo expresado por los profesionales especializados en violencia de género** debido a las particularidades que presenta el presente caso, lo que entiendo primordial a la hora de analizar los informes cuestionados.

Más allá de ello, debe señalarse que, como explicaré seguidamente, **la credibilidad del relato de las denunciadas** se encuentra acreditado por el importante cúmulo de elementos de prueba obrantes en la causa. Entre los cuales puedo señalar como adelanto el informe de la Dirección de la Mujer del Poder Judicial, los informes e historias clínicas confeccionadas en el Hospital El Sauce, las constancias y medidas ordenadas en el fuero de familia, los informes confeccionados por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y los informes de los centros de salud de atención psicológica y psiquiátrica a los que asistieron las víctimas.

De tal manera, el planteo efectuado por la defensa constituye una solicitud una **nulidad por la nulidad misma**, a la que no corresponde hacerle lugar por las razones que expuse (ver, al respecto y en lo pertinente, «Rojas Cabezas» y «Ramírez Terán»).

c.- Sobre los planteos vinculados con la **motivación ilógica** de la sentencia en cuanto a la acreditación de los hechos atribuidos

La defensa cuestiona que la motivación respecto a la existencia del hecho y la intervención del acusado resulta incompleta e ilógica. Afirma que no se tuvieron en cuenta las pruebas ofrecidas por esa parte y que la valoración judicial se limitó a meritar partes aisladas de los exámenes psicológicos y psiquiátricos y testimonios, sin expedirse sobre las contradicciones en las declaraciones de las denunciadas. Estimo que el agravio debe ser rechazado debido a que la valoración de la jueza de sentencia ha sido integral, completa y fundada.

Al respecto resulta pertinente reiterar que casos como el de autos **requieren ser juzgados con perspectiva de género**, como debidamente se puede apreciar en la sentencia de instancia anterior. En este sentido, en el **precedente «Medina Martínez»** expuse que la perspectiva de género ha permitido incorporar el enfoque de los derechos humanos en relación a las mujeres y disidencias sexuales, persiguiendo la materialización efectiva del principio de igualdad en la valoración judicial y en el acceso a justicia. Este enfoque ha permitido visibilizar la existencia de minorías –en términos jerárquicos– históricamente vulneradas y segregadas en todos los ámbitos de la vida social, tanto públicos como privados. Así, la mirada de género destaca que esta jerarquización naturalizada encubre formas múltiples de opresión y subordinación hacia el género femenino.

El enfoque de derechos humanos con mirada de género hace foco en el deber de quien juzga de buscar su efectivo cumplimiento desde el principio de igualdad. Para lograrlo es necesario analizar la prueba e interpretar las normas con el ajuste de las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos. Así, la perspectiva de género visibiliza estas desigualdades que deben ser tenidas en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo.

Además, y tal como expuse en el precedente «Di Césare Meli», nuestro país ha asumido compromisos específicos en materia de violencia de género derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecen obligaciones estatales concretas en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres por razones de género. En concreto, la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará)* especifica las acciones que los Estados convienen adoptar para lograr tales objetivos y establece que su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos (arts. 7 y 12).

En materia de investigación y sanción de actos de violencia contra las mujeres, en particular, rige el deber de *debida diligencia* en el accionar estatal (art. 7.b). Se trata de una pauta que condiciona la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos, entendida esta última como una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados de la región para asegurar la plena satisfacción de todos los derechos fundamentales reconocidos en el *corpus iure* interamericano (cfr. Corte IDH, Caso *Veliz Franco Vs. Guatemala*, de 19 de mayo de 2004, par. 183). En efecto, las obligaciones generales emergentes de los arts. 8 y 25 convencionales –reguladores del derecho de acceso a la justicia en las Américas– se *complementan y refuerzan* con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico para la

prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres (cfr. Corte IDH, *Casos Veliz Franco vs. Guatemala*, cit.; *Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 2015; y *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, de 24 de agosto de 2017).

De tal *deber estatal reforzado* surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando. En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversal de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de *la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades* («Zurita Abrego», «Medina», «Di Cesare Meli», entre otros).

En este sentido, debe señalarse que la jueza comenzó por exponer que los hechos se encontraban acreditados tanto por lo que habían declarado las denunciantes –la ex pareja del acusado, como sus dos hijas– como por el cúmulo de prueba objetiva y periférica que confirma sus relatos. Destacó, en este sentido, la descripción de los hechos, las circunstancias de revelación de los hechos, la coincidencia entre los relatos y los aportes de los especialistas tratantes de las víctimas, como de los peritos que produjeron prueba y declararon durante el debate, todos los cuales declararon en el debate oral.

Valoró que las víctimas habían dado cuenta –revelado– del contexto de violencia de género en el que vivían con anterioridad al inicio de las investigaciones penales por las que se condenó a Maimone Zabala. Así, destacó que las tres denunciantes asistieron a tratamiento psicológico en el que comenzaron a explicitar las violencias que padecían: G.L.M.M. en el Centro de Salud N° 30, la internación en el Hospital el Sauce de M.F.M.M. y el tratamiento psicológico al que asistía incluso al momento del juicio por parte de R.B.M.B. A esto agregó también la intervención del Juzgado de Familia y del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario con la realización de exámenes con anterioridad al inicio de la investigación penal. En este orden, debo decir que comparto la ponderación de la jueza respecto a que al momento en que su ex pareja solicitó asistencia en el fuero de familia en su protección y de sus hijas, puso en conocimiento situaciones de violencia que, con posterioridad, fueron denunciadas en sede penal.

Además, la jueza destacó que la normativa procesal provincial del fuero de familia y violencia familiar establece que el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario se integra con profesionales especializados en violencia familiar con perspectiva de género, por lo que sus aportes resultan de relevancia por su calidad. En particular, los especialistas de aquel organismo que abordaron a las víctimas en el año 2017 ya se habían expedido en el sentido de que presentaban indicadores de ser víctimas de violencia intrafamiliar, lo que se condice con todo el resto de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En todo este contexto, la jueza consideró, entiendo que acertadamente, que la existencia material de los hechos denunciados y la autoría de A. M. Z. surge a partir de la contundencia de las declaraciones de M.F.M.M., G.L.M.M. y R.B.M.B., que fueron corroboradas periféricamente a través de diversos elementos, todo con la necesaria perspectiva de género que requería el caso analizado.

En contraposición, la prueba ofrecida por la defensa no logró disminuir la contundencia de la prueba de cargo. De este modo, no puede prosperar la pretensión de asignar una valoración relevante de cuestiones aisladas que, a su criterio, favorecerían al acusado. Así, por ejemplo, aquella carta escrita hace algunos años en el que sus hijas le deseaban suerte al acusado en un viaje o la constancia en una foja de la historia clínica confeccionada por el Hospital El Sauce acerca de que M.F.M.M. quería compartir momentos con su

padre. En este aspecto, la defensa omite valorar lo que los especialistas aseveraron respecto a que todas las víctimas presentaban síndrome de adaptación y que M.F.M.M. se encontraba padeciendo un brote psicótico y un trastorno esquizofrénico delirante que produjo su internación, por lo que durante ese tiempo no se podía afirmar cuáles de sus conductas respondían a intervalos lúcidos y cuáles a las dolencias psiquiátricas.

La defensa también resalta los testimonios ofrecidos de la actual pareja del acusado, la hija de ella y sus amigas. Sin embargo, la jueza valoró estas declaraciones y explicó que no desacreditaban los hechos denunciados por las víctimas y carecían de pertinencia para descartar su existencia.

Tampoco puedo acoger la crítica que realiza la defensa respecto a que tanto los especialistas que declararon en el juicio –Clavel, Lara y el resto de los psicólogos y psiquiatras que intervinieron– no pudieron afirmar con certeza la existencia de los hechos mencionados por las víctimas en sus entrevistas. En este punto, la defensa pretende darle un sentido erróneo a los dichos de estos profesionales, y confunde los ámbitos de actuaciones, facultades y obligaciones de estos especialistas en un proceso judicial. En efecto, sus funciones se circunscriben a realizar las labores periciales específicas sobre aquellas cuestiones puntuales que les son solicitadas con el objetivo de reunir material probatorio sobre algún aspecto vinculado al hecho investigado. La tarea valorativa acerca de si se han reunidos elementos probatorios suficientes para acreditar la existencia del hecho y la determinación de su autoría es jurisdiccional, luego de la realización de todo el debate oral.

En consecuencia, estimo que la jueza de instancia anterior valoró adecuadamente todo el plexo probatorio incorporado en el debate y justificó debidamente las razones por las cuales consideraba que los hechos denunciados por las víctimas G.L.M.M., M.F.M.M. y R.B.M.B. se encontraban acreditados y habían sido cometidos por Maimone Zabala.

d.- Cuestionamientos sobre la fundamentación insuficiente e ilógica de la sentencia en cuanto a los delitos de amenazas y desobediencia.

La defensa crítica específicamente la condena por la figura de amenazas y de desobediencia, paso a analizar los agravios respecto de cada tipo penal.

En relación con el tipo penal de amenazas alega su inexistencia por falta de idoneidad en las expresiones de Maimone Zabala debido a que fueron realizadas en el marco de una discusión y las víctimas, en modo alguno, pudieron sentirse amedrentadas.

Como ya esta Sala ha referido en otros precedentes, el bien jurídico tutelado por la norma del art. 149 *bis* del CP en cuestión es el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima, que a través de la amenaza ve puesta en tela de juicio su posibilidad de elegir su actuar de modo libre de injerencias. Si esto es así, la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima. A su vez, la **vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada» (ver, al respecto, «Murcia Lucero», «Garay Videla», entre otros).**

Por ello, resulta relevante todo lo analizado por la jueza de sentencia respecto al contexto que enmarcaba a los dos hechos de amenazas denunciados. Así, recalcó de los testimonios producidos en el debate sobre que el acusado en distintas oportunidades usó armas en la vivienda, se mostraba desnudo ante su familia y desplegaba conductas violentas como pisar una tortuga o romper una mesa de vidrio con una patada.

La jueza correctamente valoró que no existió controversia entre las partes respecto de la existencia de la discusión familiar, ya que fue reconocido por parte del acusado. Además, explicó que las reacciones violentas con amenazas por parte de A. M. Z. surgieron por el cambio de actitud de sus hijas frente a la violencia constante y naturalizada que padecían por parte de aquél. En este contexto, la jueza meritó la declaración de la víctima G.L.M.M. sobre que en la discusión le dijo a A. M. Z. que se fuera porque lo iba a denunciar, que éste se retiró a la una hora aproximadamente recién, que se quedaron las tres víctimas con miedo, que durmieron juntas, que cerraron la puerta y demás circunstancias. Lo que a su vez fue mencionado también por las terapeutas de las víctimas.

Asimismo, tuvo en cuenta la versión del acusado respecto a las razones de su retiro del domicilio sin conflicto alguno y de forma voluntaria, pero entendió que existió mayor prueba de cargo que sostuvo la versión de las víctimas.

A tal punto las amenazas resultaron idóneas que M.F.M.M., G.L.M.M. y R.B.M.B. acudieron al fuero de familia para solicitar una exclusión del hogar del acusado. Valoró la jueza de instancia previa que las víctimas consideraban que A. M. Z. requería ayuda por problemas psiquiátricos y que el Juzgado de Familia interviniente ordenó, por oficio, que se retirara de la vivienda, lo que no pudo ser llevado a cabo por que el acusado ya no se encontraba en el lugar.

Por su parte, la jueza consideró que las víctimas denunciaron que al día siguiente el acusado retornó al domicilio para llevarse sus pertenencias y les dijo que las mataría, que las iban a encontrar debajo de un cartón. En este aspecto, la jueza de sentencia meritó particularmente los dichos de G.L.M.M. acerca de que en cinco minutos el acusado «destruyó» la casa, al referirse al intento de A. M. Z. de llevarse sus pertenencias del hogar.

En otro orden, la defensa cuestiona que el oficial de policía González dijo en el debate, al ser preguntado por la defensa, que no vio que nadie estuviera golpeado, bajo la pretensión de desacreditar la versión de las denunciantes. La crítica no logra su cometido por dos razones. Por una parte, que las víctimas no presentaran marcas visibles en su cuerpo no conduce a concluir necesariamente que no hubieran existido los golpes. Por otra, la figura penal por la que se lo acusa –amenazas coactivas– no requiere para su configuración la existencia de golpes, ni la constatación de lesiones, por lo que no afecta de forma alguna en los elementos del tipo que requieren ser acreditados para considerar que se lo infringió.

Similar planteo infructuoso realiza la defensa al destacar que M.F.M.M. resaltó que su padre se encontraba más tranquilo que en otras ocasiones. Corresponde ser descartada la crítica debido al contexto virulento naturalizado en el que vivían las víctimas como también las conductas de adaptación que ellas desarrollaron, las que fueron descritas por los especialistas. Esta mención por parte de M.F.M.M. no niega la existencia de las amenazas de modo alguno.

En consecuencia, corresponde rechazar los agravios expresados respecto a la idoneidad de los hechos para configurar el delito de amenazas.

En relación con la figura de desobediencia, la defensa critica que no ha existido afectación del bien jurídico protegido por la norma en tanto que la persona en cuyo favor se ordenó la prohibición de acercamiento renunció tácitamente a su protección al concurrir a la visita con quien se había dictado la restricción.

Si bien la defensa en el recurso reconoce que el bien jurídico protegido por la figura de desobediencia es la irrefragabilidad de la administración de justicia, luego argumenta que se encuentra dentro de las

facultades de los particulares dejar sin efecto las órdenes impartidas por la justicia sin intervención alguna de esta última.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la jueza de instancia inferior destacó que el Cuarto Juzgado de Familia emitió una prohibición de acercamiento a A. M. Z. respecto de su hija M.F.M.M. el día 14 de febrero de 2018, que le fue notificada el día 21 de ese mes y año, todo lo cual no ha sido controvertido por la defensa. También dio cuenta de que M.F.M.M. fue internada en el Hospital El Sauce en fecha 11 de septiembre de 2018 y que el día 12 de septiembre de ese año se presentó en el hospital A. M. Z. junto a su hermana para visitar a M.F.M.M., momento en el cual se produjo el incumplimiento de la orden judicial previamente impartida.

Considero que no puede hacerse lugar al argumento acerca de que por la sola voluntad de la persona protegida por una medida de prohibición deja de tener validez y efecto la orden impartida por un juzgado, en este caso, de familia. Para que la orden judicial impartida cese corresponde que se lleven adelante los procedimientos especialmente previstos para ello, no surtiendo efecto la mera voluntad particular.

A ello debe agregarse que la voluntad en cuestión a la que refiere la defensa con el poder de hacer cesar la orden impartida es la de una víctima que se encontraba internada involuntariamente en el Hospital El Sauce diagnosticada con episodio psicótico y trastorno esquizofrénico delirante.

El argumento de la defensa acerca de que A. M. Z. asistió en cumplimiento del deber legal de asistencia paterno filial no resulta suficiente ni acertado en el contexto en el que se lo pretende utilizar.

En primer lugar, debido a que coetáneamente con sus responsabilidades parentales existía una prohibición de acercamiento de A. M. Z. hacia su hija, lo que le imponía el deber de no acercarse a ella o de articular las vías legales correspondientes si pretendía hacerlo, recurriendo al ámbito jurisdiccional pertinente. Así lo afirmó la jueza al considerar que si A. M. Z. pretendía poder acercarse a su hija lo que correspondía era que recondujera su planteo al procedimiento estatal previsto para ello.

En este sentido, y como he tenido oportunidad de afirmar, «[...] *quien solo tiene derecho a trasladar los riesgos de su ámbito mediante un determinado procedimiento, no resulta exculpado si abandona este*» [JAKOBS, Günther, «El Lado subjetivo del hecho», *El derecho penal del siglo XXI, en Terragni, Marco Antonio (coord.), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 675*]. Así, no es posible actuar en estado de necesidad si quien sufre el peligro cuenta con un procedimiento estatal previsto para repelerlo. En sentido similar, Roxin destaca que no es posible exculpar determinadas situaciones en las cuales el peligro puede ser repelido mediante una vía institucional alternativa, que en el ejemplo del «homicidio del tirano familiar», estaría dado por la solicitud de auxilio policial. Sin embargo, reconoce igualmente que «la existencia de otras posibilidades de evitación no se puede apreciar a la ligera», sino en miras a la eficacia de la vía alternativa, concluyendo que «la apelación a la policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha mostrado a menudo ineficaz» (Roxin, Claus, ob. Cit., p. 904)» (ver, al respecto, «Ruiz Casas»). Aplicado al caso de autos, correspondía que recondujera a la justicia de familia que había dictado la orden de prohibición de acercamiento contra su hija el pedido de cese de la medida para poder contactarse con M.F.M.M.

En segundo lugar, porque de las probanzas incorporadas en la causa no surge que M.F.M.M. estuviera en peligro dentro de la institución médica, de hecho en el lugar precisamente se encontraba asistida por personal médico. De tal manera, la pretensión defensiva de que el actuar del acusado lo realizó en estado de necesidad debe ser rechazada. El peligro inminente sobre la integridad física o psíquica de su hija no

existía por encontrarse internada en una institución médica especializada en las dolencias que padecía M.F.M.M., quien no corría riesgo de vida.

Conforme lo expuesto, considero que los agravios relacionados con la configuración de los delitos de amenazas y desobediencia tampoco pueden prosperar.

e.- Consideraciones acerca del **planteo de inconstitucionalidad** del art. 119 cuarto y quinto párrafos del CP

En otro orden, la defensa critica la desproporción en las escalas penales previstas en el art. 119 del CP y solicita su inconstitucionalidad. Al respecto, debo señalar que si bien es cierto que existe la desproporción que el recurrente señala, también lo es que esta característica es compartida por numerosos tipos penales, tanto si se los compara entre sí como con sus correspondientes formas agravadas (ver, al respecto, «Ficara»).

Entiendo que la referida **falta de proporcionalidad** puede ser utilizada por los tribunales como elemento equilibrador de los puntos equidistantes de la escala penal –al momento de la determinación judicial de la pena–. Sin embargo, de manera alguna puede sostenerse que su sola presencia autorice a aplicar al mecanismo de mayor implicancia institucional que tienen los jueces, tal como es declarar la inconstitucionalidad de la escala.

En este sentido, debe tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad debe ser tan ostensible que su no declaración constituiría una omisión inadmisible por parte del tribunal que tiene en sus manos la resolución del caso. En efecto, la trascendencia institucional de la declaración de inconstitucionalidad obliga a recurrir a ella solo en caso de extrema necesidad (ver CSJN, Fallos 249:51, 264:364; 288:325; 328:1416). Además, el Poder Judicial puede pronunciarse sobre el acierto, mérito o error de decisiones como la Ordenanza en cuestión solo cuando sean claramente irrazonables o arbitrarias (ver CSJN, Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166). Por esa razón, la declaración de inconstitucionalidad procede excepcionalmente, cuando la afectación de cláusulas constitucionales es manifiesta, y la incompatibilidad con estas últimas es inconciliable (ver CSJN, Fallos 285:322).

Por lo expuesto, y en razón de no estar demostrada que la norma cuestionada contraría precepto alguno de la Constitución Nacional o de Convenciones Internacionales con igual jerarquía, el planteo de la defensa debe ser rechazado.

f.- Críticas respecto de la **fundamentación de la pena impuesta**

El último aspecto de la sentencia que la defensa cuestiona es la sanción impuesta en la condena. Ello, por considerar que no se han respetado las pautas de individualización legal de la pena y resultar el monto impuesto excesivo, agravio que también entiendo debe ser descartado.

Según entiendo, el monto de pena impuesto en la sentencia se encuentra debidamente fundado y resulta proporcional y coherente con la gravedad de los hechos atribuidos al acusado y su encuadre legal que ha sido hasta aquí confirmado. Así, la jueza de instancia anterior delimitó la escala penal marco dentro de la cuál debía establecerse la sanción, la que tenía un mínimo de seis años y un máximo de treinta años.

Con específica mención de los arts. 40 y 41 del CP, valoró como agravante, en el caso de los abusos sexuales respecto de sus hijas, el daño psíquico producido en ellas, la permanencia en el tiempo del sometimiento y que había ocurrido en una época formativa de la vida. En el caso de su ex pareja también tuvo en consideración el daño psíquico que había sido diagnosticado como depresión y la relación de intimidad,

confianza y convivencia que configuraba este vínculo. También estimó como agravante la cercanía en el tiempo en el que ocurrieron los diversos hechos por los que se condenó al acusado, en particular las amenazas coactivas y la desobediencia a la prohibición de acercamiento.

Por su parte, como circunstancias atenuantes consideró que A. M. Z. no poseía antecedentes computables.

En relación con el grado de instrucción, la situación económica y los medios de vida del acusado, explicó que como esas circunstancias no se encontraban vinculadas con los hechos por lo que se lo había condenado, no correspondía su valoración como atenuante ni como agravante.

En consecuencia, consideró que correspondía establecer la pena dentro del primer tercio de la escala penal, específicamente en once años de prisión.

Al respecto, no se observa arbitrariedad alguna, atento que las circunstancias valoradas y el sentido asignado se corresponde con las disposiciones de los arts. 40 y 41 del CP, razón por la que, como se adelantó, no pueden prosperar los agravios expuesto en este sentido por la defensa.

g.- Conclusión

En razón de las consideraciones expuestas, entiendo que el recurso interpuesto por la defensa debe ser rechazado en virtud de que la sentencia se encuentra debidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, a partir del cual se consideró acreditados los hechos y la responsabilidad de A. M. Z. en ellos. Por su parte, no se advierte vicio alguno en la calificación jurídica correspondiente a aquellos hechos tenidos por probados, así como en la sanción impuesta.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Comparto los fundamentos por los cuales el voto que me precede considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de A. M. Z.. Ello por cuanto advierto que la jueza de sentencia valoró los distintos elementos de juicio teniendo en cuenta que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

En este sentido, en numerosos precedentes destaque que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente «González Sosa», «Scifo Ruffini», entre otros).

En otro orden, y vinculado al agravio sobre la oralidad de los fundamentos brindados por la jueza de sentencia, no comparto las apreciaciones formuladas por el ministro que me precede en punto a la conveniencia de realizar por escrito los fundamentos en casos de complejidad probatoria y jurídica, a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en el precedente **«Robledo Vergara»**, en el sentido que «[...]la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local[...] se

traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal».

En función de ello, se refirió que «la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna razón que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera... [c]on lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones –en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía».

En el precedente «Zurita» agregué que «[...] el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad. Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias».

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO:

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4) CPP).

De tal modo, la exigencia de motivar las sentencias tiende a asegurar la recta administración de justicia, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente, con distinta composición (ver L.S. 299-104, entre otros) y con la composición actual (ver, entre otros, **Martínez Facundo**).

En dicha resolución sostuve que este imperativo surge de la adopción de la forma republicana de gobierno, en tanto exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano.

Esto porque los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado y, en consecuencia, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus resoluciones. Sólo así, la ciudadanía tiene la posibilidad de conocer el fundamento de ellas.

Además, dicho imperativo se desprende de la garantía innominada del art. 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa como derivación lógica de los derechos de defensa y debido proceso consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el *dictum* debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión sobre cada una de las cuestiones planteadas.

En la especie, la jueza de la instancia anterior no cumplió con el art. 416 inc 4) CPP.

Así, no consideró los elementos probatorios reunidos, a la luz de las normas de la sana crítica racional y basó la solución en algunos aspectos que no son decisivos, omitiendo otros que sí revisten esa calidad.

De tal modo, le asiste razón a la defensa en su queja centrada en que la jueza no valoró debidamente la prueba rendida, anulando incluso el principio de inocencia.

Así, he podido apreciar mediante las cartas y mensajes de WhatsApps adjuntados, que la comunicación que mantenían las tres denunciante con el acusado era cariñosa y fluida, lejos del temor que la sentenciante dijo que sentían. Es más, Rosana Muffatti en una de esas misivas, se dirigió de manera afectuosa al acusado.

En este sentido, debo destacar que, por ejemplo, GLMM llamaba de una forma especial a su padre – «*señora*»– en esos mensajes, en una divertida alusión a un programa televisivo, según explicó esta denunciante. Considero que esta modalidad en el trato, se contrapone con el miedo que la sentenciante afirma que el acusado generaba en sus hijas, según se consignó precedentemente.

Resalto que en algunos de dichos mensajes GLMM le pide a su padre que la lleve o pase a buscar junto con sus amigas para concurrir o volver de distintos lugares de diversión propios de su edad, o a cumpleaños de familiares.

También se registran solicitudes de dinero cursadas de manera tal, que impiden que sean interpretadas como reflejo de temor u odio hacia el acusado.

Por el contrario, esas circunstancias evidencian que entre las partes existía una **relación de confianza y un trato frecuente**, sin que la juzgadora de la instancia previa expusiera adecuadamente, la razón por la que interpretó esas comunicaciones como intentos de control del acusado en el plano psíquico y económico.

En efecto, el tinte afable, gracioso y hasta tierno de esos mensajes excede, a mi criterio, un mero **síndrome de adaptación típico** de la persona abusada, al que alude la jueza.

La valoración apropiada de este extremo, unido a otros que se desarrollarán seguidamente, podría haber variado la decisión que se adoptó en la instancia anterior.

Efectivamente, de los fundamentos no surge que la jueza de dicha instancia haya ponderado de manera suficiente, la coincidencia temporal de las denuncias formuladas, con la notificación de la demanda de disolución de la sociedad conyugal, máxime teniendo en cuenta que la señora Muffatti y sus hijas habitan en una casa, cuya división A. M. Z. requería judicialmente.

A esto se suma la falta de elementos de prueba que dieran cuenta que las denunciante, como consecuencia de los abusos y demás hechos denunciados, hayan visto modificado su comportamiento.

Por su parte, la circunstancia que MFMM hubiera manifestado que ella no quería denunciar a su padre por abuso y que por ello expuso «*cualquier huevada*» así como sus dichos en el sentido que quería retomar la relación con el acusado, son aspectos que no fueron debidamente analizados juntamente con el resto de los hasta acá enunciados.

Dicho en otras palabras, la revisión efectuada me persuade que los elementos probatorios reunidos en la causa, revisten aptitud para generar **un estado de duda** en la persona encargada de juzgar, conforme a una valoración integral y según la sana crítica racional. Valoración que no ha sido realizada en el caso concreto por la jueza sentenciante y deberá constituir labor de un nuevo magistrado.

Corresponde señalar que la duda prementada, en el caso de configurarse y de acuerdo al texto constitucional vigente, beneficiaría al acusado.

Fundamento lo dicho en que la inclusión mental hipotética de las circunstancias reseñadas, en el complejo probatorio de la causa, detentan una decisividad tal que podrían modificar el fallo al que se arribó en la instancia anterior.

Esto por cuanto la jueza de esa instancia privó del valor que conjuntamente detenta, a la prueba de descargo y otras probanzas e indicios aludidos en los párrafos anteriores, centrándose solamente en el relato de las denunciadas.

Y si bien ellas sostuvieron la incriminación del acusado, durante el proceso que siguieron, lo que fue tomado por la jueza del Tribunal Penal Colegiado como **un indicador de credibilidad, verifico que no hay persistencia en el relato**, llamando la atención las contradicciones en las que incurrieron. Por ejemplo, la denunciante de abuso sexual con acceso carnal RBM, cuando refirió al denunciar a fs. 2 de los autos 89861/18, que «[...] esas situaciones en las que yo le decía que no quería y Antonio lo hacía a la fuerza ocurrieron tres veces hacen como once años, después no ocurrió nunca más» mientras que a fs. 19, citada para ampliar los tres hechos de abuso denunciados que según fluye del acta «[...] ocurrieron hacen once años atrás aproximadamente[...]» declaró que «en los últimos quince años de relaciones, siempre fueron así, forzadas por parte de él», expresando, al ser interrogada expresamente, que el último hecho fue entre octubre y diciembre de 2016.

O sea, RBM concurrió a denunciar abusos que ocurrieron tres veces hace aproximadamente como once años, manifestando expresamente que «[...] después no ocurrió nunca más», para terminar de la forma precedentemente expuesta. Esto es, expresando que en realidad cada vez que tenían relaciones eran forzadas.

Párrafo aparte merece el examen del acusado practicado por el Cuerpo Médico Forense, del que la jueza de la instancia anterior deriva que el egocentrismo, la impulsividad, la baja tolerancia a la frustración, dominancia y demás características de su personalidad allí descriptas, pueden manifestarse también en su conducta sexual, aspecto que agravia –estimo que con justa razón- a la defensa.

Ello, toda vez que tanto los profesionales del Cuerpo Médico Forense, como el perito de parte, concluyeron en la **ausencia de rasgos específicos en la personalidad** de Maimone, compatibles con el tenor de los delitos investigados en autos.

Por lo tanto, la afirmación de la jueza de la instancia previa en el sentido precedentemente señalado, requería en el caso analizado una motivación adecuada, puesto que no se explicó cómo esos caracteres de la personalidad, de por sí desprovistos de contenido sexual, pueden generar por sí mismos, los abusos sexuales contra las hijas y la ex cónyuge de A. M. Z..

Reitero, los aspectos probatorios mencionados no han recibido un adecuado tratamiento y respuesta de la juzgadora, quien más allá de la concordancia en lo esencial de las declaraciones de las denunciadas, no ha reforzado la credibilidad de los relatos acusatorios a través de la verificación de la existencia de elementos de corroboración periféricos.

En suma, y dejando en claro, como ya expresara, que **el relato de la víctima, debe ser el eje central de análisis**, tal como lo he destacado en numerosos precedentes, y **ser corroborado periféricamente** a través de diversos elementos –lo que en el caso de autos, no ha ocurrido–, las omisiones valoratorias apuntadas en el caso en tratamiento, que también importan elementos a indagar, me convencen de la necesidad de revocar la sentencia dictada.

Ello, no implica afirmar que necesariamente se imponga la absolución del acusado, sino sólo que la labor de ponderación de elementos de prueba dirimientes realizada, ostenta vicios que no permiten sustentar, válidamente, la condena impuesta.

De tal manera, entiendo haber explicitado el motivo por el que la pretensión recursiva de la defensa debe prosperar, imponiéndose la realización de un nuevo juicio que dirima la eventual intervención punible del acusado en los hechos atribuidos.

Esto **porque las complicaciones probatorias que presentan los casos de violencia de género contra la mujer o los abusos sexuales, no deben significar la abrogación de los principios básicos que informan el proceso penal**, según ha afirmado esta Sala con antelación, habiéndose resaltado que la hipótesis acusatoria debe comprobarse con **el grado de certeza** que exige la norma procesal (ver al respecto, el voto doctor Palermo en «**Arévalo**», al que adherí, remitiéndome en lo pertinente a la posición que he mantenido en anteriores pronunciamientos, entre ellos, «**Villegas**», «**Álvarez Vega**», «**Donoso**»).

Resta decir que el vicio precedentemente desarrollado, por su envergadura, torna abstracto el tratamiento del resto de los agravios esgrimidos, encontrándose centrada en el mismo la solución.

Por último, en relación a la fundamentación oral de la sentencia aquí cuestionada, entiendo oportuno remitirme a las consideraciones que he realizado en diversos precedentes, en particular en “**Robledo Vergara**” y “**Ramírez Alcalde**”.

De tal manera que estimo, que la exposición concisa de los fundamentos de una resolución efectuada oralmente, no constituye causal de nulidad. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de Antonio Maimone Zabala.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

9- ECHENIQUE CIPRIANO. 18-04-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230418_FcEC.pdf

Lex: Art. 119, 2° en fc. con el 4° párrafo apartado b) y f); art. 55; art. 119, 3° párrafo en fc. con el 4° apartado b) y f); art. 42; art. 54; art. 125, 1° y 3° párrafo del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Tentativa. Convivencia. Encargado de la guarda. Promoción a la corrupción. Contextos familiares. Determinación cronológica. Cultura patriarcal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años, y por la calidad de guardador en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años y por la calidad de guardador en grado de tentativa, todo en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la convivencia preexistente con la víctima y por la calidad de guardador. (art. 119, 2° en fc. con el 4° párrafo apartado b) y f); art. 55; art. 119, 3° párrafo en fc. con el 4° apartado b) y f); art. 42; art. 54; art. 125, 1° y 3° párrafo del CP). El SP fue abusado desde los 10 hasta los 14 años.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2069, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género.

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf

Valoración del testimonio. Cámara Gesell

- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

Abusos en contextos familiares. Mayor vulnerabilidad. Asimetría de roles, de edad, de poder.

- Oliva. 28-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf (SP sobrina)
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Merlo Donaire. 08-20-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf (SP hija)
- Vargas Riquelme. 02-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcVRR.pdf
- Olmedo Arrieta. 12-09-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220912_FcOAE.pdf (SP nieta de la pareja del SA)
- Lorente, Luis Alberto
- Ficara

b-CIDH

- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Caso Espinoza vs. Perú. 20-11-14
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Precedentes relacionados.

- Olivera Castillo. 14-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221214_FcOCE.pdf
- González Rodríguez. 02-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGRJA.pdf
- González. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGonzalez.pdf
- Ramírez Terán. 30-12-9: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Doctrina citada

ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica).

E. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA Y C. GUERRAECHEVARRÍA. Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores. En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), *Manual de Victimología*, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CIDH. (2011). Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 17

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

Fallo:

CUIJ: 13-06876031-8/1((018601-152412)). F C/ ECHENIQUE CIPRIANO P/ ABUSO SEXUAL (152412/17) (152412) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106124904*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06876031-8/1 caratulada "F. c/ ECHENIQUE, CIPRIANO P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa del acusado Cipriano Echenique interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2069 y sus fundamentos dictada por el Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en cuanto lo condena a la pena de doce años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años, y por la calidad de guardador en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años y por la calidad de guardador en grado de tentativa, todo en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la convivencia preexistente con la víctima y por la calidad de guardador que se le atribuyen en los autos n° P-152412/17 (art. 29 inc. 3°; art. 12; art. 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado b) y f); art. 55; art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto apartado b) y f); art. 42; art. 54; art. 125 primer y tercer párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada, en lo que aquí interesa, tuvo por probado que «*para fecha no precisada pero entre el mes de diciembre de 2016 y febrero de 2017 aproximadamente, en la cocina-comedor del domicilio sito en Guaymallén Mendoza, Cipriano Echenique, en oportunidad de encontrarse al cuidado de la menor LASH de 14 años de edad, durante su estadía en dicho domicilio donde se encontraba de visita, por ser pariente por línea materna; ingresó a la habitación donde se encontraba L., la tomó por la fuerza del brazo y la llevó al comedor de la casa, donde la obligó a ver una filmación de personas manteniendo relaciones sexuales, manifestándole que si veía eso iba a aprehender. Acto seguido L. se levantó y se dirigió a la cocina lugar en el cual el Sr. Echenique la abrazó por detrás y le dijo al oído que le hacía lo mismo a las amigas de su hija, que no tuviera miedo, que después se iba a terminar enamorando, le tapó la boca, le pidió que se quedara tranquila, y que no gritara porque la iba a matar y obligó a L. a sentarse en una silla, se sentó junto a la misma y le manifestó que un día su hija y una amiga iban a bailar y que él las agarró y que a ellas les había gustado. Acto seguido el Sr. Echenique rompe con sus manos la costura de la entrepierna de la calza de L., mientras ésta lloraba y llamaba a su madre, terminando de quitarle toda la*

ropa que vestía, siendo esta una calza y una remera negra con una libélula, le abrió las piernas, se arrodilló frente a la misma y nuevamente le manifestó que a las amigas de su hija le hacía lo mismo y a ellas les gustaba y que a ella le iba a gustar, la tomó de los brazos y comenzó a pasar su lengua por el cuerpo de la niña, mordiéndola en la vagina. Habiéndose quitado su ropa el Sr. Echenique y estando la víctima de pie, éste la tomó por detrás, con una de sus manos, colocó la cabeza de L. sobre una mesa, mientras sostenía sus hombros con la otra mano e intentó penetrarla vía anal, no logrando su cometido en virtud de que L. le mordió la mano derecha con la que éste sostenía sus hombros» (registro audiovisual de fecha 22 de marzo de 2022, a partir del minuto 05:14; registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, video IV, a partir de minuto 00:39).

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los principales elementos de prueba, el relato de la víctima en Cámara Gesell y las declaraciones testimoniales recibidas en la audiencia (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, video IV, a partir del minuto 00:18).

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de Echenique plantea recurso de casación e invoca los dos supuestos establecidos en el art. 474 del CPP, con fundamento en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Casal» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en fallos 60/1985; 47/1986; 123/1986, entre otros.

Refiere que no se observaron las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios decisivos, y por tanto, la motivación de la sentencia es aparente o insuficiente (arts. 155 y 416 inc. 4° del CPP).

Esgrime que el juez de la instancia previa realizó un análisis incompleto y parcial de la principal prueba de cargo que es el testimonio de la denunciante en Cámara Gesell, sin apoyo en ningún criterio de valoración del testimonio y pericias sobre su credibilidad. Expone que el juez refirió que en Cámara Gesell «*se nota*» el estado de la víctima, que el relato es «*coherente, sufrido*», que se aprecia «*angustia grande que hacía que ese relato sea veraz, no cabe duda que no mentía*», «*dolor profundo*», entre otras **apreciaciones valorativas desprovistas de fundamentos**.

Cuestiona la falta de valoración de elementos de prueba acompañados por la defensa, tales como fotografías de los días posteriores a los hechos investigados y testimoniales de descargo.

Se agravia porque el juzgador citó las causas P-31.341 y P-31.304/22, iniciadas durante el curso del debate y se encuentran en etapa de instrucción, cuyas denunciadas son P.M. y L.M., para afirmar que dichas causas «*valen como declaraciones testimoniales de sobrinas del imputado*», sin el contralor adecuado.

Señala que el sentenciante sin sustento científico hizo referencia a un perfil retorcido del acusado que no surge de las pericias oficiales ni de parte, y que «*evidentemente su problema psicológico respecto de la situación sexual estaba evidentemente alterado*», a pesar que los peritos no realizaron afirmación similar.

Crítica la afirmación del sentenciante cuando expuso: «*el Lic. Izura reconoce la existencia del hecho y la misma sensación que tuvo el Lic. fue la misma que tuvo al momento de ver [la Cámara Gesell] que la credibilidad es absoluta*», porque el Lic. Izura expuso en la audiencia que no se trataba de creer o no sino de buscar **elementos de credibilidad**.

Esgrime que no se expusieron en la sentencia los criterios de valoración conforme estándares en este tipo de delitos, y en relación con la psicóloga de parte, Lic. Arruti, que no valoró la declaración científica relativa a los criterios de credibilidad del testimonio.

También cuestiona la afirmación del juzgador cuando expuso «*que la denuncia no es ganancial, lo que*

quería ella era salir del agobio que le producía la relación con Echenique», por entender que es absolutamente subjetiva.

En cuanto a la determinación del monto de la pena lo cuestiona por arbitrariedad al solo argumentarse que la actuación corruptora altera la vida de la víctima, sin considerar la edad avanzada, carencia de antecedentes penales y condiciones en que el acusado cumple su privación de libertad.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General opina que si bien formalmente el recurso de casación es procedente, corresponde rechazarlo sustancialmente y confirmar la validez de la sentencia impugnada.

En tal sentido expone que el juez dictó sentencia luego de cerrado el debate –como establece el art. 439 *quater* del CPP– y efectuó una eficaz fundamentación basada en el análisis de pruebas recibidas en el debate, a diferencia del defensor que fragmenta frases referidas por el juez en sus argumentaciones, sin tener en cuenta que explicó sus fundamentos en un lenguaje claro para ser comprendido por las partes intervinientes en el juicio.

Relacionado con ello, señala que el sentenciante enumeró las pruebas que sostenían su decisión. En este sentido, hizo referencia a la Cámara Gesell de la menor víctima y la impresión que su relato le había causado y destacó la coherencia, veracidad, angustia y ausencia de ganancialidad, en coincidencia con lo observado y declarado por los peritos intervinientes, para apoyar la credibilidad de su testimonio sobre hechos que ocurrieron en la clandestinidad.

Agrega que el juez evaluó el comportamiento de Echenique, las declaraciones de la madre de la menor y la pericia realizada al acusado que recomendaba que no tuviera contacto con menores de edad.

En cuanto al agravio relativo a la arbitrariedad de la pena expresa que el recurrente realiza una referencia muy escueta, sin enumerar ni especificar cuáles serían los elementos que el juzgador no tuvo en cuenta para determinarla y que podrían beneficiar a su asistido a la luz de los hechos perpetrados por él mismo y por los que fue condenado.

Afirma que la pena impuesta es ajustada a derecho en cuanto al tipo y monto por encontrarse comprendida dentro de la escala penal establecida para los delitos atribuidos, por lo que las argumentaciones defensivas denotan discrepancia en un intento vano de beneficiar a su asistido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa técnica de Cipriano Echenique, anticipo opinión en el sentido que no puede admitirse sustancialmente, en razón que en la sentencia cuestionada se observaron las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración de las pruebas recibidas en la audiencia, y por tanto, contiene motivación suficiente que la valida como acto jurisdiccional. Paso a exponer las argumentaciones en que apoyo mi decisión.

a.- En primer lugar, el sentenciante ponderó el **relato de la menor víctima** que surgió de la entrevista realizada en Cámara Gesell. Al respecto expuso que observó que *«no menos de siete veces, sacó pañuelo para secarse las lágrimas, unos pañuelos descartables que habían en la mesa, su relato fue bastante coherente, muy sufrido, muy dolido, se notaba una angustia muy grande que hacía que ese relato sea veraz [...] no había duda que el relato no era mentira, no mentía, no falseaba los hechos, nada, sino que fue un*

relato doloroso, coherente» (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir del minuto 03:03 hasta 03:46).

De la compulsión del registro audiovisual de la entrevista en Cámara Gesell realizada en fecha 7 de febrero de 2020, se advierte con claridad que el relato de los hechos de abusos sexuales de L.A.S.H. estuvo atravesado por el llanto y la angustia, a tal punto que la y el profesional del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual –**EDeAAS**– tuvieron que realizar pausas durante la entrevista. Así, el Lic. Azura le ofreció salir un rato, le dieron un vaso de agua e intervino la asesora después que la joven dijo: «*me quiero ir, no quiero estar acá [...] no quiero volver más a estas cosas*» (ver registro de fecha 7 de febrero de 2020, a partir del minuto 21:25). La segunda ocasión en que L.A.S.H. manifestó su deseo de retirarse fue en el minuto 30:52 de la entrevista, momentos en que también se la interrogó sobre detalles de la modalidad en que ocurrieron los hechos de abusos sexuales por parte de Echenique.

Manifestó que cuando tenía diez años fue de vacaciones con su madre y hermanos a la casa del acusado en San Martín de Los Andes –provincia de Neuquén–, su madre iba al casino y a bailar con su tía y la dejaba al cuidado de Echenique. Relató que en una ocasión cuando dormía el acusado le pidió que bajara de la habitación –que estaba en el piso de arriba– para ver una película con él, era de personas que tenían relaciones sexuales, la abrazaba y le hablaba al oído, le tocó la pierna, le dio miedo y quiso irse pero no aquél la dejaba, hasta que de tanto llorar y gritar logró salir del lugar. Expresó que llamó a su mamá con el celular que le había dejado y le pidió que regresara porque tenía miedo por un ruido que había escuchado, su tía tomó el celular de su madre y le dijo que «*dejara de joder*» porque no iban a volver por ella, no durmió durante toda la noche hasta que regresó su madre. Expuso que cuando fue al columpio con sus hermanos –ubicado en un patio de la vivienda– y ellos se retiraron del lugar, vino el acusado, le dio miedo y comenzó a llorar, llamó a su mamá y cuando llegó y vio que saludó a Echenique le dijo que se había caído.

Además, L.A.S.H. relató en la entrevista referida que vio a Echenique que le dio un beso en la boca a su madre en el almuerzo y que a ella también la besaba en la boca (ver registro audiovisual de fecha 7 de febrero de 2020, a partir del minuto 14:05). Expuso que al año siguiente Echenique vino de vacaciones a Mendoza y paró en la casa de su madre donde ella vivía. Relató que no quería que viniera. En una oportunidad, su madre fue al casino con la esposa de Echenique y la dejó al cuidado de él y sin celular para comunicarse. Manifestó que el acusado fue a buscarla a la habitación donde dormía y la llevó de un brazo a ver películas de personas teniendo relaciones sexuales, le dijo que las viera para poder aprehender. Ella tenía miedo, el acusado la abrazó y le dijo cosas al oído, le decía que le hacía lo mismo a amigas de su hija y les gustaba y que a ella iba a terminar por gustarle y se enamoraría. L.A.S.H. no entendía nada, el acusado le sacó la ropa en la cocina de su casa, tenía una calza y una remera negra con una libélula, le rompió la costura de la entrepierna de la calza antes de sacársela, le tapó la boca y le dijo que no gritara. Ella lloraba y llamaba a su mamá, la sentó en una silla y le decía que estuviera tranquila y que no gritara porque la iba a matar si gritaba. No sabía qué quería hacer, no entendía nada, él se sacó su ropa, le tapaba la boca, le abrió las piernas, se arrodilló y le pasó la lengua por el cuerpo, la mordió «*allá abajo*», quería penetrarla y ella le mordió muy fuerte la mano derecha (ver registro citado, a partir del minuto 26:46). Relató que después que le mordió muy fuerte la mano, pudo ir a la habitación, el acusado fue detrás de ella y vio que se limpiaba con una servilleta, le dejó una carta donde le decía que la iba a extrañar y esperaba volver a verla, y su madre le pidió que la guardara como un recuerdo de él. Expuso que antes que pasara todo eso Echenique le preguntó si había estado con otro hombre, y que cuando su hermano Santino se despertó y la vio llorando, no le dijo nada porque era muy pequeño (ver registro citado, a partir

del minuto 37:25).

En respuesta a preguntas realizadas durante la entrevista, L.A.S.H. relató que cuando la sentó en la silla, la sujetaba de los hombros y la tiraba para atrás y le daba besos, después la puso con la cabeza sobre la mesa, la sujetaba con una mano en la cabeza y con la otra en los hombros para penetrarla y ella le mordió muy fuerte la mano (ver registro de fecha 7 de febrero de 2020, a partir del minuto 56:00).

De acuerdo a lo relatado por L.A.S.H. en la entrevista mencionada, advierto que el juez de la instancia anterior valoró la credibilidad de su testimonio conforme los hechos manifestados, gestos y estado emocional de la misma que surgió con claridad del registro citado. Además, la declaración de L.A.S.H. fue meritada en la sentencia junto con otras pruebas relevantes recibidas en la audiencia, a las que haré referencia seguidamente.

En efecto, el juzgador sostuvo que el Lic. Izura –profesional del EDeAAS– informó y declaró sobre la credibilidad del relato de L.A.S.H., y que al ponderar su declaración en Cámara Gesell tuvo *«la misma impresión que tuvo el Lic. del EDeAAS, el Lic. Izura [...] esa misma sensación fue la que pude observar al ver el video [...] el dolor es un dolor profundo, no era nada exagerado, era realmente lo que sentía la menor»* (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir del minuto 03:46). Agregó que la denuncia no fue ganancial ni interesada e hizo referencia a las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los hechos, en el domicilio donde vivía la menor con su progenitora cuando hospedó al acusado y la dejó a su cuidado mientras acompañó a la pareja de Echenique por la noche al casino. Afirmó que el acusado le mostró videos pornográficos, le realizó tocamientos en el cuerpo, le rompió la calza que vestía y le mordió la vagina, e intentó penetrarla analmente sin lograrlo porque la menor le mordió la mano y pudo escapar de la cocina donde ocurrieron los actos de abusos sexuales (registro citado, a partir del minuto 12:06).

De los segmentos citados de la sentencia, advierto que el juez de la instancia anterior meritó los indicadores específicos e inespecíficos de abuso sexual explicados por el Lic. Izura en la audiencia, tales como el relato de LASH –indicador específico– y síntomas de angustia profunda, vergüenza, dolor, llanto espontáneo, desgano, desconfianza, miedo, conductas disruptivas, aislamiento –entre otros indicadores inespecíficos–.

Así pues, el Lic. Francisco Izura declaró en la audiencia que intervino en la entrevista preliminar, en la realizada en **Cámara Gesell, en la post-Gesell y en el informe final del EDeAAS**. Refirió acerca de las técnicas utilizadas, en relación con la **credibilidad del relato de la menor** que fue acompañado de síntomas que demostraron el carácter traumático del impacto de los abusos sexuales en su corporalidad, psiquismo y emociones, y del enlazamiento entre los **indicadores específicos e inespecíficos** detectados en la situación que sufrió L.A.S.H.. Destacó en el impacto que tuvieron los actos de abuso sexual en L.A.S.H., a tal punto que tuvieron que interrumpir en dos oportunidades la entrevista en Cámara Gesell porque aquella no podía continuar con la misma. También expuso el profesional que en abusos sexuales perpetrados por familiares, la *vergüenza*, la *angustia* y la *disociación* se presentan como forma de preservación y encapsulamiento en niños y niñas en situaciones de extrema vulnerabilidad como el caso de L.A.S.H., donde mediaron amenazas y secreto por parte del agresor. Destacó que fue descreída por su progenitora por el vínculo que ésta mantenía con el acusado, hasta el develamiento tardío cuando a pedido de L.A.S.H. fue a vivir con su progenitor y pudo hablar de los actos de abusos sexuales a partir de alguna indagación de aquél y la denuncia que realizó en contra de Echenique (ver registro audiovisual de

fecha 25 de marzo, a partir del minuto 04:30).

Al respecto, cabe destacar también, que el Lic. Izura declaró que no detectó indicadores de influencia, sino que por el contrario, fue muy costoso para L.A.S.H. atravesar el proceso de entrevistas en el EDeAAS y hablar de los hechos en el ámbito familiar, toda vez que el develamiento se produjo cuatro años después, ya que su progenitora descreyó hasta después de la denuncia efectuada por su progenitor. Manifestó el profesional mencionado: «*el costo de haberlo contado es altísimo*» (ver registro audiovisual de fecha 25 de marzo de 2022, a partir de minuto 37:20).

Aunado a ello y a preguntas de la defensa, el Lic. Izura explicó en la audiencia que el relato de L.A.S.H. tenía una *estructura lógica y coherente* conforme la edad en que ocurrieron los hechos de abuso sexual y el develamiento tardío, y en cuanto a referencias específicas del relato mencionó los tocamientos, el sexo oral, el intento de penetración cuando el agresor la puso sobre la mesa, la calza rota, la mordedura de la vulva, las amenazas, el secreto. Agregó que el *correlato afectivo* surgió porque hubieron situaciones traumáticas, tales como la angustia, el miedo, la vergüenza (ver registro audiovisual de fecha 25 de marzo de 2022, a partir del minuto 41:47).

Además, el juez de la instancia anterior valoró las declaraciones de la Lic. Gisela Arruti y de la Lic. María Florencia Sánchez, en cuanto a la credibilidad del relato de L.A.S.H. Por un lado, la Lic. Gisela Arruti –perito de parte– en la audiencia manifestó que el relato estuvo invadido de mucha angustia y conmoción y que los criterios de credibilidad sobre el relato de abuso sexual que recordaba eran la *coherencia, detalles del hecho y falta de simulación*, y que había elaborado un informe que según expresó la representante del Ministerio Público Fiscal no fue incorporado a la causa (ver registro audiovisual de fecha 7 de abril de 2022, video I, a partir del minuto 01:40).

En relación con la declaración de la Lic. Arruti cuando expuso que había observado algunas confusiones en la menor en cuanto a fechas y parentesco del acusado, el juez argumentó que fue durante la audiencia que se aclaró el parentesco entre Echenique y L.A.S.H., quien le decía «tío» pero en realidad era primo hermano del abuelo, parentesco que no resultó claro al comienzo del debate, por lo que entendió el juez que era lógico inferir que a la niña le costara saber cuál era el grado de parentesco con el acusado. En cuanto a la precisión de las fechas de los hechos, el sentenciante señaló que la niña fue abusada a los **diez años y después a los catorce años**, por lo que era probable que no tuviera precisión en las fechas (ver registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir del minuto 16:34).

Por otro lado, la Lic. Sánchez –psicóloga que atendió a L.A.S.H. a través de la obra social del Centro de Empleados de Comercio– declaró que la menor fue con su progenitor derivada del órgano administrativo local –O.A.L.– por antecedente de abuso sexual, asistió durante dos o tres meses a consultas porque no quería vivir más con su progenitora, tenía mucha angustia. L.A.S.H. le expuso que un tío de su madre la había tocado, que había sido abusada, que no recibió ayuda de su progenitora y que no quería hablar de eso por el momento, que tenía pesadillas y terrores nocturnos. Aclaró la profesional que no tenía especialización en abusos sexuales, que utilizó técnicas de acompañamiento y que era muy probable que las crisis de ansiedad, la angustia profunda y los terrores nocturnos que detectó en L.A.S.H. fueran indicadores de abuso sexual (registro audiovisual de fecha 7 de abril de 2022, a partir de minuto 01:48).

De modo entonces que los cuestionamientos defensivos relativos a la valoración de la credibilidad del relato de L.A.S.H. no pueden prosperar, en razón que en la sentencia se valoraron las pruebas testimoniales referidas dentro de la sana crítica racional y estándares de perspectiva de género y medidas de protección

de niñas en situaciones de violencias sexuales, aunque expresamente no se hayan explicitados estos últimos.

Abusos sexuales en contextos familiares

Al respecto, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia en los casos «**Oliva**», «**Gómez Ayala**», «**Ficara**», «**Paz Parra**» –entre otros– destacó las **condiciones de vulnerabilidades** en que se encuentran niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales en contextos familiares. Ello, por la vinculación afectiva con el denunciado que existe en muchos casos, la frecuente falta de testigos presenciales y la dificultad probatoria. Asimismo, las relaciones desiguales de poder por la asimetría etaria, los roles y capacidad de manipulación del autor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, la imposición de mantener en secreto los abusos sexuales, entre otras circunstancias.

Determinación cronológica.

De igual manera, en el caso «**Merlo Donaire**» he adherido a la jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que en violencias sexuales, *«las exigencias para la determinación cronológica de los hechos deben ser menos estrictas, considerando el perfil psicológico del[a] menor, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (“Lorente, Luis Alberto”)»*.

Discriminación estructural. Cultura patriarcal.

También en el precedente citado y en el caso «**Vargas Riquelme**», he señalado dos premisas fundamentales en materia de violencias sexuales contra niñas y mujeres. En primer lugar, estas violencias contra niñas y mujeres son manifestaciones de una cultura patriarcal que fomenta el control sobre los cuerpos y sexualidades de las mujeres. En segundo lugar, los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproducen y fomentan las violencias sexuales (*cfr.* CIDH. (2011). Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 17).

Estándares específicos de protección aplicables en proceso penal a NNA.

Ligado a lo anterior, he afirmado en «**Vargas Riquelme**» y «**Olmedo Arrieta**», que desde una perspectiva de género es aplicable la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, ocasión en que se pronunció acerca de **estándares específicos de protección** aplicables en el proceso penal a **niñas víctimas de violencias sexuales en contexto familiar**. Al respecto sostuvo que *«[...] sin perjuicio de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual»* (párr. 155). También afirmó en relación a las medidas estatales especiales de protección, que *«se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar»* (párr. 156 del citado precedente de la Corte IDH).

En los fallos antes aludidos también hice referencia a aportes doctrinarios relativos al momento del develamiento de los hechos de abusos sexuales en menores de edad, aplicables en el caso para un mayor entendimiento de la situación de L.A.S.H. según las pruebas citadas. De ahí que al analizar el relato de víctimas de abusos sexuales hay que considerar **el silencio** para comprender la capacidad discursiva de la **víctima y el momento de su develamiento**, como también, que entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza, el riesgo por el estado de vulnerabilidad y la ausencia o debilidad de redes familiares e institucionales (Ulf Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica). Pues, los abusos sexuales perpetrados en contextos familiares tienden a mantenerse en secreto y suelen salir a la luz de una forma accidental cuando la víctima *puede* revelar lo sucedido, en muchas ocasiones bastante tiempo después de ocurrido (meses o años) de los primeros sucesos, como se demostró que ocurrió en la situación de L.A.S.H. (E. Echeburúa Odriozola y C. Guerraechevarría. Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores. En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), *Manual de Victimología*, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch).

Unido a lo anterior, el sentenciante meritó la declaración de Natali González –progenitora de la menor–, quien en coincidencia con el relato de L.A.S.H., enfatizó que al principio no le creía lo sucedido porque Echenique era una persona conocida, una persona allegada y no podía creer que lo que estaba diciendo su hija fuera verdad. Expuso, en este sentido, el juez que L.A.S.H. «*sintió la frustración de que su madre no le creyó en un principio y luego con el avance del tiempo, sí, le creyó totalmente*» (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir de minuto 04:40 a minuto 05:09).

b.- En cuanto a antecedentes de hechos de violencias anteriores relatados por la L.A.S.H. a los denunciados en la presente causa, el juzgador afirmó que cuando tenía diez años en San Martín de Los Andes el acusado intentó besarla. L.A.S.H. tenía un celular que le había dejado su progenitora y la llamó –hecho que no fue juzgado en este juicio porque ocurrió en otra provincia–, aunque el juez lo consideró como «*antecedente, como algo más, porque este tipo de delitos son realizados en la clandestinidad, no es en presencia de personas, por lo que hay que buscar ciertos elementos que ayuden a descubrir la verdad real de lo ocurrido, en este caso fue un elemento más a tener en cuenta, como así también lo fueron los expedientes P-31.342/22 y P-31,304/22, en los que [G.M y L.M.] denunciaron que el imputado había abusado de ellas cuando eran menores, y si bien estos expedientes están en sus inicios, valen como declaraciones testimoniales de estas dos hermanas que eran sobrinas del imputado*» (ver registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir de minuto 05:10 hasta 07.33).

En relación con los segmentos de la sentencia referidos caben las siguientes consideraciones. Por una parte, Natali González –progenitora de v– declaró en la audiencia que Echenique era primo hermano de su progenitor, le tenía cariño, porque su padre viajaba a su casa y ella lo quería como a un padre, tenía un rango militar y era muy conocido. Manifestó que iba con sus hijos de vacaciones a la casa de Echenique en San Martín de Los Andes, y a su vez, éste y su pareja se hospedaban en su casa cuando venían a Mendoza. Expuso que la última vez se estuvo un mes en su casa, el día viernes por la noche acompañó a la pareja de Echenique –de nombre Mary– al casino porque quería ir y el acusado quedó al cuidado de su hija L.A.S.H. y de su otro hijo menor de edad, oportunidad en que dejó a su hija en la habitación durmiendo, y cuando regresó le llamó la atención que estaba en el comedor muy nerviosa y al preguntarle el motivo no le respondió nada. Agregó que su hija después de esta situación comenzó a no estar bien con ella y en el colegio, y que quiso ir a vivir con su padre. A preguntas de la fiscalía, la testigo respondió que después de

la denuncia no quiso ver más a Echenique, y que dos hijas mayores de edad de la hermana del acusado la contactaron por Facebook para comentarle que habían pasado por una situación igual a la de su hija, que Echenique les había hecho lo mismo y que cuando se lo comentaron a su madre, ésta las golpeó por haber dicho esas cosas de Echenique quien, para su madre, era una persona ejemplar. Aclaró la testigo que estas mujeres se llamaban P. y G. y que viven en Mendoza, en cuya casa se hospedó también el acusado. Expresó que supo de los hechos de abusos de su hija cuando la llamó el padre de L.A.S.H. para decirle que haría la denuncia, ocasión en que estaba en el trabajo y entró en shock, ya que su hija nunca mentiría en una cosa así. Declaró que entonces recordó el momento cuando vio a su hija nerviosa en el comedor el día que estuvo al cuidado del acusado mientras ella salió de paseo, como también, que le llamó la atención que cuando estuvo de vacaciones en casa de Echenique en San Martín de Los Andes, su hija –que también quedó a su cuidado– la llamó desesperada a la hora de haber salido con la pareja de aquél, y al volver la encontró en la habitación en cuclillas agarrándose las piernas y le decía que tenía miedo, ocasión en que el acusado vino detrás de ella y le dijo que la niña tenía miedo porque unas ramas tocaban la ventana, pero después L.A.S.H. le dijo que aquél le había querido dar un beso. También manifestó la testigo que le llamó la atención que Echenique no podía ver a dos de sus sobrinas. Agregó que apoyó a su hija después de la denuncia y la acompañó durante el proceso en Cámara Gesell (ver registro audiovisual de fecha 22 de marzo a partir del minuto 13:52).

Cabe señalar también que el Lic. Izura en la audiencia declaró que L.A.S.H. relató en la entrevista de Cámara Gesell una serie de hechos en relación a Echenique sobre tres encuentros, a los siete años donde se manifestó cariñoso con ella en San Martín de Los Andes, cuando estuvo de vacaciones en su casa, a los 10 años cuando quedó sola al cuidado del acusado en **San Martín de Los Andes** en que le expuso pornografía y le tocó la pierna seguido de amenazas y secreto, y un tercer encuentro en Mendoza, a los doce años donde repite la exposición a pornografía con intento de penetración con sexo oral en la cocina de la casa donde estaba hospedado (ver registro audiovisual de fecha 25 de marzo de 2022, a partir de minuto 04:30).

Clandestinidad.

Relacionado con lo que antecede, cabe destacar que la incorporación de los expedientes P-31.342/22 y P-31.304/22 en calidad de AEV en la audiencia fue a solicitud de la representante del Ministerio Público Fiscal de conformidad con lo previsto en el art. 403 del CPP, en razón que las sobrinas del acusado realizaron denuncias en su contra por abusos sexuales. La defensa se opuso y la fiscal aclaró que eran antecedentes para la hipótesis del Ministerio Público Fiscal y porque eran hechos ocurridos dentro del mismo ámbito familiar. Aclaró el juez que, si bien la menor hizo referencia a unas amigas y no sabía quiénes eran a las que le refirió el acusado, en esta audiencia se aclaró que fueron las sobrinas de Echenique. Así, hizo lugar a la petición fiscal como hechos nuevos vinculados al mismo tipo de delitos con fundamento en que es muy difícil su probanza porque se cometen en **clandestinidad del contexto familiar**, y solicitó su incorporación a la brevedad para que la defensa pudiera compulsarlos debidamente (ver registro audiovisual de fecha 7 de abril de 2022, a partir del minuto 02:35 hasta 08:58).

Téngase presente que en situaciones de violencias sexuales contra mujeres, la Corte IDH ha enfatizado que por el tipo de agresión y contextos sin testigos, por la «[...] *naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, y por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho*» (**Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, párr. 100**). La Corte IDH afirma también, que por tratarse la violencia sexual de un momento traumático, *su impacto*

puede derivar en imprecisiones al rememorárselo, lo que no significa que los hechos sean falsos o carezcan de veracidad (Caso Espinoza vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 150), (ver, al respecto, «Vargas Riquelme»).

Asimismo, en el **caso «Hisa»** hice referencia a estándares convencionales y legales aplicables en investigaciones y juzgamientos de mujeres en situaciones de violencias por razones de género, entre los cuales mencioné el *estándar de amplitud probatoria* –incorporado en el art. 16 de la ley 26.485– para la demostración de hechos de violencias contra mujeres *«teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos»*, en tanto el art. 31 conmina a operadores y operadoras judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver **también «Galdeano Reyes, «Acuña»**, entre otros).

De consiguiente, entiendo que la ponderación de las denuncias efectuadas en los expedientes aludidos e iniciados durante el debate de la presente causa son elementos que fueron puestos a disposición de la defensa, y considerados en forma integrada con el resto de las probanzas meritadas en la sentencia porque las denuncias fueron realizadas por dos sobrinas de Echenique por hechos de abuso sexual en el mismo contexto familiar.

Ahora bien, si se excluyen del razonamiento sobre la prueba los expedientes referidos que se encuentran en etapa de investigación, considero que la sentencia no adolece de falta de motivación porque se sustentó en suficientes pruebas de cargo que demostraron la responsabilidad penal del acusado en los delitos atribuidos en la presente causa, según lo expresado hasta el momento y las argumentaciones que a continuación paso a exponer.

En forma integrada con las pruebas antes mencionadas, el juez de la instancia anterior valoró el testimonio de Diego Agustín Sosa –progenitor de L.A.S.H.– quien realizó la denuncia contra Echenique. Expuso que el testigo refirió que cuando estaba en el trabajo, su pareja lo llamó porque su hija lloraba y le pidió que volviera a su domicilio y cuando regresó y habló con ella, le contó lo que había ocurrido con Echenique. Entonces se dirigió a hacer la denuncia y llamó a la madre de la menor. En su declaración en el debate agregó que su hija pidió ir a vivir con él, que el día de la denuncia le había llamado la atención por algo ajeno al hecho y su hija rompió en llanto y se encerró en el baño, su pareja lo llamó al trabajo, volvió y encontró a su hija llorando y se sintió mal pensando que él había estado mal. Manifestó que L.A.S.H. en medio del llanto le comentó lo que había vivido con Echenique, el testigo dijo que no lo podía creer, que inmediatamente llamó al 911 y a la madre de la niña, que su hija tenía espasmos y lloraba mucho, que le dijo que le manoseó los pechos, que pasó en su casa –en el comedor– y entonces Sosa recordó que le había dicho que tenía miedo cuando iba de vacaciones con su madre a casa del acusado. Agregó que Echenique era primo de su ex suegro y que no le caía bien porque era el tío que tocaba el cachete o una pierna, y que en una ocasión que fue a buscar a su hija y el acusado estaba parando en casa de su ex pareja, le dio un abrazo y le dijo que era un buen padre y su hija salió con la cabeza agachada, sorprendiéndole esta actitud y pensó que la habían retado. Expuso el testigo que su hija *«se sentía observada siempre que iban de vacaciones a la casa de este hombre, y yo me sentí muy mal en querer preguntarle a mi hija, en llegar a punto que me dijera esto o aquello porque no lo iba a soportar, y preferí que el equipo que tiene la justicia lo hiciera, y ella cada vez que se acuerda es llanto»* (registro audiovisual de fecha 22 de marzo, a partir del minuto 41:05).

Conforme lo expuesto hasta el momento, considero que la credibilidad del testimonio de L.A.S.H. fue validado en la sentencia con la entrevista en Cámara Gesell, el informe y declaración del Lic. Izura, declaraciones de las licenciadas Arruti y Sánchez y testimoniales de César Agustín Sosa y Natali González.

c- Ahora bien, en cuanto a los abusos de Echenique a L.A.S.H., y a las denuncias de las sobrinas, el sentenciante argumentó acerca de un perfil «retorcido» del acusado, porque hacía chistes y siempre era una persona graciosa que se valió de esa forma de comunicarse para avanzar sobre la sexualidad de las mujeres (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir del minuto 07:34 hasta minuto 08:30).

Al respecto, debe señalarse que según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), «*retorcido*» significa «*de intención sinuosa*», y sinuosa refiere, en su segunda acepción, a «*que trata de ocultar el propósito o fin a que se dirige*» (ver <https://dle.rae.es/>).

Por su parte la Dra. Gómez –psiquiatra del Cuerpo Médico Forense– declaró en la audiencia que realizó el examen clínico a Echenique. A preguntas de la Fiscalía respondió que quien comete un abuso sexual no tiene necesariamente que presentar trastorno de la esfera de la sexualidad, que ello es muy excepcional y que no descartaba la veracidad del hecho investigado porque se relacionaba con los rasgos de la personalidad del examinado. A preguntas de la defensa, la profesional respondió que a la edad del acusado –75 años– no podía presentar un trastorno de los frenos inhibitorios y que Echenique tenía juicio crítico conservado y que no presentó ninguna demencia o la enfermedad de Alzheimer, y enfatizó que de haberlo observado lo hubiera informado. Asimismo, en la audiencia la Fiscalía leyó el informe elaborado por la Dra. Gómez en cuanto señaló que el acusado intentaba mostrar una imagen de sí mismo favorable, con baja autocrítica, baja reflexión y que se informó que no tuviera contacto con menores (ver registro audiovisual de fecha 7 de abril de 2022, video II, a partir del minuto 02:30).

Asimismo, en la sentencia se argumentó que el acusado le dejó una carta a L.A.S.H. en la que le decía que la quería y la iba a extrañar, lo que a criterio del juez evidenció su distorsión sexual porque antes había querido abusarla sexualmente, sin poder lograrlo porque L.A.S.H. le mordió la mano y escapó (registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, a partir del minuto 13:00).

Sentado cuanto antecede, entiendo que la Dra. Gómez informó que Echenique tenía un juicio crítico conservado y dentro de los rasgos de su personalidad tenía baja reflexión y autocrítica a la vez que mostraba una imagen favorecedora de sí mismo. Luego, el razonamiento del juzgador en cuanto afirmó que era chistoso para acercarse a las mujeres y poder llevar a cabo los hechos de abusos sexuales a L.A.S.H., no se apartó del examen ni del significado de la palabra utilizada. Por tanto, el agravio motivo de revisión tampoco puede prosperar.

d.- En cuanto a la determinación del monto de la pena la defensa cuestiona la sentencia por arbitrariedad, al solo argumentarse que la actuación corruptora del acusado alteró la vida de la víctima. Agrega que no se valoraron la edad avanzada del acusado, la carencia de antecedentes penales y las condiciones en que el acusado cumple su privación de libertad.

Al respecto, entiendo que si bien en la resolución en crisis se realizó una argumentación escueta en cuanto a la pena establecida al acusado, ella resulta suficiente en función de los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 del CP. En este orden, el planteo defensivo no expresa de qué manera las circunstancias que reseña debieron impactar en una pena menor a la impuesta por el juzgador atenuar.

Ello, más aún cuando, del registro audiovisual se desprende que hizo referencia a la marcada diferencia de

edad entre el acusado y L.A.S.H., y que de acuerdo con la escala penal correspondiente, la pena aplicada se encuentra apreciablemente más cercana al mínimo que al máximo de aquélla.

En este orden, debe señalarse que el juez de la instancia previa consideró como agravantes la naturaleza de la acción y la extensión del daño, la edad del acusado y la víctima y la calidad de las personas. Todo ello de acuerdo con las circunstancias del caso y en los supuestos correspondientes de conformidad con la intensidad manifestada en el hecho (ver, al respecto, «**Córdoba, Jorge Antonio**», «**Maldonado Quiroga**», entre otros).

Específicamente en relación con el agravio de la defensa relacionado con que la actuación corruptora del acusado alteró la vida de la víctima, debe señalarse que en la sentencia se hizo referencia a que el acto corruptor de obligar a L.A.S.H. a mirar videos pornográficos, alteró su vida en el área de la sexualidad no sólo en el momento del hecho, sino al decirle el acusado que iba a lograr disfrutar más del sexo más adelante, a futuro, porque le iba a ser más fácil tener sexo y disfrutarlo (ver registro audiovisual de fecha 22 de abril de 2022, IV video, a partir del minuto 18:59). Tal circunstancia no aparece arbitraria, sino que resulta concordante con la ponderación de la extensión del daño causado por el hecho, prevista en el art. 41, inc. 1 del CP.

De tal manera, y en razón que la pena impuesta se encuentra ajustada a la calificación legal y a la escala penal establecida para los delitos atribuidos al acusado y determinada, como se dijo, en función de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, tampoco puede admitirse el agravio de la defensa en relación con la individualización de aquélla.

e.- Por último, en cuanto a las pruebas de descargo mencionadas por la defensa, menciona en forma genérica a testimoniales y fotografías incorporadas al expediente, pero no indica qué aspectos de cuáles declaraciones serían relevantes para demostrar la falta de responsabilidad penal de su asistido en los hechos atribuidos, valoradas con el resto del material probatorio recibido en el juicio y meritado en la sentencia. Ello, porque las argumentaciones del juez de la instancia previa en la sentencia deben examinarse en forma integrada y no solo premisas aisladas, a fin de demostrar que la inclusión de pruebas de descargo que hubieran sido omitidas tornarían arbitraria a la resolución cuestionada.

En consecuencia con lo expuesto, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación planteado y la confirmación de la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala en relación con el deber de juzgar con **perspectiva de género** los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito, en relación con ello, a lo expresado en los **precedentes «Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Césare Melli», «Zurita»**, entre otros. Por su parte, en lo que respecta a las declaraciones producidas en Cámara Gesell y la valoración judicial de los diversos exámenes realizados corresponde la remisión a **«Metral Osorio»**, en lo pertinente.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Ojeda Pérez», «Merlo Lassa», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Cruz Caporiccio», «Quiroga Morales», «Vázquez Tumbarello», «Montenegro Fisigaro» entre otros, por resultar aplicable en el presente caso.

Considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

10- RINALDI OLIVARES. 19-04-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230419_FcROM.pdf

Lex: Art. 89; 119, 1° y 4° párrafo, incs. b y f y 55 del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Convivencia. Concurso real. Lesiones leves.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor del delito de lesiones leves en dos hechos en concurso real y abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona encargada de la guarda y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en dos hechos en concurso real (arts. 89; 119, primer y cuarto párrafo, incs. b y f y 55 del CP).

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

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado desde lo formal.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación desde lo sustancial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1664, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Teves Lucero
- Italiani
- Gómez Muñoz
- Barrionuevo. 7-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

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

Fallo:

CUIJ: 13-06855378-9/1((028601-9802)). F C/ RINALDI OLIVARES MATÍAS DAMIÁN, GONZALEZ JULIETA ANALIA P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (9802/21) (9802) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106105474*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06855378-9/1** caratulada **“F. c/ RINALDI OLIVARES MATÍAS DAMIÁN Y GONZÁLEZ JULIETA ANALÍA P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (9802/21) s/ CASACIÓN”**.

La defensa de Matías Damián Rinaldi Olivares interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.664, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de cinco años de prisión por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves en dos hechos independientes en concurso real y abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona encargada de la guarda y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad en dos hechos independientes en concurso real (arts. 89; 119, primer y cuarto párrafo, incs. b y f y 55 del CP) en los autos n° P-9.802/21.

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

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa tuvo por acreditado los hechos ocurridos entre fines del mes de diciembre de 2020 y el día 26 de enero de 2021, los que fueron descritos en la requisitoria fiscal en los siguientes términos: *«PRIMER HECHO: “(...) en reiteradas oportunidades en circunstancias en el que el hoy imputado Matías Damián Rinaldi, convivió junto a su pareja Julieta Analía González y los dos hijos de esta última [F.A.N.G.] y [S.J.C.M.G.], en el domicilio sito en ..., San Rafael, Mendoza, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con [F.A.N.G.] de 3 años de edad, y que el mismo se encontraba a su cuidado, Rinaldi mediando un único designio de menoscabar la integridad sexual del niño, efectuó tocamientos con su mano en el pene del mismo, provocándole: erosión en la base del glande aparentemente de índole traumático” (...). SEGUNDO HECHO: “que sin poder precisar fecha y hora exacta, (...) cuando el hoy imputado Matías Damián Rinaldi, convivió junto a su pareja Julieta Analía González y los dos hijos de esta última [F.A.N.G.] y [S.J.C.M.G.], en el domicilio sito en ...San Rafael, Mendoza, como así también en la plaza que se encuentra en el Distrito de “El Nihuil”, (en inmediaciones del lugar en donde se encuentra un puesto de venta de panchos), en reiteradas oportunidades, de manera frecuente, el hoy imputado de autos Matías Damián Rinaldi, ejerció violencia física, golpeando al niño [F.A.N.G.], con distintos objetos, tales como cinto, varillas, ramitas, y en al menos cuatro oportunidades en el último mes, a través de dichos golpes le provocó*

al niño las siguientes lesiones: hematoma en mejilla izquierda, escoriación en zona supraclavicular izquierda, escoriaciones en el párpado inferior de ambos ojos, hematoma en mejilla derecha, numerosas equimosis en nalga izquierda, equimosis en cara externa de muslo derecho, hematoma en cara externa de muslo izquierdo, escoriación subescapular izquierda, causándole un sufrimiento desmedido e innecesario».

Para así resolver el tribunal valoró, entre los principales elementos, la declaración del acusado Matías Damián Rinaldi Olivares y las declaraciones testimoniales de Victoria Ramona González Lagos, Milagros Macarena Villar González, Bautista Ezequiel González, José Luis Pérez, Lorena Beatriz Infante, Roberto Javier Gómez Reyes, Valeria Noemí Vergara Córdoba, Mariano Quaranta, Cristina Lorena Rosales López, Cristian Fabián Rosales López, Natalia Emilce Bustos Lezcano, Gabriela Tamara Pérez, Fátima Leonela Rossi, Estela Laura González Lagos, Marta Cecilia González Lagos, Karen Jaquelina Bordón y Daniel Armando Bravo, María Victoria Gazal, Mariángeles Pizarro, Patricia González, Evangelina Belén Aguilar, Marianela Paz Rivarola, Alejandra Fernández, así como la declaración en Cámara Gesell del niño S.J.C.M.G.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Matías Damián Rinaldi Olivares interpone recurso de casación contra la sentencia de condena por considerar que existen vicios de procedimiento y sustanciales.

Cuestiona que la sentencia no posee fundamento alguno que justifique la declaración de responsabilidad de su representado. Reitera que el acusado solamente residió junto a Julieta González durante cinco meses y que no es responsable por los hechos que se le atribuyen.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 7 y vta. y considera que corresponde el rechazo formal del recurso interpuesto. Ello, por no existir en el recurso de casación argumento alguno que critique específicamente la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Rinaldi Olivares, corresponde adelantar que el rechazo a la impugnación. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

De forma preliminar, advierto que el recurso impetrado por la defensa solamente afirma, a modo de agravios, que la resolución cuestionada no se encuentra fundada y, asimismo, reitera su argumento desarrollado durante los alegatos acerca de la falta de intervención de Rinaldi Olivares en los hechos por los que se lo ha condenado. La expresión de **agravios realizada resulta sumamente genérica** sin realizar críticas puntuales o advertir errores en la sentencia para su pertinente análisis en esta instancia. Además, se advierte que en el recurso se han expuesto argumentos que no se vinculan con el eje central de la discusión desarrollada en la sentencia que se cuestiona, como son las facultades de la judicatura para conceder la **suspensión del juicio a prueba** solicitada por una persona acusada. Estas son las razones por las cuales el Procurador General ha propiciado el **rechazo formal** del recurso de casación.

Ahora bien, la razón por la que estimo que corresponde el **rechazo sustancial** del recurso casatorio defensivo reside en que la sentencia de condena de Rinaldi Olivares se encuentra debidamente fundada por lo que, a diferencia de lo sostenido por la defensa, no posee falencias que habiliten a su anulación.

En la sentencia impugnada el tribunal analizó los hechos por los que acusó el Ministerio Público Fiscal a Matías Damián Rinaldi Olivares y distinguió cuáles consideraba acreditados, por los que lo condenó, y

cuáles no, por los que absolvió. En este sentido, entendió únicamente probados los hechos calificados como lesiones leves en dos hechos independientes en concurso real y como abuso sexual simple agravado por ser cometido por persona encargada de la guarda y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de dieciocho años en dos hechos independientes en concurso real perpetrados en un lapso comprendido entre fines de diciembre de 2020 y el día 26 de enero de 2021. Por su parte, absolvió al acusado de los delitos amenazas simples y abuso sexual agravado por acceso carnal y por ser cometido por persona encargada de la guarda y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de dieciocho años de edad, en la modalidad de delito continuado, en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada por ser encargado de la guarda y por mediar violencia de género.

En relación con los hechos de lesiones de los que fue víctima el niño F.A.N.G., el tribunal debidamente valoró como prueba de cargo la descripción de las lesiones del médico Quaranta quien presentó su informe y declaró al respecto durante el debate oral. De igual modo, meritó la declaración durante el juicio de Cristina Lorena Rosales López, enfermera que asistió al niño en el hospital local, quien mencionó haberle visto diversas lesiones. Asimismo, se valoró que esta declaración fue coincidente con lo referido por parte de los familiares que atestiguaron en el juicio, como son la denunciante Ramona González y, también, Milagros Macarena Villar, Bautista Ezequiel González y Patricia González.

Respecto a la cantidad de hechos de lesiones por los que fue condenado –dos en concurso rea–, el tribunal destacó las explicaciones brindadas por el médico Quaranta acerca de que por la coloración de los hematomas que presentaba el niño se podía concluir que se habían producido en un período de aproximadamente diez días anteriores al momento de examen y, en al menos, dos ocasiones.

Por su parte, en relación con la autoría, el tribunal afirmó que Rinaldi Olivares había intervenido al menos como coautor de las lesiones que presentaba el niño F.A.N.G. Ello, en tanto que el examen psicológico realizado al niño por parte de la especialista perteneciente al **EDeAAS** de Malargüe, Evangelina Belén Aguilar, puso en conocimiento que aquél presentaba signos y síntomas de violencia física y que había demostrado un claro miedo hacia el acusado y hacia su propia madre. Además, las dos abuelas de F.A.N.G. declararon que Matías Rinaldi Olivares era quien lo golpeaba, lo que también surgió de la declaración en Cámara Gesell de S.J.C.M.G. cuando mencionó que Rinaldi Olivares le pegaba a su hermanito en el cuerpo con distintos objetos. Toda esta prueba de cargo fue la debidamente valorada por el tribunal para afirmar que Matías Rinaldi Olivares había golpeado y producido a F.A.N.G. las lesiones investigadas en las presentes actuaciones.

En otro orden de ideas, el tribunal consideró que únicamente se había logrado acreditar con el grado de certeza para condenar los hechos calificados como abuso sexual simple agravado (en dos hechos). Para llegar a esta conclusión se valoró que en la declaración de S.J.C.M.G. en **Cámara Gesell afirmó** que Rinaldi Olivares le tocaba el pene a su hermano y mostró el movimiento que realizaba. Asimismo, el tribunal consideró el informe confeccionado por la licenciada en psicología del EDeAAS que concluía la credibilidad del relato del niño. Además, se valoró el informe médico que constató que F.A.N.G. poseía una erosión en la base del glande. Si bien el cúmulo de pruebas aportadas no permitía concluir que hubiera habido acceso carnal o que fuera gravemente ultrajante, el tribunal consideró que la prueba testimonial y objetiva de cargo permitía aseverar la existencia de hechos que debían considerarse como abusos sexuales simples perpetrados por parte de Rinaldi Olivares hacía el niño F.A.N.G. en el plazo ya previamente mencionado.

En función de todas estas consideraciones, entiendo acertada la conclusión del tribunal de la instancia previa por la que consideró acreditados los hechos calificados como lesiones leves en dos hechos independientes en concurso real y como abusos sexuales simples agravados por ser cometidos por persona encargada de la guarda y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de dieciocho años en dos hechos independientes en concurso real que se le atribuyeron al acusado, así como su intervención en ellos.

De tal manera, de acuerdo con lo expuesto, puede sostenerse, a diferencia de lo que refiere la defensa, que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente fundada, con un adecuado **análisis de la prueba** obrante en la causa, la que ha sido valorada de conformidad con los lineamientos establecidos por este Tribunal en diversos precedentes («Teves Lucero», «Italiani», «Merlo Lassa», «Barrionuevo Axel», «Gómez Muñoz», «Ojeda Pérez», entre otros). En consecuencia, al no advertirse los vicios que alega la defensa relacionados con la valoración de la prueba obrante en autos, entiendo que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Matías Damián Rinaldi Olivares.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.Regístrese. Notifíquese.

11- FERNÁNDEZ GONZALEZ. 20-04-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230420_FcFGP.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Contextos familiares. Relato de NNA. Control de logicidad.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en un número indeterminado de hechos en concurso real. El SA es hermano de la víctima.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2682, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Villegas. 15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf
- Álvarez Vega.07-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=314>
- Donoso. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf
- Bazán Sáez. 16-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcBSJ.pdf
- Ver Sayd Carrizo. Lorente. Paz Parra. Buenanueva Avallay. González Sosa.
- Corradi Soliman. 25-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf
- Chinchá Choque. 26-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221226_FcCCT.pdf
- Da Silva Dos Santos. 28-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230228_FcDSD.pdf
- González Pringles. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Galdeano Reyes.31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Agüero Pérez.25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06913990-0/1((038601-42331)). FC/ FERNÁNDEZ GONZALEZ, PEDRO ORLANDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL... (42331) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106160329*

En Mendoza, a los veinte días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06913990-0/1 caratulada **“F. c/ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, PEDRO ORLANDO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO... s/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Pedro Orlando Fernández González interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.682 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condenó a Fernández González, en la causa n° P-42.331/20, a la pena de trece años de prisión, con demás accesorias legales y costas, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en un número indeterminado de hechos en concurso real.

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

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] desde el año 2013 hasta el año 2020, exceptuando un período de aproximadamente desde 2015 al 2016 en donde el encartado P. Fernández no vivía con la víctima, en reiteradas oportunidades obligó a su hermana menor [S. F.] a mantener relaciones sexuales con acceso carnal [...], en el domicilio donde convivían sito en departamento de ..., Mendoza [...]» –ver audiencia del día 13 de junio de 2022, min. 03:40 y ss.–.

Para así decidir, valoró principalmente la declaración de S. F., las declaraciones de las licenciadas Betina Venier, Gisela Ceparo, Mariana Leticia Reyes, Andrea Tagua y Vanesa Beatriz Vega, y los testimonios de Matías Castro, de las hermanas de S. F., R. N. F., M. M. F. y A. F., de su madre Hilda Flores y de Pedro Vilchez, así como la declaración del acusado Pedro Fernández –ver audiencia del día 13 de junio de 2022, min. 03:40 y ss.–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Pedro Orlando Fernández González formula recurso de casación fundado en el art. 474 inc. 2 del CPP, esto es, por considerar que la sentencia pronunciada en autos adolece de vicios de procedimiento.

Sostiene que la resolución es nula de nulidad absoluta por falta de motivación, conforme lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP, por cuanto arbitrariamente ha omitido valorar exámenes psicológicos, Cámaras

Gesell, informes del CAI, informes del ETI e informes psicológicos de la Municipalidad de Santa Rosa, entre otras pruebas. A estos elementos probatorios los considera esenciales y cuestiona que fueron incorporados por la defensa a través del expediente n° P-120.760/15, caratulado «F. c/ Fernández, Pedro Augusto; Flores, Hilda Isabel p/ promoción a la prostitución de menores», incorporado *ad effectum videndi*. De esas actuaciones surge, a su criterio que A. F. nunca presentó ningún indicador de abuso sexual, especialmente de ninguna persona de su núcleo familiar como lo es el acusado.

Explica que en ese procedimiento, no sólo se examinó exhaustivamente a la niña sino que, además, se realizaron seguimientos. Agrega que los posibles abusos sexuales que se investigan en esta causa habrían tenido lugar durante el tiempo en que los progenitores de la niña se encontraban privados de su libertad.

Por otra parte, refiere que la sentencia sería manifiestamente arbitraria puesto que sostiene que tanto el informe del CAI –que restituye a la niña al núcleo familiar con el agresor–, como el seguimiento del ETI –que se realizó por años sin que sus profesionales advirtieran signos o circunstancias que hicieran sospechar de un abuso sexual grave– son irrelevantes puesto que la niña no habría develado el abuso porque en su familia no encontraba un sector de escucha activa. A criterio de la defensa, esta afirmación omite considerar todos los espacios de escucha activa con los que contó la niña por años, sin demostrar indicadores de abuso sexual.

En función de ello, solicita la anulación de la sentencia.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

Explica que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la sentencia impugnada se encuentra adecuadamente fundada y ha brindado un análisis integral y conjunto de la prueba rendida en el juicio, sin omisiones de valoración de ninguna prueba relevante. Refiere que la jueza tuvo en consideración que A. F. narró en Cámara Gesell hechos puntuales, dando cuenta de cuándo empezaron los abusos sexuales, es decir, su edad, los lugares y la intensificación de los mismos cuando sus padres fueron detenidos.

También afirma que la jueza destacó que, de ese relato, surge que los abusos se produjeron por vía vaginal y oral, en tanto que por la cronificación la narración de los acontecimientos fueron en conjunto, no pudiendo contar cada uno de ellos en forma separada y concisa, sino brindando detalles generales por la reiteración. A ello agregó que, cuando las víctimas son niños o niñas, narran cómo y cuándo comenzaron los abusos y cuál es el último que recuerdan. Por otra parte, refiere que la jueza señaló que en Cámara Gesell la niña rompió en llanto, lo que permitió advertir un correlato emocional que opera como indicador de credibilidad; además de que declaró con coherencia y claridad respecto de cómo se iniciaron y cómo fue el último hecho en que el acusado intentó abusarla. En función de ello, le atribuyó fuerte peso convictivo.

Por otra parte, señala que la jueza también tomó en cuenta que la víctima reiteró el relato ante distintos profesionales, como Yamila Díaz (Cámara Gesell) o Andrea Tagua (ETI). A partir de las declaraciones de Gisella Cheparo, Mariana Leticia Reyes y Betina Venier la jueza concluyó que la víctima develó tardíamente los abusos, cuando pudo encontrar una persona de confianza.

En cuanto al argumento defensivo según el cual la víctima nunca presentó indicadores de abuso sexual y

que tampoco las evaluaciones realizadas pudieron acreditarlos, afirma el Procurador que la jueza de la instancia previa abordó el asunto, y que zanjó la cuestión al explicar que no los pudo develar porque no tenía ninguna red de contención que le permitiera contar lo que estaba viviendo, y añadió que cuando era pequeña la madre le creyó al hermano mayor (de quien era madre afín) por tener una buena impronta y ser el adulto proveedor, en lugar de creerle a su hija biológica. A ello agregó que la víctima no develó antes los hechos porque no contaba con el ámbito o contexto propicio, y destacó que existen un sinnúmero de indicadores de abuso sexual en el caso: profunda angustia –que motivó que continuara recibiendo tratamiento psicológico–, dificultad para dormir, hipersexualización, conflictos conductuales y su naturalización. Asimismo, señala que la jueza destacó que cuando la víctima contó los hechos a Matías Castro por entender que iba a recibir contención, las puertas de la familia Fernández se cerraron, fue golpeada, desacreditada y, en fin, desterrada de la familia. Por eso, concluyó que no hay pruebas que desacrediten los dichos de la víctima, que aparecen verosímiles y encuentran apoyo en prueba periférica. En virtud de esas razones, considera que las críticas formuladas por la defensa, antes que vicios en la sentencia, reflejan una discrepancia –propia del legítimo ejercicio de su cargo– con la valoración dada al plexo probatorio brindada por el Tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

Previo a todo, corresponde señalar que los agravios de la defensa sobre la motivación de la sentencia se dirigen –como surge de la reseña realizada en el apartado 2 de este voto– a cuestionar el **mérito probatorio** en relación con la prueba del abuso sexual denunciado por A. F.. Ello, principalmente a partir de lo que considera la defensa como falta de valoración de prueba aportada por esa parte y que surge de otra causa penal, la n° P-120.760/15.

Sin embargo, corresponde desestimar este agravio estructural del recurso de la defensa, puesto que la jueza justificó adecuada y suficientemente los motivos por los cuales no debía hacerse lugar a la exclusión de valoración de esas pruebas. Frente a ello, la defensa no ha dado cuenta en su recurso de las razones que brindó el tribunal al respecto. En efecto, de la compulsa de la audiencia donde se pronunciaron oralmente los fundamentos de la sentencia condenatoria, surge que la jueza señaló expresamente que las pruebas cuya producción exigió la defensa no eran esenciales, puesto que no aportaban nada que pudiera descartar la existencia de los hechos. Se trataba de elementos que no podían corroborar ni descartar la versión de los hechos de la niña víctima –ver audiencia del día 13 de junio de 2022, min. 46:40 a 51:46–.

Entonces, en primer lugar, la decisión no luce arbitraria ni irrazonable puesto que no ha omitido infundadamente valorar las pruebas que la defensa invoca, sino que ofreció razones para ello. Y, en segundo lugar, esas razones no han sido atacadas por la defensa, que no se ocupa en su impugnación de demostrar cuál es la utilidad de las pruebas aludidas. En efecto, la defensa se limita a mencionar otra causa penal y pruebas contenidas en ella, sin justificar mínimamente por qué aquellas pruebas serían relevantes para resolver la presente causa, ni por qué –además de relevantes– serían esenciales y contradictorias con las valoradas por la jueza de la instancia previa.

En tales términos, este primer agravio ha de ser desestimado en esta instancia.

Dicho esto, corresponde ahora evaluar el mérito probatorio realizado por la jueza de la instancia previa, particularmente en los puntos que la defensa cuestiona: el develamiento de los hechos, la temporalidad en que tuvieron lugar y los indicadores de abuso que presentaba la niña.

Relato de NNA.

En primer lugar, debe tenerse presente que, como ya he sostenido en otras oportunidades, en hechos como el investigado en las presentes actuaciones, donde se investigan agresiones contra la integridad sexual, y más cuando se trata de presuntas **víctimas especialmente vulnerables, el relato de estas últimas tiene un lugar central al momento de la valoración de la prueba** (ver, al respecto, en lo pertinente, «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», «Bazán Sáez», entre muchos otros).

Estrictez lógica.

En segundo lugar, debo señalar que advierto que la jueza valoró el testimonio de A. F., y explicó que – conforme a la **Convención de los Derechos del Niño, a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de las Naciones Unidas y a las Directrices de Canadá**– este testimonio no podía ser meritado con **la misma estrictez lógica** que se aplica al testimonio de un adulto, sino que su evaluación debía adecuarse a la minoría de edad de la niña víctima –ver audiencia del día 13 de junio de 2022, min. 04:40 a 07:35–. Considero que acierta en este punto la jueza pues tal criterio ha sido sostenido por esta Sala, que ha destacado que en hechos como el investigado en las presentes actuaciones, donde se investigan agresiones contra la integridad sexual, y más cuando se trata de presuntas víctimas especialmente vulnerables, el relato de estas últimas tiene un lugar central al momento de la valoración de la prueba (ver, al respecto y en lo pertinente, «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros).

En función de ello, la jueza explicó que A. F. en Cámara Gesell dio cuenta de un número indeterminado de abusos sexuales que comenzaron cuando tenía seis o siete años. Asimismo, destacó que la niña narró hechos puntuales. El primer relato puntual fue cuando A. F. estaba en una pileta y el acusado le tocó la vagina con los dedos de los pies. A este se sumaron otros, en los cuales la niña contó que fue accedida vaginalmente por el acusado con el pene y que le practicaba sexo oral. Por su parte, la jueza descartó que también hubiera habido abusos sexuales por vía anal, puesto que esta posibilidad no surgía del relato de la niña sino del de la licenciada Betina Venier, pero no estaba corroborado por otros medios de prueba. Por eso, y en relación con ello, consideró que existía duda, por lo que no se encontraba acreditado ese extremo de la plataforma fáctica –ver audiencia referida, min. 07:35 a 09:56–.

La jueza también resaltó que víctima también aportó un marco temporal para los hechos, al señalar que se intensificaron cuando sus padres fueron detenidos y volvieron a vivir a la casa; y fue clara al sostener que durante el período de tiempo en que fue trasladada por distintas casas no fue abusada, y que los hechos volvieron a tener lugar cuando nuevamente compartió domicilio con el acusado. Si bien la niña no pudo determinar concretamente la temporalidad precisa de cada abuso, la jueza explicó que esto es lógico cuando la víctima es menor de edad y los abusos comienzan a tornarse crónicos. Allí, debe tomarse en cuenta –sostuvo acertadamente la magistrada– la manera en la que la víctima narró individualmente los distintos hechos de abuso sexual. A partir de ello, la jueza estableció un marco temporal de los hechos entre los siete y los catorce años, pues declaró que al momento de cumplir quince años, por primera vez, se negó a mantener relaciones sexuales –ver audiencia referida, min. 10:30 a 12:40–. De modo que los abusos habrían tenido lugar, cuanto menos, hasta que la víctima cumplió quince años, en el año 2020.

Al respecto, debe tenerse presente que este Tribunal ha señalado que en los casos de abuso sexual, cuando las víctimas son niñas y niños, no es posible exigir estricta precisión en la determinación cronológica de los hechos, ni en relación con las circunstancias de modo y lugar. Por el contrario, en esos casos debe considerarse el perfil psicológico del niño o niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver «**Sayd Carrizo**», «**Corradi Soliman**», «**Gómez Ayala**», «**Lorente**», «**Chincha Choque**», «**Da Silva Dos Santos**», entre otros).

En el caso analizado, la jueza enfatizó que el relato de la niña víctima era coherente y que se vio reforzado por testimonios como el de Andrea Tagua, quien rompió en llanto en la audiencia al relatar cómo la niña tuvo que mudarse porque nadie le creía los abusos que relataba. Esto, sumado a la coherencia emocional que impregnó el relato de la niña en Cámara Gesell, convencieron a la jueza de la veracidad de sus dichos –ver audiencia referida, min. 12:40 a 14:00–.

En cuanto al develamiento del hecho, la jueza tuvo por acreditado que hubo un develamiento tardío y explicó por qué tuvo lugar de ese modo. Así, afirmó que A. F. reveló el abuso sólo cuando contó con un entorno de confianza para hacerlo y no antes, punto que ratificaron –a partir de su abordaje– las licenciadas Gisela Ceparo, Mariana Leticia Reyes y Betina Venier.

Esto explica que los primeros exámenes, realizados previamente por el CAI, no hallaran indicadores de abuso. A.F. era una niña que, por su triste historia de vida, tuvo que peregrinar por distintos órganos del Estado, y en ninguno de ellos –desde 2015 a 2018– encontró un espacio de confianza donde contar lo sucedido. Y no encontraba ese espacio porque, cuando habló sobre los abusos en su propia familia, su madre no le creyó. Optó por creerle a su hermano –el acusado– porque su impronta personal le resultaba imponente: lo llamaba «el bebé de la casa», valoraba que fuera adulto y fuerte, y que estuviera presente en la casa como proveedor. Por eso, a pesar de ser su madre afín, lo reconocía ampliamente como hijo y le daba más credibilidad que a su hija biológica. Esto generó que la entonces niña A.F. no encontrara con facilidad entornos de seguridad para hablar sobre los abusos sexuales de los que era víctima.

La jueza desestimó las críticas de la defensa en este sentido, por cuanto no tomaron en cuenta que implicaban exigirle a una niña que develara los abusos sexuales sufridos a pesar de que ni su propia familia le creía. Ese escenario, sostuvo la jueza, no era alentador para que A. F. lo hiciera: no le habían creído cuando contó los hechos a los quince años, y no tenía razones para pensar que le creerían luego. Por su parte, sus padres habían sido detenidos y ella comenzó a peregrinar por distintos organismos. De tal manera, no podía exigírsele que develara los hechos en la medida en que el único adulto proveedor –que se encargaba de darle de alimentación, casa, vestido y trabajo– era el acusado. No obstante no tener un ámbito propicio para develar la situación, la niña mostró numerosos indicadores de abuso que recién pudieron ser advertidos cuando ella relató lo sucedido. Entre ellos, se destacaba una profunda angustia –que hacía que las psicólogas prolongaran el tratamiento– y una **notable hipersexualización**. Esto explica que en otros ámbitos –como el ETI o la escuela– no hubieran podido valorar estos indicadores como tales, en tanto no eran indicadores que se conocieran en esos espacios –ver audiencia referida, min. 14:00 a 21:06–.

La jueza también justificó las razones por las que A. F. tampoco pudo develar los abusos cuando sus padres recuperaron la libertad, puesto que no tenía un lugar de escucha activa allí. Si ella lo relataba, hubiera quedado –como lo está en la actualidad– absolutamente desterrada de ese núcleo familiar y absolutamente sola, porque nadie le creía. Ninguno de sus familiares pudo dar razones sólidas para no

creerle. Recién pudo hablar de lo sucedido cuando encontró una persona en quien podía confiar, que fue Matías Castro. Este testigo contó que lo primero que hizo al enterarse fue hablar de ello con el señor Pedro Vilchez, y lo único que logró fue que le cerrasen las puertas de la casa de los Fernández –ver audiencia referida, min. 22:40 a 28:24–.

Silencio. Capacidad discursiva. Develamiento.

En relación con el develamiento del abuso sexual, esta Sala ha explicado que, al hablar del «*relato*» de víctimas de abuso sexual, también hay que analizar **acerca del «silencio»**, para comprender la capacidad discursiva de la víctima y el momento de su develamiento. Entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza y el riesgo por el estado de vulnerabilidad y la ausencia o debilidad de redes familiares e institucionales. Ello, en tanto los abusos sexuales perpetrados en contextos familiares tienden a mantenerse en secreto, de ahí que puedan salir a la luz de una forma accidental, cuando la víctima puede revelar lo sucedido –aún bastante tiempo después de ocurrido (meses o años) de los primeros sucesos–, como ha ocurrido en este caso (véase «**Olmedo Arrieta**», voto del colega de Sala Dr. Adaro).

Y, por último en torno al develamiento, la jueza explicó que ningún testimonio desacreditaba los dichos de A. F. De hecho, su madre, la señora Hilda Flores, dijo con claridad que nunca le había creído absolutamente a su hija. Lo mismo ocurrió con todas las hermanas de la víctima y con su cuñado Pedro Vilchez. Todos ellos descartaron que los hechos de abuso fueran reales. Ninguno negó las bases de la plataforma fáctica relatada por A. F. e, incluso, ratificaron que Pedro Fernández vivía en la casa –lo que demostró, incluso por sus propias declaraciones, la falsedad de los dichos de Hilda Flores orientados a desvincularlo de la causa–. Cuando la niña develó el abuso fue golpeada, desacreditada y desterrada de la familia; y la negación cerrada de su madre solamente demuestra su interés en desvincular al acusado del hecho, pues niega absolutamente todos los extremos de la versión de la niña, incluso aquellos que encuentran respaldo en otros testimonios –ver audiencia referida, min. 29:00 a 36:00–. Específicamente la jueza tomó en cuenta los dichos de la licenciada Mariana Leticia Reyes, quien explicó cómo existió un punto final en el develamiento, que le permitió a los profesionales resignificar los indicadores anteriores como abuso sexual –ver audiencia referida, min. 36:00 a 40:20–.

En cuanto a la razón por la que el CAI no logró identificar los abusos sexuales –punto que también cuestiona la defensa– la jueza explicó que las intervenciones de ese organismo fueron muy breves, no se mantuvieron en el tiempo como las del ETI, y se produjeron en una época en la que A. F. mantenía un sólido hermetismo sobre los hechos, para no ser desvinculada de su familia. Extremo que finalmente ocurrió, tal como lo declaró la profesional del ETI que intervino en la salida del hogar A.F., y que rompió en llanto al recordar que ni siquiera su madre quiso saludarla en aquella ocasión –ver audiencia referida, min. 40:50 a 44:00–.

No debe olvidarse que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros, contexto en el que, junto con las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial que protege los derechos de niños, niñas y adolescentes, se impone la asignación de un lugar destacado al testimonio de éstos. Por eso, cuando –como ocurre en este caso– existe prueba periférica que avala los dichos de la víctima de manera contundente, es posible alcanzar la certeza necesaria sobre la existencia de los hechos y su autoría.

En conclusión, entiendo que los agravios que la defensa del acusado ha puesto de manifiesto en su impugnación carecen de asidero en las constancias de la causa, y que la sentencia pronunciada en la instancia previa se encuentra debidamente motivada, particularmente en los puntos que la defensa cuestiona. De tal manera, las críticas no constituyen sino un disenso de la defensa con la valoración de la prueba realizada que no logra demostrar falencias en la resolución cuestionada.

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa en autos y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

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

Si bien adhiero a los argumentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde confirmar la sentencia analizada, me interesa dejar a salvo mi opinión en relación con la **valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género**. Sobre esta cuestión, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Villegas**», «**Álvarez Vega**», «**Donoso**», entre muchos otros).

En función de lo expuesto, considero que debe contestarse de la manera negativa la primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», «**Buenanueva Avallay**» y, más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», «**Agüero Pérez**», entre otros).

En razón de lo señalado, estimo que la primera cuestión planteada al acuerdo debe ser respondida de manera negativa. De tal manera, el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado y confirmada la sentencia de la instancia previa.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA

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

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Pedro Orlando Fernández González.
- 2.-** Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

12- RAMIREZ. 02-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcRDO.pdf

Lex: Art. 119, 5° párrafo en fc. con el 4° párrafo letra b), 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo, b del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Gravemente ultrajante. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por la calidad de guardador (cuatro hechos) y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda (un hecho), todo en concurso real (arts. 119, 5° párrafo en fc. con el 4° párrafo letra b), 119, 2° párrafo en fc. con el 4° párrafo, b y 55 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2096, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género.

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Mejía Salvador. 10-19-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia y Lucero. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf

Valoración del testimonio. Cámara Gesell

- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

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

Fallo:

CUIJ: 13-06891234-7/1((018601-712074)). FC/ RAMIREZ DIEGO OSVALDO P/ ABUSO SEXUAL (712074) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106138978*

En Mendoza, a los dos días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06891234-7/1 caratulada **“F. c/ RAMÍREZ, DIEGO OSVALDO P/ABUSO SEXUAL (712.074) S/ CASACIÓN”**.

La defensa de Diego Osvaldo Ramírez interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2096 y sus fundamentos, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en cuanto lo condena a la pena de doce años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por la calidad de guardador (cuatro hechos) y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda (un hecho), todo en concurso real (arts. 119 quinto párrafo en función con el cuarto párrafo letra b), 119 segundo párrafo en función con el cuarto párrafo, b y 55 del CP). Todo en el marco de la causa N° P-712.074/19 (art. 29 inc. 3° del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP).

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

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que *«[e]n fecha y hora no precisada pero cuando la víctima, P.N.C.R. –nacida el día 19 de setiembre de 1999– tenía aproximadamente 7 años, en su domicilio sito en calle Las Heras, el ahora imputado Diego Osvaldo Ramírez, pareja de la tía materna de la menor, estando a cargo del cuidado de la niña en horas de la noche, le propuso a la misma jugar al «sandwichito», y colocándose él abajo, la hizo subirse arriba suyo, y a su vez, sobre ambos a su pequeña hermana; siendo ahí que el justiciable le realizó a P. tocamiento en la zona de los glúteos y la vulva por encima de la ropa. Seguidamente, en fecha no precisada con exactitud, pero meses después de aquéllos primeros hechos, en horas de la noche, mientras el justiciable Ramírez se encontraba a cargo de la menor C.R., en el mismo domicilio de calle de Las Heras, le propuso a la niña jugar a adivinar qué dedos le metía en su boca, para lo cual hacía que la menor mantuviera los ojos cerrados y a la vez que le iba metiendo sus dedos alternadamente, le introdujo su pene en la boca de la niña»*.

Por su parte, que *«[...] para fecha no precisada con exactitud, pero cuando la menor P.C. tenía aproximadamente entre 8 y 9 años de edad, en circunstancias en la que el imputado Diego Ramírez llevaba a la niña P. en su auto junto a su hermana menor, le hacía sentarse en el asiento del acompañante, le decía que le iba a enseñar a manejar, que tenía que empezar por la palanca de cambios y ahí le sujetaba la mano a la niña y hacía que la víctima le toque su pene por encima de la ropa, incurriendo el incuso en tal accionar de manera reiterada y similar, entre cinco a diez veces durante los fines de semana»*.

Asimismo, que «[...] cuando la menor P.C. tenía entre 10 y 11 años, en horas de la noche y en circunstancias en que la niña se encontraba con el imputado a bordo del vehículo que él mismo conducía, este último volvió a decirle a la niña si quería aprender a manejar, le bajó el pantalón y la ropa interior como también él mismo se bajó los suyos, y estando en el asiento del conductor, sentó a la víctima sobre él, tocando con sus genitales los genitales de la niña. Que para fecha no precisada pero poco tiempo después del último hecho, en horas de la tarde, el justiciable Ramírez llevó a la menor P. (a esta altura de aproximadamente 11 años de edad) a su domicilio sito en el Barrio, Las Heras, y en esta oportunidad, diciéndole nuevamente que quería jugar, la acostó en su cama, le bajó los pantalones y la ropa interior y pasó su lengua y su boca por los genitales de la niña».

También consideró probado que «[...] cuando la menor P.C. tenía aproximadamente 11 años de edad, en el mismo domicilio del Barrio, Las Heras donde residía el encartado, en horas de la tarde, este último le dijo a la niña que fueran a jugar y la llevó al baño. Allí Ramírez se bajó los pantalones y la ropa interior, le sujetó la mano a la niña llevándola hacia su pene y la obligó de este modo a masturbarlo. Finalmente, para fecha y horas no precisadas, pero en al menos 10 ocasiones ocurridas desde que P.N.C. contaba con 7 años y hasta que tuvo aproximadamente 13 años, el imputado le realizó a la niña actos de tocamientos en sus glúteos» (ver registro audiovisual de fecha 14 de marzo de 2022, Video I, a partir del minuto 0:58 hasta 04:42).

Para sí decidir el juez de la instancia previa ponderó la declaración de P.N.C.R. en la audiencia, las declaraciones de los profesionales que intervinieron en el proceso y testigos e informes psíquicos incorporados en el debate.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa invoca el art. 474, inc. 1 del CPP, y solicita se deje sin efecto la sentencia respecto de la condena impuesta a su asistido con los efectos establecidos en el art. 485 del CPP, por entender que se aplicaron erróneamente normas sustantivas y procesales penales consagradas en pactos internacionales de derechos humanos.

Afirma que la motivación de la sentencia es insuficiente, en cuanto el acusado fue condenado con base en la declaración de la víctima, avalada con el informe psicológico realizado por el Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales –EDEAAS–, el que en su opinión no es imparcial porque depende del Ministerio Público y su asistido fue «discriminado por su condición de hombre».

Relacionado con ello, agrega que la víctima declaró con intereses espurios o gananciales y sus dichos no fueron verosímiles, a pesar de lo cual el juzgador le atribuyó credibilidad basado en informes y declaración de la licenciada Johana Jardón. Señala que se violó el derecho de defensa y el debido proceso legal, porque no se tuvo en cuenta la declaración del Lic. Danilo Vallina quien explicó científicamente por medio del test de Minnesota, los parámetros altos de fingimiento, mentira y simulación en la víctima, refirió que no fue notificado de la primera entrevista en el EDEAAS y que no se le entregó el material para poder aplicar el baremo que determina las conclusiones.

Indica que la mitomanía y simulación de la víctima se patentizó en el debate cuando negó conocer a la ex esposa de su progenitor, Maira Belén Santana, mientras que la testigo declaró que fue con Ramírez a ver a un abogado, el que no tomó el caso porque no estaba convencido al igual que el padre de la víctima.

Expone que las mentiras de la supuesta víctima también surgen de las declaraciones de la tía de la menor Carlina Torres, en cuanto manifestó en la audiencia que cuando le preguntó a la supuesta víctima si la

había penetrado y metido los dedos le respondió que solo fueron manoseos y dejó de creerle por este motivo, como también, que durante la instrucción y el debate P.N.C.R. no aludió a los abusos reiterados.

Expresa que hay contradicción en el actuar de P.N.C.R. porque si sufría ataques de pánico y desmayos por los abusos, se pregunta la defensa por qué motivo eligió al acusado como padrino de cumpleaños de quince años, lo que a criterio del licenciado Vallina se detecta por medio de parámetros de fingimiento y simulación del test de Minnesota.

Manifiesta que el sentenciante no valoró que el examen psíquico realizado a Ramírez que dio como resultado científico que no tenía perfiles de abusador sexual, lo que fue explicado en la audiencia oral.

Alega que en la sentencia no se consideró que la supuesta víctima no tuvo bajas en el rendimiento escolar que es lo que ocurre en la mayoría de las jóvenes abusadas.

Señala que el juzgador tampoco valoró que la supuesta víctima realizaba las develaciones en forma indirecta a través de notas escritas o por el celular, lo que a criterio de la defensa es extraño e indicio de fingimiento y ocultamiento, según lo explicado por el licenciado Vallina en el debate.

Refiere que existe imprecisión temporal y de lugar de los hechos en el requerimiento de elevación a juicio, especialmente en relación con el único hecho grave que se le atribuye a su asistido (fellatio), del que no existió inspección ocular y es producto de la imaginación que conduce a la duda por falta de certeza.

Finalmente, expresa que la pena impuesta es desproporcionada, ya que a lo sumo pudieron haber existido tocamientos que no son sancionados con una pena de doce años de prisión en un Estado de Derecho Democrático. Agrega que el juez no tuvo en cuenta al imponer la pena la edad de su asistido, la carencia de antecedentes penales, la unión legal de larga data, que su mujer no podía tener un hijo y que sufrió el encierro en la pandemia por Covid-19 en la que murió su madre y que un hermano estuvo preso.

Efectúa reserva expresa del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General expresa que si bien el recurso de casación procede formalmente corresponde rechazarlo sustancialmente, por no existir arbitrariedad en la sentencia ya que las pruebas fueron valoradas bajo las reglas de la sana crítica racional y aplicación del derecho sustantivo correcto.

Expone que en los delitos cometidos contra menores, la valoración de la pruebas debe tener mayor amplitud con particular consideración a la declaración de la víctima, los indicios graves, concordantes y serios vinculados a la misma, informes psíquicos y físicos tanto de aquella como del acusado, y tener también en cuenta que suceden en la intimidad y sin testigos.

Refiere que la defensa no logró justificar su teoría del caso para desacreditar la sentencia sobre el cuestionamiento del testimonio de la víctima al afirmar que fue por intereses espurios o gananciales toda vez que, más allá de la discusión intelectual de cuál técnica científica es la mejor para su valoración, la licenciada Jardón explicó en forma coherente las técnicas y métodos utilizados sobre la base de los cuales se concluyó que presentaba un relato creíble, coherente, consistente y sin contradicciones.

Agrega que la profesional mencionada declaró acerca de la ausencia de ganancialidad, mitomanía y manipulación del relato de la víctima, al explicar en cuanto al sentimiento ambivalente que presentaba respecto del acusado, la figura de cuidado con un rol paterno y su pedido de perdón para que mantuviera el silencio porque tenía una hermana.

Afirma que las críticas de la defensa respecto a incongruencias anticientíficas no mengua la lógica del juzgador respecto de la credibilidad del relato de la víctima, al afirmar que la niña sufría desmayos y ataques de pánico sin causa clínica investigada, ya que sólo se conocían los abusos sexuales como un trauma capaz de provocar dichas consecuencias.

Destaca que del relato de la víctima surgieron los problemas en la esfera de su sexualidad, los que fueron corroborados por su novio y disparadores de recuerdos de abusos anteriores, por lo que no puede inferirse –como expone la defensa– que había ausencia de traumas porque hubo infidelidad hacia su anterior pareja.

Señala que es lógico que la víctima diera a conocer los problemas sexuales por notas o por el uso de celular, lo que descarta que fingiera, porque el celular es un elemento naturalizado de comunicación, sobre todo en jóvenes.

Destaca que no puede descartarse el testimonio de una niña de abuso crónico por indefinición temporal, porque no puede exigírsele una definición temporal de los hechos similar a la situación de una persona adulta.

Por último, afirma que la pena impuesta al acusado fue debidamente fundada en hechos graves, las distintas intensidades de los abusos, la relación previa del acusado con la víctima y el alto daño ocasionado observado por el dolor presente en la víctima y su familia en la audiencia.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 25 de abril de 2023 se realizó la audiencia para informar oralmente el recurso de casación interpuesto por la defensa.

En dicha audiencia la defensa expuso que en su opinión no era necesario que el juez de la instancia previa hiciera referencia al control de convencionalidad con perspectiva de género al comienzo de la sentencia, porque durante la audiencia la defensa técnica respetó a la víctima, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los arts. 31 y 75 inc. 22° de la CN, y en el caso concreto no se respetó el debido proceso ni el principio *in dubio pro reo* (ver registro audiovisual de fecha 25 de abril de 2023, a partir del minuto 01:00).

Señaló también que no fue correcto el razonamiento del juez al calificar uno de los hechos en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, porque no existió una inspección del lugar donde habría ocurrido el hecho, ni tampoco se probaron los otros tres hechos por los que su asistido fue condenado con una pena excesiva (ver registro audiovisual de fecha 25 de abril de 2023, a partir del minuto 06:33).

Asimismo, la defensa agregó que no se fundamentó que no hubo interés ganancial por parte de la víctima, que en el develamiento que fue tardío solo se hizo referencia a tocamientos según la declaración de Carlina Torres, que la víctima negó tener conocimiento de Belén Santana –ex esposa de Ramírez–, no tuvo bajas calificaciones en el colegio ni le contó a un psicólogo sobre los hechos. Afirmó que no se demostró que los desmayos que sufriera la víctima fueran consecuencia de los abusos, y que no se tuvo en cuenta la opinión del Lic. Vallina –perito de parte– quien no fue citado a todas las audiencias y declaró que el EDeAAS no aplicó la técnica de Minesotta (ver registro audiovisual de fecha 25 de abril de 2023, a partir del minuto 10:40).

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó que la sentencia impugnada contenía motivación suficiente y lógica, basada en parámetros adecuados al juzgamiento de abusos sexuales contra niñas, en tanto el proceso de valoración de las pruebas incorporadas al debate fue acorde a la sana crítica

racional y tratados internacionales en la materia. Indicó que se meritó correctamente el relato de los hechos y el develamiento de los mismos por parte de la víctima, lo que fue corroborado con el informe psíquico realizado por el equipo interdisciplinario del Ministerio Público Fiscal y elementos probatorios periféricos. Afirmó que la pena impuesta no fue desproporcionada, porque se ajustó a la gravedad y multiplicidad de hechos de abusos sexuales acreditados en la audiencia (ver registro audiovisual de fecha 25 de abril de 2023, a partir del minuto 24:00).

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa técnica de Ramírez, anticipo opinión en el sentido que corresponde desestimarse sustancialmente, en razón que en la sentencia en crisis se observaron las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración de las pruebas incorporadas al debate, y por tanto, contiene motivación suficiente que la valida como acto jurisdiccional. Paso a exponer las argumentaciones en que sustentó mi decisión.

a.- De conformidad con los hechos contenidos en la acusación y los delitos penales por los que fue condenado el acusado, la revisión de los agravios debe realizarse a partir de la aplicación del marco normativo internacional y nacional de protección de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales en contexto familiar, establecido en anteriores precedentes que se apoyaron en jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) basada en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) entre otras (véase, por ejemplo, «Paz Parra», «Agüero Pérez», «Tapia Castillo», «Baltazar Cruz», entre otros).

De tal manera, el análisis de las argumentaciones defensivas se canalizarán a fin de resolver si la sentencia en crisis al juzgar los hechos contenidos en la acusación, cumplió o no con el deber de debida diligencia reforzada y medidas integrales de protección especial en procesos penales por violencia sexual en perjuicio de P.N.C.R. y el deber de no revictimización institucional (cfr. Corte IDH. «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua». Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 139 y 153). Ello, con el resguardo del principio de inocencia en juicio del acusado y sin perder de vista que el hecho aconteció en un contexto familiar y en una relación asimétrica y desigual de poder etaria y de género.

Así pues, en el fallo de la Corte IDH citado se subraya la aplicación de los estándares internacionales en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, y en particular, *de un enfoque interseccional por la condición de género y la edad en situaciones de niñas víctimas de violencia sexual en contexto familiar* (párrafos 154 y 155). Se destaca también, que las medidas de protección especial en la esfera familiar se sustenta en la condición de vulnerabilidad por la edad y en factores de discriminación histórica, de las que derivan –conforme el art. 19 de la Convención Americana- «[...] *garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto*» (párrafos 156 y 158).

De ahí que el deber de debida diligencia reforzada y el derecho de acceso a la justicia de la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales no se cumple solo con la admisión de la

denuncia, sino que implica también la participación activa y el derecho a ser oída/o «[...] *con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez*» (Corte IDH. «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua». Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161). Esto, porque la violencia sexual en niñas, niños y adolescentes, «[...] *es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas*» (párr. 163; cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255).

Ahora bien, de una recapitulación de los agravios presentados por la defensa, advierto que se focalizan en privar de credibilidad el relato de P.N.C.R. con apoyo en la declaración del perito de control licenciado Danilo Vallina, las testigos Maira Belén Santana y Carlina Torres, el informe psíquico realizado a Ramírez y por entender que se violaron las reglas del debido proceso legal, el derecho de igualdad ante la ley y se discriminó al acusado por ser hombre. Veamos.

b.- Al comienzo de su exposición, el sentenciante argumentó que correspondía aplicar estándares convencionales establecidos en tratados y jurisprudencia de la Corte IDH recaída en el «Caso Rosendo Cantú vs. México» –por ejemplo– y destacó la obligación de debida diligencia estatal y la relevancia de tener en cuenta los dichos de la niña víctima que recibe doble protección por su edad y por su género, según lo establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención de *Belém do Pará* (ver punto I.1. de la sentencia).

Dado lo anterior, el juez de la instancia previa resaltó que al llevarse a cabo los abusos a niñas en el ámbito familiar y sin la vista de testigos cobraba relevancia la valoración del informe psicológico y los indicios obrantes en la causa. En tal sentido, el juzgador argumentó que el relato de P.N.C.R. resultó plenamente creíble al cumplir con los parámetro de valoración de todo testimonio, tales como la ausencia de incredibilidad subjetiva (intereses espurios), verosimilitud de la declaración (conurrencia de corroboraciones periféricas objetivas) y persistencia en la incriminación (ausencia de ambigüedades y de contradicciones), como también en parámetros internacionales y de perspectiva de género vigentes (ver punto II de la sentencia).

Relacionado con ello, el juzgador, después de hacer referencia a la declaración de P.N.C.R. en la audiencia de debate y proceder a su meritación, afirmó que no existieron en ella móviles espurios ni ganancialidad al declarar contra Ramírez, en tanto reconoció que era una persona importante en la familia que le hacía regalos, la llevaba de compras y a comer o estaba presente, por lo que le significó pérdidas materiales y espirituales, que sólo pidió que le creyeran y no querer verlo más, y en cuanto al abuso más grave, cuando relató el «juego de los dedos», manifestó que lo hizo una sola vez (ver punto II, págs. 6 a 8 de la sentencia).

En efecto, según constancias registrales de la audiencia, advierto que P.N.C.R. declaró en la audiencia cuando tenía veintidós años y relató: «*me acuerdo que tenía entre 7 y 8 años, que por ahí cuando se juntaban en la casa de mi mamá, o sea, las mujeres se juntaban a jugar a las cartas, a veces él se quedaba en la pieza con nosotras, con mi hermana y yo, y siempre me decía a mí que jugábamos, me hacía subirme arriba de él, me tocaba [...]. Todo lo relacionado con juegos, decía que eran juegos, me decía que yo tenía que cerrar los ojos y adivinar qué dedo de su mano metía en mi boca, lo cual era su miembro, no era su dedo. Y también algunas veces, porque también por ahí cuando íbamos a su casa, pasaron cosas que sería*

la casa de los padres, me hacía que lo masturbara y él a veces me sacaba la ropa, la ropa interior también, y digamos como que practicaba sexo oral –sería–. Y me acuerdo que una vez íbamos en el auto y frenó en una calle oscura, no había nadie, estaba todo oscuro, y me preguntó si quería aprender a manejar, me bajó la ropa, la ropa interior también, y me sentó en su miembro [...] él también se había bajado la ropa y yo me quise salir [...] me sentó en el asiento del acompañante [...] y me dijo que no tenía que decir nada, que quedaba entre nosotros. De todas formas siempre me dijo que yo no podía decir nada, que era un juego entre nosotros, que era un secreto. Y me decía que no me olvidara que yo tenía una hermana, lo sentía como una amenaza de que le podía hacer algo a ella que es menor. Y siempre me dijo que nadie me iba a creer, que él se iba a encargar de que nadie me creyera, que si yo hablaba podía separar a toda la familia» [lo manifestó en medio de llanto]. A preguntas de la Fiscalía respondió que esto ocurrió hasta los trece años, en la casa de su mamá ubicada en calle 9 de julio 3170 de Las Heras, los fines de semana en la noche y habían días que se juntaban en la tarde a jugar a las cartas, en la habitación de su abuela estaba ella, su hermana menor J. –que tenía cuatro años– y Ramírez. Ellas iban a ver televisión –dibujitos animados– y durante todo ese tiempo Ramírez se quedaba con ellas en la pieza, en la cama, y él la hacía subir arriba de él porque le decía que jugaban al «sandwichito», y él le tocaba la cola y la vagina por arriba de la ropa y le apoyaba sus partes y arriba de ella ponía a su hermana menor. También declaró, en respuesta a preguntas de la Fiscalía, que en casa de los padres de Ramírez una vez siendo de día ella fue al baño, él fue detrás de ella, se bajó la ropa y le agarró la mano y la puso en su miembro y le hizo masturbarlo, él movía su mano porque ella se quedó quieta y él le manejaba la mano, ella lo sacaba como la mayoría de las veces que pasaba algo, otra vez en la pieza de él la acostó en la cama, le bajó la ropa y la tocó practicándole sexo oral con su lengua en la vagina y se quería ir, en el auto «le decía que podía ayudarlo con la palanca de cambio y me ponía la mano en su miembro [...] cuando me subía arriba de él íbamos solos, otras veces íbamos con mi hermana que siempre iba atrás» y que en una ocasión le pidió perdón diciéndole que le hacía recordar a su tía cuando era delgada como ella. Relató –a pregunta de la Fiscalía– que se lo contó a su novio Omar porque llevaban meses de novios, y él quería tener relaciones sexuales y ella le dijo que tenía miedo, no se sentía preparada y le contó entonces los motivos. Agregó, que durante la secundaria le daban desmayos en la escuela y la llevaban a hablar con la directora, pero nunca contó nada. Además, señaló que fue a un psicólogo –derivada de la escuela– y en quinto año se lo contó a unas compañeras y les pidió que no dijeran nada y no hablaron más del tema, hasta que lo habló con su amiga C.E.D. porque no quería verlo más, ya no aguantaba más [lo expuso en medio de llanto] y su amiga le dijo que hablara con su madre y entonces pudo contarle con la ayuda de su amiga (ver registro audiovisual de fecha 14 de marzo de 2022, Video II, a partir del minuto 02:40).

Agregó el sentenciante que el testimonio de P.N.C.R. fue corroborado con el de su novio O.A.N.G., quien declaró en la audiencia que aquélla le explicó que no estaba preparada para tener relaciones sexuales por haber padecido abusos sexuales por parte de Ramírez. Específicamente, O.A.N.G. declaró en la audiencia que Ramírez era tío de su ex novia, P.N.C.R., fue su novio durante tres años cuando el testigo tenía catorce años y ella trece años, antes de tener una relación sexual con el testigo le contó por red social porque no se animaba a hablar del tema, que se sentía insegura y no quería tener relaciones por lo que le había pasado anteriormente. Él le creyó y tuvo un enojo con su tío Ramírez y le dijo que le contara a sus padres lo que le había pasado, pero ella no se animaba en ese entonces porque era chica y creía que no le iban a creer. Manifestó que le comentó que Ramírez «*hacía juegos con ella donde él la tocaba, jugaba con ella [...] que la penetraba con sus dedos, que la tocaba, la manoseaba*», que le pasaba cada vez que lo veía a

Ramírez, una vez la llevó en un auto a pasear (ver registro audiovisual de fecha 16 de marzo de 2022, a partir del minuto 04:00).

Señaló el juzgador que el relato de P.N.C.R. también fue validado con las declaraciones de la madre de P.N.C.R., N.B.R., de su amiga C.E.D. y de su padre C.C., quienes confirmaron *«el relato de la existencia de abuso por parte de Ramírez, y de los ataques de pánico que sufría P., de los que no pudieron encontrar una explicación clínica»*. Asimismo, el juez dijo que los testigos *«admitieron que se juntaban a jugar a las cartas en la cocina y que Ramírez era el único que no lo hacía y se iba a una habitación a ver televisión junto a P. y J. o a dormir [...] a veces salía en el auto con P. o con P. y J., y particularmente con P. a enseñarle a manejar, al igual que iba a la casa del acusado»*. Expuso también el juez de la instancia anterior que no existió discordias, discrepancias o refutaciones entre los testigos mencionados, sino algunos detalles según el grado de conocimiento de apertura que P.N.C.R. tuvo con los mismos, derivado del grado de confianza y oportunidades en que brindó el relato de los abusos (ver páginas 7 y 8 de la sentencia).

En tal sentido, de las constancias registrales de la audiencia advierto que N.B.R. declaró que el acusado era pareja de su hermana Esther, que tomó conocimiento de los abusos cuando su hija le contó en el año 2019 en su casa *«porque estaba mal y no podía guardar lo que había pasado»*, que cuando entró en la habitación se desmayó porque venía de contarle a su hermana lo que Ramírez le había hecho. Manifestó que su hija le comentó que cuando era chica Ramírez la manoseaba en la habitación, le hacía juegos, *«jugaban a hacer el sandwichito, la ponía arriba de él, la tocaba, cuando salía se las llevaba a las dos al centro, siempre a ella la ponía adelante y le decía que si quería manejar y la ponía encima de él y la empezaba a tocar y la otra nena iba atrás [la hermana menor de nombre J.]»*. A pregunta de la Fiscalía la testigo respondió que *«era siempre lo mismo, cuando estaban solos él le hacía cosas [...] tenía siete años cuando empezó con eso [...] hasta los 11 o 12 años [...] él siempre se la lleva[ba] a comprar, siempre le compró ropa, zapatillas, celulares, todo, para que ella no contara lo que él le hacía»*. Agregó la testigo que los días viernes y sábados se juntaban en su casa con las vecinas a jugar a las cartas y Ramírez –que iba siempre con su hermana– se acostaba en la pieza con P. y J. o se las llevaba a comer algo al centro, era el único hombre que se acostaba en la pieza con las chicas durante dos o tres horas, cuando estaba en presencia de ella no estaba encima de su hija, y con su hermana la testigo se llevaba muy bien porque la ayudaba mucho con sus hijas, pero después que su hija contó lo que le pasaba con Ramírez no tuvo más contacto con su hermana. Refirió que le creyó a su hija porque nunca mentía ni inventó historias, y que P.N.C.R. le dijo que no quería ver a Ramírez nunca más (ver registro de fecha 14 de marzo de 2022, video I, a partir del minuto 18:15).

Asimismo, C.E.D. declaró en la audiencia que era amiga de P.N.C.R. y tía de J., vivía a media cuadra de su casa, y en una charla en que estaban solas, ella se abrió con ella y le contó lo que le había sucedido, que Ramírez le hacía hacer juegos, la manoseaba, le dijo que quería enseñarle a manejar y en una calle oscura la hizo sentarse arriba de él, le bajó la ropa a ella y se bajó la de él y la sentó arriba de él, que en las otras ocasiones ocurría en casa de P.N.C.R. cuando Ramírez venía de visita. A preguntas de la Fiscalía, la testigo respondió que por miedo a que le pasara algo a su hermana más chica P.N.C.R. no se lo había contado a sus padres, que tuvo desmayos, ataques de pánico –incluso en su casa– y a raíz de eso fue a psicólogos, que ella le creyó cuando le contó y que cuando iba a jugar con las chicas Ramírez siempre estaba, siempre le regalaba cosas a P.N.C.R. y la sacaba a lugares, que el único problema que tuvo P.N.C.R. del que ella tuviera conocimiento fueron los abusos sexuales por parte de Ramírez. A pregunta de la defensa respondió la testigo que presenció en varias ocasiones los desmayos de P.N.C.R., cuando era chica y hasta hacía poco

tiempo antes de la audiencia (ver registro audiovisual de fecha 14 de marzo de 2022, video III, a partir del minuto 05:42).

Relacionado con lo que antecede, destaco también que el testigo C.C. manifestó en la audiencia que era el padre de P.N.C.R. y también amigo de Ramírez y, que cuando explotó su hija, ya de grande, le contó lo que le pasó con Ramírez, tenía ataques de pánico, se descomponía, le contó que desde muy chica abusaba de ella, la manoseaba, la tocaba, la llevaba a lugares donde le daba regalos, le envió un mensaje, como una carta, donde le explicó todo lo que había vivido y que con palabras no le podía decir. A preguntas de la Fiscalía el testigo respondió que no vivía con su hija y por eso no compartía mucho tiempo con ella, que le contó que lo que le pasó fue desde chica, que Ramírez la llevaba a pasear con su tía –con quien se llevaba bien y era su madrina– y a veces a ella sola, que desde hacía tiempo sufría ataques de pánico, fue al médico, estaba muy nerviosa, se desmayaba y convulsionaba, le hicieron muchos estudios y le dijo que eran ataques de pánico, le pasaba cuando se ponía nerviosa. Agregó que como hecho grave en la vida de su hija, solo tomó conocimiento de estos abusos y que a partir de ello tenía más contacto con su hija, que le creyó cuando se lo comentó, dijo: *«no creo que mentiría con un tema así [...] por la forma en que me lo dijo, la situación en que se encontraba con todos los problemas que tenía [...] esa angustia y después que me lo contó se sentía más liberada»* (ver registro audiovisual de fecha 16 de marzo de 2022, a partir del minuto 20:18).

c.- Ahora bien, en la sentencia se ponderaron también las declaraciones y explicaciones brindadas en la audiencia por la licenciada Johana Jardón. Al respecto se expuso que la profesional concluyó que el relato de P.N.C.R. era creíble, verosímil, coherente y sin contradicciones, que describió espontáneamente lo sucedido y el contexto en que ocurrió, la interacción con el acusado, la descripción física de lo pasado, las sensaciones internas que le provocaron y la forma como se fueron complejizando las conductas abusivas y su progresividad, cómo se dieron los juegos, los espacios –en la casa y en el auto–, las consecuencias con trauma observables por medio de angustia y llanto, los sentimientos de rechazo al sexo y sexualidad traumatizada. Destacó también el sentimiento de ambivalencia por ser Ramírez una figura de cuidado, protectora, cumplía un rol paterno y de sostén económico y acerca del descreimiento familiar, lo que generó en la víctima sentimiento de soledad y el mantenimiento del secreto desde los 7 a los 13 años (ver punto III, pág. 8 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2022, a partir del minuto 24:20).

En efecto, en este tramo de revisión de la sentencia en crisis, advierto que la licenciada Jardón declaró en la audiencia que entrevistó en cinco oportunidades a P.N.C.R. junto a otra profesional del EDeAAS y que utilizaron técnicas psicológicas, tales como la entrevista semidirigida, Test Gestáltico Visomotor de Bender, HTP extendido, Persona Bajo la Lluvia, y la técnica psicométrica MMPI-2 a requerimiento del licenciado Vallina, perito de control. A preguntas de la Fiscalía, la profesional respondió que el licenciado Vallina estuvo presente en las últimas cuatro entrevistas, le sacó fotocopia al protocolo del MMPI-2 y tuvo acceso al material durante las entrevistas y después cuando se acercaba al EDeAAS. Explicó la testigo que las técnicas son una herramienta y la interpretación depende de cada profesional, que el licenciado Vallina *«tuvo acceso al protocolo de las respuestas de la peritada en relación a esta técnica que es el MMPI- 2 que es el inventario multifacético de personalidad de Minnesota»* y que las profesionales del EDeAAS accedieron a administrar esta técnica por la insistencia del perito de control en solicitarla, pero con el equipo de trabajo del EDeAAS no consideraron las conclusiones del MMPI-2 ya que los baremos disponibles para codificarla no estaban actualizados porque eran del año 2002, lo que se consignó en el

informe y se le explicó al perito de control, y que en la evaluación se valieron de otras herramientas en razón que el MMPI-2 es de personalidad en general y lo que se debía realizar era evaluar la credibilidad del relato de la examinada según los puntos específicos solicitados por la autoridad judicial (ver registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2022, a partir del minuto 07:35 hasta 20:26).

Además, la licenciada Jordán aclaró en la audiencia que utilizaron las técnicas gráficas porque eran las aplicadas por lo general en el EDeAAS, y destacó dentro de las notas características que le otorgaron credibilidad al relato de P.N.C.R. –mencionadas en los párrafos anteriores–, la *espontaneidad en la construcción del mismo* y la *cronicidad de las conductas abusivas a través de la progresividad y complejización de los hechos que P.N.C.R. relató en las entrevistas*, es decir, de las acciones y mecanismos utilizados por Ramírez para concretar las conductas abusivas –a partir de juegos sexualizados en la casa y en el auto– y sumado a ello, las *consecuencias en su funcionamiento psíquico en relación a indicadores de trauma*. A pregunta de la Fiscalía, la testigo respondió que detectaron *indicadores* de grandes montos de angustia, ansiedad y llanto, erupción de recuerdos constantes de los hechos denunciados, dificultades para mantener actividades intelectuales, limitaciones, incomodidad, resistencia, evitación, rechazo e imposibilidad de mantener encuentros sexuales, lo que a criterio de la licenciada Jardón encuadraba en sexualidad traumática. Agregó la profesional que a través de las técnicas gráficas también detectaron *indicadores* de inestabilidad emocional, impulsividad, debilidad en la voluntad, dificultad en las relaciones sociales, inhibición y de necesidades de aprobación y afecto. Asimismo, la licenciada Jardón subrayó la importancia de evaluar cómo se hizo y cómo respondió la familia ante la revelación de los abusos, que ocurrió cuando estaba de novia y tenía rechazo a mantener relaciones sexuales, y los sentimientos de ambivalencia hacia Ramírez al describirlo como una figura de cuidado, protectora y de sostén económico para ella. Señaló la testigo que también evaluaron el relato al momento en que develó los abusos a sus progenitores y a la pareja de Ramírez que le descreyó, lo que le generó mucha inseguridad, sentimientos de soledad, de vulnerabilidad; el mantenimiento del secreto desde los siete años hasta los trece años, cuando refirió la examinada que Ramírez le pedía perdón por los abusos, le decía que recordara que tenía una hermana que estaba creciendo, que si ella decía algo también le podía pasar algo a ella; y encuentros posteriores de los episodios de abusos porque Ramírez formaba parte del grupo familiar. A preguntas de la Fiscalía declaró que no detectaron indicadores de ganancialidad, manipulación, fabulación ni mitomanía en el relato de P.N.C.R., y se *explayó* acerca de las consecuencias que le ocasionó a la entrevistada la rememoración de los hechos, el gran monto de angustia, los sentimientos de ahogo que padeció con consultas a médicos y psicólogos a través de la escuela, que por miedo a la revelación de los hechos no los comentó al psicólogo al no saber que éste no debía hacerlo, y del arrepentimiento posterior de no haber revelado los abusos con anterioridad (ver registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2022, a partir del minuto 22:45).

A lo expuesto, corresponde considerar también que a pregunta de la defensa la licenciada Jordán respondió que se produjo una situación familiar luego del develamiento, donde la estabilidad familiar se vio afectada por el descreimiento de abuso, porque Ramírez era querido y valorado por su función paterna ya que P.N.C.R. no tenía casi relación con su progenitor biológico, que fueron sus padres quienes la motivaron a realizar la denuncia, y que como P.N.C.R. tenía una relación cercana con la pareja de Ramírez cuando la descreyó se sintió muy dolida y vulnerable (ver registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2022, a partir del minuto 43:11).

Además, en la audiencia de debate declaró el perito de control, licenciada Danilo Vallina. Este profesional

manifestó que no fue notificado de la primera entrevista y que aunque las profesionales del EDeAAS le mostraron las notas no le satisfizo porque fueron sesgadas, y que fue un error que el EDeAAS utilizara técnicas proyectivas porque están contraindicadas en la forense norteamericana que es la más seria del mundo, por lo que en su criterio fueron inválidas por falta de claridad, de criterio, fiabilidad, de limpieza y científicidad. Agregó que un procedimiento serio era el del MMPI para medir simulación y disimulación, que no se tuvieron en cuenta los resultados que él obtuvo de la aplicación de la técnica, sino solo la hoja de respuesta que tabuló con el baremo del que disponía, y que le dieron como excusa que en el EDeAAS no estaba actualizado, pero en su opinión en una década no cambia mucho la población y lo decía él que era un apasionado de la psicometría. A pregunta de la Fiscalía sobre técnicas psicológicas utilizadas por el EDeAAS y psicólogos argentinos en general y por qué motivo las criticaba, respondió que en Argentina no se utilizaba una psicología científica como lo hacían los norteamericanos, sino una psicología con una fuerte impronta psicoanalítica, teoría que fue descartada por Popper por carecer de valor predictivo (ver registro audiovisual de fecha 10 de junio de 2022, a partir del minuto 03:04).

Al respecto, por una parte, hay que tener en cuenta que de las presentes actuaciones surge que la defensa solicitó la reprogramación de la audiencia fijada en el EDeAAS para fecha 25 de mayo de 2020, y conforme tal petición fue fijada y notificada a la defensa para el día 4 de junio de 2020 (ver fs. 168/169 y fs. 174). Posteriormente, la defensa designó al licenciado Danilo Vallina como perito de control en reemplazo del anterior perito de control, licenciado Carlos Messina (ver fs. 177/179). Asimismo, a fs. 189 se consignó que la audiencia de fecha 4 de junio de 2020 fue notificada a la defensa el día 22 de mayo de 2020, que se presentó el defensor particular junto al licenciado Vallina el día 1° de junio de 2020 por mesa de entradas de la Fiscalía interviniente, ocasión en que la defensa ya había tomado conocimiento de la fecha de la audiencia, y que se autorizó al perito de control que en caso de ser necesario pudiera ampliar o repreguntar sobre el hecho, notificándosele la audiencia de entrevista post Gesell fijada para el día 24 de junio de 2020 –notificada a su vez a fs. 190–, rectificándose el error material de la fecha 24 de junio por el día 26 de junio, notificándose a la defensa y al perito de control Vallina (ver fs.191/192).

Dado lo anterior, entiendo que no existió violación al derecho de defensa ni discriminación contra Ramírez por ser hombre como afirma la defensa, en razón que la valoración realizada en la sentencia de las declaraciones de la licenciada Jordán y del licenciado Vallina, se efectuó dentro de la sana crítica racional, los parámetros específicos en materia de valoración de abusos sexuales a niñas en el ámbito familiar y con perspectiva de género. Es decir, el testimonio de P.N.C.R. fue ponderado en el contexto en que ocurrieron los hechos, circunstancias particulares y relaciones desiguales de poder, y el resto de las pruebas incorporadas al debate, sin perderse de vista que la Corte IDH también estableció que debe evitarse «la revictimización o reexperimentación de los hechos traumáticos» (OEA-MESECVI. *Recomendación General del Comité de expertas del Mesecvi (No.3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género*. Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. México. Año 2021, p. 21).

Pues, a la jurisprudencia de la Corte IDH citada con anterioridad, agrego que en el «Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala», sentencia de 10 de mayo de 2014, afirmó: «[l]a Corte estima que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, tal como han señalado otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CEDAW. Tanto la Convención de Belém do Pará (preámbulo y artículo 6) como

el CEDAW (preámbulo) han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011) afirma que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, así como que “la naturaleza estructura de la violencia contra las mujeres está basada en el género» (párrafo 207).

d.- Ahora bien, la defensa también critica la meritación de la credibilidad otorgada por el juzgador al testimonio de P.N.C.R., al afirmar que es mendaz en cuanto se contradijo con la declaración de M.B.S. –ex esposa del padre– y la de su tía materna C.T.

Según constancias registrales de la audiencia, observo que M.B.S. declaró que a la fecha de la audiencia tenía una muy buena amistad con Ramírez y que fue pareja del padre de P.N.C.R. durante cuatro años y que tenía poca relación con ella. A preguntas de la defensa, la testigo respondió que tomó conocimiento de los hechos por medio del padre de P.N.C.R., que acudió con él a ver a un abogado y como P.N.C.R. no quiso hablar de lo sucedido sino que escribió una nota, el abogado dijo que no tomaría el caso porque no estaba convencido. Agregó que muchas veces llamaban a su ex pareja –Carlos Carballo– por los desmayos de P.N.C.R., que la llevaban al hospital y no le encontraban nada. A preguntas de la Fiscalía, la testigo respondió que el abogado nunca habló con P.N.C.R. porque ella no podía contar lo sucedido y que no sabía a qué se dedicaba el abogado ni si estaba formado en perspectiva de género, que solo lo conocía de la municipalidad donde ella trabajaba, reiteró que no tenía mucha relación con P.N.C.R. porque era muy callada. Agregó que aproximadamente tres meses después del develamiento de P.N.C.R. dejó de ser pareja de Carlos Carballo, que su actual pareja Darío Bustos es amigo de Ramírez desde la secundaria, y que nunca habló con P.N.C.R. sobre los abusos porque no tenía relación con ella (ver registro audiovisual de fecha 17 de marzo de 2022, a partir del minuto 24:40).

Con relación a la declaración de P.N.C.R. respecto de Carlina Torres, en la sentencia se argumentó que la víctima declaró que le contó acerca de los abusos «*muy por encima*» y que no habló más con ella porque no le creía (ver punto I.2, pág. 5 y registro audiovisual de fecha 14 de marzo de 2022, video II, a partir del minuto 55:38), y que en el mismo sentido Carlina Torres declaró en la audiencia. Así pues, Carlina Torres manifestó que Ramírez era amigo suyo de hacía muchos años, que era un excelente amigo, y que P.N.C.R. era su sobrina pero no se relacionaba mucho con ella y hacía mucho tiempo que no la veía, y a preguntas del juzgador del motivo por el que no la veía, respondió: «*no quise estar metida en el medio de mi amigo y mi sobrina [...] y con ella nunca hemos tenido una relación de tía y sobrina, no teníamos relación*» y aclaró que por lo que pasó no tenía trato con su sobrina pero sí tenía trato con Ramírez. A preguntas de la defensa, la testigo respondió que cuando le preguntó a su sobrina si la había penetrado le contestó en ese momento que solo había sido un manoseo y que esto era lo que ella sabía al respecto porque P.N.C.R. lloraba y quien le dijo que Ramírez había abusado de su sobrina fue su amiga Estefanía, su sobrina solamente lloraba. Agregó la testigo que trató de calmarla y tranquilizarla, que también sabía que Ramírez con Esther las sacaban a pasear cuando eran chicas y que su sobrina tenía episodios de desmayos incluso en la escuela pero no supo los motivos (ver registro audiovisual de fecha 17 de marzo de 2022, a partir del minuto 07:46).

Conforme lo expuesto, no observo contradicciones ni elemento alguno que le reste credibilidad al relato de P.N.C.R. conforme la valoración realizada en la sentencia a los testimonios brindados en la audiencia

por las testigos Santana y Torres, por lo que el agravio no puede prosperar.

e.- Otro cuestionamiento de la defensa técnica a la valoración de la declaración de P.N.C.R. consiste en atacar el razonamiento del juzgador por ilogicidad al afirmar que si aquella sufría ataques de pánico no se entiende –según el recurrente– cómo pudo elegir al acusado como padrino de su cumpleaños de quince.

Considero que el cuestionamiento defensivo tampoco es admisible, si se tiene presente en la sentencia, por una parte, la ponderación respecto del sentimiento de ambivalencia presente en P.N.C.R., por cumplir Ramírez una figura de cuidado, protección, sostenimiento económico y, por otra parte, el descreimiento a nivel familiar, la corta edad en que comenzaron los abusos, el largo tiempo en que transcurrieron los abusos sexuales y el secreto que le impuso el acusado, tal como se argumentó en la sentencia con apoyo en el relato de P.N.C.R. y las testimoniales mencionadas en el punto 4.a.

También repárese en las explicaciones vertidas en la resolución en crisis al respecto, con apoyo en las declaraciones de la profesional del EDeAAS, en las que el sentenciante se basó para demostrar la situación emocional y psíquica por la que atravesó P.N.C.R. al ser atacada sexualmente por Ramírez, y que le originaron ataques de angustia, ansiedad e intervenciones médicas, miedo a contarle al psicólogo lo que le había pasado y arrepentimiento por no haber revelado antes los abusos (ver sentencia, pág. 8).

Cabe analizar también, que el impugnante se agravia en cuanto a la valoración del relato de P.N.C.R. atribuida por el juez de la instancia previa, porque no se habría demostrado que aquella tuviera bajo rendimiento escolar y porque realizó un develamiento tardío de los abusos por medio de notas y teléfono celular. Veamos.

En cuanto al momento de la revelación del abuso sexual y sus formas me he pronunciado en anteriores precedentes, por ejemplo, en los casos «Vargas Riquelme» y «Olmedo Arrieta», en que sostuve que «al analizar el relato de víctimas de abusos sexuales hay que considerar *el silencio* para comprender la capacidad discursiva de la víctima y el *momento de su develamiento*, como también, que entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza, el riesgo por el estado de vulnerabilidad y la ausencia o debilidad de redes familiares e institucionales (Ulf Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica). Pues, los abusos sexuales perpetrados en contextos familiares tienden a mantenerse en secreto y suelen salir a la luz de una forma accidental cuando la víctima *puede* revelar lo sucedido, en muchas ocasiones bastante tiempo después de ocurrido (meses o años) de los primeros sucesos, como se demostró que ocurrió en la situación de L.A.S.H. (E. Echeburúa Odriozola y C. Guerraechevarría. Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores. En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), *Manual de Victimología*, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch)».

De las constancias registrales de la audiencia, observo que la progenitora de P.N.C.R. declaró que cuando su hija comenzó la secundaria empezó con desmayos, en varias oportunidades se quiso suicidar, se quiso cortar las venas, del colegio la enviaron a un psicólogo y no quiso hablar sobre su infancia, cuando recordaba lo que le pasó empezaba con los desmayos, y cuando la testigo le preguntó por qué no le dijo antes lo que le había pasado le respondió que Ramírez le decía que si ella contaba le iba a hacer lo mismo a su hermana J. que tenía cuatro años menos que ella y para que no le pasara lo mismo a la hermana no lo contaba (ver registro audiovisual de fecha 14 de marzo de 2022, video I, a partir del minuto 26:20).

De tal manera, el testimonio de N.R. corroboró la declaración de P.N.C.R. –según se afirmó en la sentencia– y los motivos por los cuales el develamiento fue tardío surge con claridad de estos testimonios y el de C.D.,

como también de las consecuencias del daño sufrido por los abusos conforme la valoración realizada en la sentencia de la declaración de la profesional del EDeAAS.

Asimismo, advierto que tampoco le resta credibilidad a la declaración de P.N.C.R. la circunstancia que las develaciones se hayan realizado por notas y a través de telefonía celular, en razón que eran los medios de comunicación de que disponía para poder develar abusos sufridos desde niña durante varios años por parte de Ramírez, quien era la pareja de su tía materna, estaba siempre presente en el grupo familiar, le dijo que debía mantener el secreto y que si lo develaba nadie le creería y podría pasarle lo mismo a su hermana menor.

Sentado cuanto antecede, los agravios en revisión relativos a valoración de las pruebas en que el sentenciante sustentó la credibilidad del relato de P.N.C.R. deben desestimarse.

f.- Ahora bien, la defensa afirma que el sentenciante no ponderó el examen psíquico realizado a Ramírez del que surgió que no presentaba un perfil de abusador sexual.

En lo relativo al examen psíquico de Ramírez realizado por el Cuerpo Médico Forense, la médica Gema Lara –profesional de la sección Psicopatología del Cuerpo Médico Forense– declaró en la audiencia que lo entrevistó en forma virtual por el protocolo vigente durante la pandemia por Covid-19. A pregunta de la Fiscalía sobre rasgos sobresalientes de personalidad de Ramírez –y luego de dar lectura al examen psíquico– la profesional respondió que observó dependencia emocional y depresiva en Ramírez y a manejarse impulsivamente por el apego a esa otra persona. Aclaró la profesional que si no consignó en el informe indicadores significativos de abuso sexual es que no fueron detectados, lo que no significaba que el hecho no hubiera existido lo que excedía a su intervención en el proceso (registro audiovisual de fecha 29 de marzo de 2022, a partir del minuto 50:40).

Sobre el particular, entiendo que el planteo defensivo no puede prosperar, en razón que la ausencia de información forense de un trastorno de pedofilia o perfil de abusador del acusado no es por sí mismo un elemento determinante para descartar la conducta en el proceso valorativo de pruebas relativas a la investigación y juzgamiento de hechos de abuso sexual contra una niña en el ámbito familiar, teniendo en consideración el resto de los elementos probatorios meritados en la sentencia y analizados en los puntos anteriores, según la sana crítica, estándares probatorios y jurisprudencia reseñada.

g.- El recurrente también plantea en la casación que existió imprecisión temporal y del lugar de los hechos, sobre todo en cuanto al de mayor gravedad.

Con respecto a los momentos temporales y espaciales en que ocurrieron los abusos, el sentenciante destacó que los abusos a la niñez en el ámbito familiar habitualmente se comenten en la intimidad y que, en el caso en particular, el acusado escogía situaciones en que *«se encontraba la víctima sola; o en una situación ausente de testigos. Esto abarca[ba] la presencia de su hermana J., ya que por la escasa edad que tenía al momento de los hechos y por encontrarse sentada en el asiento de atrás del auto, no podía ver los actos que se producían adelante o carecía de comprensión parra entenderlos en el supuesto de haberlos visto»* (punto II, págs. 6 y 7 de la sentencia).

Además, el juzgador aclaró que en el relato de P.N.C.R. son notas distintivas la coherencia en lo esencial o nuclear de lo fáctico, la época en que ocurrió, el tipo de abuso, la individualización de su autor y mención de alguna circunstancia que llamara atención o despertara un recuerdo imborrable acerca de lo sucedido, lo que provee de logicidad, factibilidad y persistencia al relato, y por tanto, lo torna creíble. Agregó el juez

de la instancia previa: «[n]o pierde logicidad el relato de la víctima por no saber el nombre de las calles oscuras en la que el acusado detenía el auto para poder realizar sus ataques. Pretender que la carga de esa prueba o su conocimiento sea inexcusable, implica una exigencia desmedida e irrazonable. Ninguna víctima tiene que saber el lugar al que es llevada para sufrir abusos y si lo sabe, es una cuestión propia del azar o del destino más que una condición absoluta de credibilidad del testimonio» (ver punto II, pág. 7 de la sentencia).

Dado lo anterior, advierto que el juez de la instancia previa ponderó también el testimonio de P.N.C.R., en relación a los aspectos de temporalidad y lugar en que sucedieron los abusos sexuales, no solo en forma particular sino con las declaraciones de testigos que declararon en la audiencia – según lo expuesto en los puntos anteriores– dentro de las reglas de la sana crítica y parámetros específicos en la materia mencionados, y expuso con claridad las argumentaciones al respecto, por lo que el cuestionamiento también debe rechazarse.

h.- Finalmente, la defensa se agravia por la pena impuesta a su asistido por considerarla desproporcionada en consideración que a lo sumo pudo haber existido tocamientos, y porque el juzgador no consideró la edad de su asistido, la carencia de antecedentes penales, la unión de larga data, que su mujer no puede tener un hijo y que sufrió encierro durante la pandemia por Covid-19 en la que falleció su madre y un hermano estuvo preso.

Sobre el particular, observo que no asiste razón a la defensa. En efecto, en la sentencia el juez de la instancia anterior, para determinar el monto de la pena hizo referencia, entre los elementos más relevantes, a las modalidades en que el acusado realizó los abusos sexuales y la diferente gravedad e intensidad de los mismos, la multiplicidad y su realización a lo largo de los años, la humillación a la que fue sometida P.N.C.R. durante tanto tiempo y el alto daño ocasionado que se vio reflejado en el dolor de la víctima y su grupo familiar en las constancias visuales de la audiencia.

De tal manera, al verificar que la pena se encuentra adecuadamente fundada a partir de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, considero que el agravio de la defensa, expuesto en este sentido, no puede prosperar.

Por todo lo expuesto hasta el momento, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de **violencia de género en su doble condición de víctima mujer y niña**, me remito a lo oportunamente señalado en «Ojeda Pérez», «Merlo Lassa», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Cruz Caporiccio», «Vázquez Tumbarello», «Montenegro Fisigaro», «Castillo Ordoñez», «Sosa Ortubia y Lucero Lorca», entre otros, por resultar aplicable en el presente caso.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala en relación con el deber de juzgar con **perspectiva de género** los casos en que las mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito, en relación con ello, a lo expresado en los **precedentes «Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Césare Melli», «Zurita»**, entre otros. Por su parte, en lo que respecta a las declaraciones producidas en Cámara Gesell y la valoración judicial de los diversos exámenes realizados corresponde la remisión al caso **«Metral Osorio»**, en lo pertinente.

Por lo expuesto considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

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

13- HAAS ACUÑA. 02-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcHAJ.pdf

Lex: Art. 92 en fc. de arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, 183 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo y 55 del CP. Art. 4 de la ley 26.485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. VG. Daño simple. Amenazas simples. Concurso real. EPI. Retracción.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de veces, todo en concurso real y en contexto de violencia de género.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2088, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Nulidad.

- Miranda Sosa.
- Luna García.
- Yalava. 06-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210806_FcNN.pdf

Perspectiva de género.

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Mejía Salvador. 10-19-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

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

Fallo:

CUIJ: 13-06881587-2/1((018602-6399)). F C/ HAAS ACUÑA JORGE ROBERTO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE AGRAV. DAÑO SIMPLE , AMENAZAS SIMPLES Y ABUSO SEXUAL (6399) (6399/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106130002*

En Mendoza, a los dos días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06881587-2/1** caratulada **“F. c/ HAAS ACUÑA JORGE ROBERTO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE AGRAV. DAÑO SIMPLE, AMENAZAS SIMPLES Y ABUSO SEXUAL (6399/21) S/ CASACIÓN”**.

La defensa de Jorge Roberto Haas Acuña interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2088, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de siete años de prisión por considerárselo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples y abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de veces, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1 y 11, arts. 183 y 149 bis primer párrafo primer supuesto, 119 3° párrafo y 55 del CP y art. 4 de la ley 26.485) en los autos P-6399/21.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal consideró acreditado los hechos según fueron descritos en la pieza acusatoria en los siguientes términos que: *«[...] el día 17 de enero de 2021, a las 23.00 horas aproximadamente, en la vivienda ubicada en calle..., Guaymallén, Jorge Roberto Haas Acuña previo mantener una discusión con su pareja, [M.R.N.U.], tomó el celular marca Samsung A-10 de la empresa Movistar, número de línea 261....948, perteneciente a C.G., hija de [M.R.N.U.] y lo arrojó al piso, provocando trizadura y rayones en la pantalla del teléfono, un leve pandeado en su parte media superior y que el equipo no encienda. Acto Seguido, Jorge Roberto Haas Acuña, tomó con fuerza de los brazos a [M.R.N.U.] mientras le manifestaba de forma reiterada: “te voy a matar”, dichos que provocaron temor fundado en la víctima; para pegarle una patada en cada pierna, provocando las siguientes lesiones en [M.R.N.U.]: edema de rodilla derecha y edema de rodilla izquierda, las cuales tienen un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes»*.

Asimismo, que *«[...] el día 20 de diciembre de 2020, siendo las 09.00 horas, en el domicilio sito en calle, Guaymallén, más precisamente en la habitación de la vivienda, Jorge Roberto Haas Acuña, tras cerrar*

con llave la puerta del dormitorio, se tiró encima de su pareja, [M.R.N.U.], cruzó sus brazos en el torso de la víctima, con sus piernas abrió las piernas de la misma, la penetró con su miembro vía vaginal contra la voluntad de la Sra. [M.R.N.U.], quien le expresaba su negativa, y la forzó a mantener relaciones sexuales vaginales; hechos que se repitieron en un número indeterminado de veces en el domicilio mencionado, desde el mes de noviembre del año 2020 y hasta el mes de enero de 2021, obligándola a mantener relaciones sexuales por vía vaginal, anal y oral».

Para así resolver, el juez de instancia anterior valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones testimoniales de la víctima, de Pablo Alejandro Puebla, David Orlando López, Gerardo Abel Sánchez, Rosana Isabel Arce Pérez, Stella Mathus, Camila Denise Godoy Novillo, Lorena Zalazar, Claudia Lucía Gómez, Leonardo Jorge Haas.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Jorge Roberto Haas Acuña interpone recurso de casación contra la sentencia de condena de conformidad con lo previsto en el art. 474, ambos incisos, del CPP.

Cuestiona que la sentencia posee una motivación aparente y contradictoria. Por una parte, destaca que se omitió valorar las declaraciones testimoniales de Pablo Alejandro Puebla, David Orlando López y Gerardo Abel Sánchez, lo que torna nula la resolución que cuestiona. Por otra parte, afirma que la contradicción surge de la valoración de las declaraciones en el debate oral de las especialistas Zalazar y Mathus. Respecto de la primera, destaca su pertenencia al **Equipo Profesional Interdisciplinario** y cuestiona que se haya expedido sobre la **probabilidad afirmativa de credibilidad del relato de la víctima**, debido a que no se encuentra dentro de sus facultades. Pero además, contrasta ello con la afirmación por parte de Mathus, especialista del **Cuerpo Médico Forense**, en lo relativo a que la última expresó que no **podía concluirse sobre la veracidad** de los hechos relatados. Agrega que no se realizaron pericias sobre las declaraciones de la víctima a los fines de determinar la credibilidad del testimonio, sino sólo prueba de carácter indiciario.

En relación con el hecho de abuso sexual atribuido por el órgano acusador, critica que no se realizó informe físico específico debido a que el valorado en la sentencia es anterior a la realización de la denuncia de abuso sexual por parte de la víctima. Detalla que no se solicitó que se informara por lesiones compatibles con abuso sexual al momento de la realización del examen valorado. Expone que el transcurso del tiempo no puede ser una explicación razonable para su no realización específica debido a que únicamente había transcurrido un mes entre la fecha que menciona la víctima hasta la denuncia.

En función de lo expuesto, solicita que se absuelva a Haas Acuña por el delito de abuso sexual con acceso carnal y se lo condene a la pena de dos años de prisión, de ejecución condicional, únicamente por lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, daño y amenazas simples, todo en concurso real.

Hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina a fs. 5/8 en relación con el recurso de casación interpuesto y considera que si bien procede formalmente, corresponde su rechazo sustancial. Ello, en tanto que la defensa sólo ha expresado su **discrepancia con la valoración probatoria** expuesta en la sentencia.

En relación con la crítica por falta de valoración de las declaraciones testimoniales de Pablo Alejandro

Puebla, David Orlando López y Gerardo Abel Sánchez, explica que aquellos fueron parte del personal policial que arribó al domicilio luego del hecho de lesiones que padeció la víctima, por lo que no advierte relación alguna con los hechos de los abusos sexuales respecto de los cuales la defensa pretende su anulación.

Respecto a la declaración de la víctima, destaca que la sentencia ha valorado debidamente el contexto de violencia grave y crónica en el que se encontraba inmersa. Señala que las pretendidas contradicciones de las especialistas no son tales debido a que llegaron a idénticas conclusiones relacionadas con los indicadores de credibilidad que identificaron en el relato de la víctima. Enfatiza en que es función del juez evaluar si los hechos ocurrieron al analizar el conjunto del plexo probatorio de acuerdo con la sana crítica racional. Agrega que el juez también valoró las conclusiones del examen psicológico realizado sobre el acusado sobre sus características de personalidad y las testimoniales de los vecinos y del hijo del acusado que dieron cuenta de la violencia que se padecía la víctima en su vivienda familiar.

En consecuencia, propicia que se rechace el recurso de la defensa y se confirme la sentencia bajo estudio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Haas Acuña, corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

En relación con el caso bajo estudio, advierto que las críticas efectuadas contra la sentencia se circunscriben la valoración probatoria realizada únicamente respecto de la acreditación del hecho que fuera calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado que concluyó la responsabilidad penal de Haas Acuña. Por su parte, en relación con la condena por el delito de lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples al no haber sido cuestionada la declaración de responsabilidad por ninguna de las partes, la misma se encuentre firme, por lo que no corresponde expedirse sobre ello en la presente resolución.

La primera crítica defensiva se dirige contra la falta de valoración en los fundamentos de condena de las declaraciones testimoniales producidas en el debate oral por parte de Pablo Alejandro Puebla, David Orlando López y Gerardo Abel Sánchez. El cuestionamiento pretende que como consecuencia de ello se anule la sentencia, lo que estimo no corresponde. Como bien advierte también el Procurador General, las declaraciones testimoniales que señala la defensa son las expuestas por el personal policial que concurrió al domicilio sito en calle, Guaymallén, en fecha 17 de enero de 2021, lugar en que se cometió el hecho que constituyó el objeto de la denuncia identificada como 1 en la pieza acusatoria. Este hecho luego fue calificado como lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, daño simple, amenazas simples. En otras palabras, la defensa pretende que por su falta de valoración expresa en la fundamentación de la sentencia se la anule, pero no explica de forma alguna cómo inciden estas declaraciones relativas a hechos que se encuentran firmes, sobre los hechos identificados en segundo lugar que fueron calificados como abusos sexuales y que las denuncias y la acusación fiscal ubican en otro momento. En términos claros, la defensa no brinda razones en relación con la vinculación o el interés de lo que podía conocer el personal policial que asistió a la vivienda el día que se produjeron las lesiones a M.R.N.U. con los hechos de violencia sexual que fueron posteriormente denunciados, que ocurrieron en momentos distintos a las lesiones.

De tal manera, se advierte que la crítica defensiva constituye un planteo de **nulidad por la nulidad misma**. En este aspecto, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala en diversos precedentes como **«Miranda Sosa», «Luna García», «Yaleva»**; entre otros, conforme el cual *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*. En dicho precedente, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

Por su parte, en relación con los elementos efectivamente vinculados a los hechos calificados como abusos sexuales con acceso carnal, debe destacarse que el juez de la instancia anterior valoró debidamente el **contexto de violencia contra la mujer** en el que fueron enmarcados los hechos de violencia sexual investigados, como también las características particulares que presentan este tipo de delitos. En este sentido afirmó que *«[...] los delitos contra la integridad sexual ocurren, en su mayoría, en ámbitos de intimidad ajenos a la vista de terceros, por lo que resulta **difícil contar con testigos presenciales**. Por otra parte, en el caso de mujeres víctimas de violencia, la situación se agrava por cuanto se encuentran sumergidas en circunstancias que, debido a la relación disfuncional y asimétrica que mantienen con el autor de los hechos, agravan su estado de vulnerabilidad e indefensión. Ello, sumando al temor y demás condiciones que desequilibran su espíritu y las llevan a retractarse de las denuncias formuladas, exigen de la judicatura un análisis más profundo y riguroso sobre la evidencia, con especial atención a las manifestaciones de la mujer al momento en que acudió al Estado a fin de salir de la relación violenta que la encerraba y las condiciones de dicha retractación»*.

A partir de ello, el juez de instancia anterior consideró acreditados los hechos en virtud de lo declarado por M.R.N.U. durante la investigación penal preparatoria cuando instó la acción penal por los abusos sexuales, el informe confeccionado por el Equipo Profesional Interdisciplinario en relación con los episodios de violencia sexual que había padecido aquella por parte de su pareja Haas Acuña. Asimismo, consideró las declaraciones testimoniales de Rosana Isabel Arce Paéz, Camila Denise Godoy y Leonardo Jorge Haas respecto a lo violento y agresivo que era el acusado en el hogar, el informe psicológico confeccionado por el Cuerpo Médico Forense respecto de la víctima y el informe del examen psicológico sobre el acusado. Especial relevancia tuvo este último, en tanto allí se afirmó que la baja tolerancia a la frustración e inadecuado manejo de sus impulsos por parte del acusado se podía expresar en conductas desajustadas, que no respetaba los límites externos y que prevalecían sus necesidades por sobre la de las demás y que sus funcionamientos podían proyectarse en el área de la sexualidad y tener conductas desajustadas a parámetros sociales.

Respecto a la valoración de esta prueba mencionada, el segundo cuestionamiento defensivo se encuentra dirigido contra la acreditación de la credibilidad de las declaraciones de M.R.N.U.. En este aspecto, la defensa crítica las conclusiones a las que llegó la licenciada Zalazar, quien entrevistó a M.R.N.U. en fecha 19 de enero a los efectos de realizar el informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja, y contra la mujer, que confecciona el Equipo Profesional Interdisciplinario. La defensa puntualiza que no se encuentra dentro de sus facultades expedirse sobre la credibilidad del testimonio, sino únicamente informar sobre la valoración de riesgo.

EPI. Entrevista psicológica. Guías de valoración de riesgo. Escala de predicción de violencia física grave.
EPVR. SARA.

Como ya ha expuesto esta Sala el informe confeccionado por el EPI tiene como objetivo adecuar la investigación penal a los compromisos asumidos por el estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. En este sentido, se ha considerado que cuando las mujeres aparezcan como presuntas víctimas de un hecho de violencia de género, resulta necesario que para que los distintos operadores del derecho puedan cumplir con su cometido de sancionar este tipo de delitos, que también sea preservada la integridad psico-física de la víctima a los fines de asegurar un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población (ver «Mc Garry»).

La confección del informe surge del resultado de la aplicación de la técnica de **entrevista psicológica forense semidirigida estructurada** y las **guías de valoración de riesgo según la escala de predicción de violencia física grave en la pareja revisada (EPV.R), Spousal assault risk assessment guide (SARA)**, tal como ha sido explicitado en el informe de fs. 56/57. En este procedimiento la especialista toma conocimiento y da cuenta de diferentes hechos de violencia que la víctima menciona; en el caso de M.R.N.U. surgieron hechos de violencia física, psicológica, sexual, económica y ambiental como ha quedado plasmado en el informe y declaró la licenciada Zalazar durante el debate.

La crítica defensiva se dirige a cuestionar las conclusiones sobre la verosimilitud de los hechos mencionados por M.R.N.U. durante la entrevista que se le realizó. Sin embargo, de la lectura de la sentencia de condena se observa que lo valorado fueron los hechos de violencia grave y la crónica que puso en conocimiento M.R.N.U. en dicha entrevista. Así, el juez de instancia anterior valoró que se había dejado constancia de hechos que configuraban violencia psicológica, física y sexual y que la relación entre víctima y victimario resultaba disfuncional de tipo asimétrica con creencia por parte del varón de su superioridad respecto de la mujer con conductas de dominio y control, como también que M.R.N.U. había asumido conductas de acomodación a los fines de evitar la emergencia de conflictos y agresiones. El juez sentenciante destacó que la licenciada Zalazar durante el debate explicó que por diversas razones las víctimas se retractan de las denuncias que formulan. Agregó que, al respecto, había detectado un marcado déficit en los niveles de alarma de la denunciante en relación con el potencial agresivo de su pareja, lo que condiciona su capacidad de adoptar conductas eficaces de autocuidado y protección. Valoró también que la licenciada Zalazar consideró que el relato de la víctima resultaba creíble y espontáneo por haber aportado detalles de contexto e idiosincráticos y presentarse como coherente y lógico.

Retractación. Ciclo de violencia.

Todas las conclusiones aportadas por la licenciada Zalazar resultaron indicios correctamente valorados por parte del juez de la instancia anterior para valorar la declaración de la víctima en el juicio oral, negando sus declaraciones anteriores. Comparto en este sentido la valoración judicial expuesta en cuanto afirma que «[...] la negación de los hechos efectuada por la denunciante durante la audiencia de debate, lejos de poner en crisis la hipótesis objeto de acusación de un alto contenido confirmatorio, pues permite verificar el contexto de violencia en que aquella se encuentra inmersa». En su apreciación también tuvo en consideración que M.R.N.U. había negado los hechos denunciados por ella misma y que se encontraban acreditados con prueba objetiva y testigos presenciales, lo que demostraba esta dificultad para percibir y comprender el riesgo al que se encontraba expuesta, que había sido detectado en el informe del EPI confeccionado por la licenciada Zalazar.

Debe señalarse que esas consideraciones realizadas por el juez de sentencia sobre la retractación de la víctima responden a lo que he expuesto en diversos precedentes sobre el tema, entre otros en «Cruz Caporiccio», «González Sosa» y «Tello Sánchez».

Por su parte, y respecto a las conclusiones del examen psíquico que expuso la licenciada Mathus del Cuerpo Médico Forense, entiendo que la contradicción que alega la defensa no es tal. Tanto en el informe presentado por escrito, como en su declaración durante el debate, explicó que el relato de M.R.N.U. resultaba claro y coherente y que no había detectado indicadores de ganancialidad. La explicación acerca que de ello no se podía concluir que los hechos hayan ocurrido en la realidad no invalida sus conclusiones, sino que constituyó –según expresó la especialista– una aclaración que debía realizar en todos los casos en los que intervenía. A ello debe agregarse que, no se encuentra dentro de las facultades de la médica psiquiatra determinar si los hechos denunciados por la víctima ocurrieron, pues esta es una atribución jurisdiccional que se materializa luego de valorar todo el plexo probatorio incorporado durante el debate. La defensa pretende darle un sentido a la declaración de la licenciada Mathus que no condice con las atribuciones de cada una de las personas intervinientes en el proceso penal y desvirtúa el rol de la judicatura en el mismo.

Además, la defensa alega que se podrían haber realizado pericias en relación con la credibilidad de lo relatado en las distintas declaraciones por parte de la víctima. Frente a ello, debe referirse que esas medidas de prueba no fueron ofrecidas en los momentos procesales oportunos. Tampoco explica la defensa cómo estas pericias habrían aportado información que desvirtuara el cúmulo probatorio reunido efectivamente durante el juicio y que el juez sentenciante estimo suficiente a los fines de acreditar la responsabilidad penal de Haas Acuña.

Finalmente, la defensa destaca que el examen físico realizado a la víctima fue con anterioridad a que M.R.N.U. denunciara los abusos sexuales con acceso carnal, por lo que los especialistas no habrían realizado el debido examen. Si bien resulta cierto lo que la defensa plantea, ello no debilita el resto del plexo probatorio por lo que el cuadro cargoso se mantiene indemne.

En consecuencia, al no advertirse los vicios que alega la defensa relacionados con la valoración de la prueba obrante en autos, entiendo que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala en relación con el deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros. Además, en relación con las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos, en los precedentes «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**», «**Mercado Orozco**», entre otros,

expuse cómo debe ser juzgado con la debida perspectiva de género que el caso requiere.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro».**

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto a por la defensa de Jorge Roberto Haas Acuña.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese.

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

14- DIAZ BRAVO. 04-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230504_FcDBJ.pdf

Lex: Art. 119 3° y 4° párrafo inc. b del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por el encargado de la guarda del menor (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1738, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Pringles. 19-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200219_FcRGR.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPI.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Martínez Fernández. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcMFC.pdf
- González Sosa
- Buenanueva
- Castillo Ezequiel.
- Díaz Castro. 24-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200724_FcDiaz.pdf
- González Ortego. 26-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210226_FcGOI.pdf

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

Fallo:

**CUIJ: 13-06929091-9/1((028601-94710)). FC/ DIAZ BRAVO P/ABUSO SEXUAL - ART. 119 1°
PARRAFO (94710) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106174536***

En Mendoza, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06929091-9/1 caratulada “F. c/ DÍAZ BRAVO, JOSÉ LUIS P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de José Luis Díaz Bravo interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1738, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-94.710/21, a la pena de diez años de prisión por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido por el encargado de la guarda del menor (art. 119 tercer párrafo y cuarto párrafo inc. b CP).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que el día 16 de setiembre de 2021, en horas del mediodía aproximadamente, la madre del niño V. de 8 años de edad, lo dejó al cuidado del acusado, tío del menor, en el domicilio de éste, sito en la ciudad de San Rafael. Esto, porque debía llevar a su otro hijo al médico. Entre las 17 y 18 hs y encontrándose solos, el acusado le dijo al niño que se bajara los pantalones. Al negarse, le reiteró que lo hiciera o, en el caso contrario, le pegaría. Una vez que se bajó los pantalones, le introdujo los dedos de su mano en el ano al menos en dos oportunidades y luego le dijo que no contara nada de lo sucedido, porque de hacerlo, lo mataría a él, a su madre y hermano.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa cuestiona la sentencia de la instancia anterior porque entiende que el juez no analizó correctamente el relato de la presunta víctima, por lo que duda de su veracidad.

Señala que la tía materna del niño no está en sus cabales y que la vertida en esta causa, es otra de sus mentiras. Resalta que su defendido no se resistió cuando lo detuvieron, lo que demuestra que nunca tuvo la intención de abusar del sobrino.

Concretamente, dice que no está comprobado el abuso sexual y que no se le dio crédito a la declaración de su defendido.

Por lo expuesto, solicita que se anule la sentencia por falta de fundamentación.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el señor Procurador General considera que el recurso debe rechazarse.

Refiere que de los fundamentos surge que el tribunal analizó la prueba correctamente, evaluando cada elemento.

Agrega, entre otras consideraciones, que las profesionales que examinaron al menor dan cuenta de la credibilidad de su relato, sin que se visualice manipulación y que la versión de la defensa carece de sustento.

En función de lo expuesto, estima que el recurso interpuesto no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto de la revisión practicada, surge que el abuso sexual investigado en esta causa, ha sucedido en la forma establecida en la sentencia.

De tal modo, convergen en la responsabilidad penal del acusado la declaración de la víctima, el niño V., registrado en Cámara Gesell, el de su madre y su tía materna; así como los informes de los psicólogos y médicos que intervinieron en autos, sus declaraciones en el debate y la prueba instrumental.

En efecto, la madre de V., M.M., dijo que dejó al niño a cargo del acusado durante unas horas, en la mañana del 16 de septiembre de 2021, mientras llevaba a su otro hijo a un control médico en los consultorios de la obra social de la familia.

Al regresar y ya en su casa, advirtió que el niño sentía dolor en la zona anal al momento de ir al baño, así como que caminaba con dificultad, con las piernas abiertas.

No obstante que el menor negó que le hubiera pasado algo, la madre hizo una denuncia y lo interrogó con más firmeza, logrando que develara la situación vivida con el acusado.

Esto es, que mientras estaba a su cuidado, aquél le dijo que se bajara los pantalones, a lo que el niño primero se negó, y luego hizo, debido a que Díaz Bravo lo amenazó con golpearlo. Posteriormente, el acusado le introdujo dos dedos en el ano. El niño V. gritó, lo que provocó que el acusado dejara de hacerlo, a la vez que le exigía que no contara nada sobre lo acontecido, ya que en caso contrario, lo mataría a él, a su madre y hermano.

Esta misma versión le dio V. a su tía materna y a las licenciadas en Psicología que lo entrevistaron, en forma previa a realizar la Cámara Gesell y durante ésta.

Dichas psicólogas dijeron que su declaración fue creíble, espontánea, sin que surgiera ningún indicio de fabulación. Es más, destacaron que el menor V. carecía de madurez para inventar una situación de ese tipo.

Asimismo, descartaron cualquier influencia de terceros para alterar los hechos vividos, con excepción de la que llevara a cabo el padre de V., en procura de que no delatara al acusado, su hermano.

En efecto, en su declaración en la audiencia de debate, la licenciada Pizarro refirió que el padre de V. se

acercó a éste y le dijo al oído que no hablara. Esta situación fue observada también por la tía materna, que estaba presente en el lugar y, a su vez, V. la mencionó en su declaración.

Con relación a la madre de V., el juzgador señaló en los fundamentos de la sentencia cuestionada, que fue internada en el pabellón de Psiquiatría del Hospital Schestakow, como consecuencia del impacto que le generó el hecho en juzgamiento, quedando el menor V. a cargo de la tía materna.

Por su parte, el juzgador de la instancia previa descartó la veracidad de la declaración del acusado, consistente en que el abuso lo cometió un menor de edad vecino del barrio, alto, apodado «El mendocino», en el momento en que V. salió un rato a la calle a jugar. Agregó Díaz Bravo que fue V. quien le confió que *«el flaco alto lo llevó a un pasillo»*.

Sin embargo, esta hipótesis no fue confirmada por los testigos que la defensa citó al debate, contando con el solo aval del hermano del acusado y padre de V., M.A.D., quien fue visto, tal como reseñé precedentemente, intentando impedir antes de llevarse a cabo la entrevista por Cámara Gesell que su hijo indicara como autor al acusado.

Es oportuno resaltar en esta dirección, que una de esas testigos, vecina del acusado, lejos de apuntalar la versión defensiva, declaró que no era usual que los menores de la edad de V. se juntaran a jugar con el grupo de chicos más grandes, entre los cuales estaría la persona señalada por Díaz Bravo, como presunto autor del hecho.

Finalmente, para despejar dudas en este aspecto, corresponde reiterar que el niño V. de manera constante, señaló a su tío como el autor del abuso y persistió en esa versión durante todo el proceso, exponiendo en cada una de sus declaraciones, los mismos detalles. Entre ellos, en qué lugar de la casa estaban el acusado y él, qué estaban haciendo, cuántos dedos le introdujo en el ano, entre los más relevantes.

Cabe destacar que el acceso carnal está comprobado, por más que el médico que revisó a V. tras la denuncia no haya detectado lesiones, dado que, según expuso aquel profesional en el debate, esto es perfectamente posible, teniendo en cuenta, además del tamaño y forma en que el objeto –en este caso, los dedos– fueron introducidos en el ano, que el menor V. había sido operado en esa zona con anterioridad.

Además, son irrelevantes en orden a la confirmación de la condena pronunciada, y frente a las pruebas descriptas en los párrafos anteriores, las circunstancias que apunta la defensa, tales como que la tía materna de V. *«no está en sus cabales»* o que Díaz Bravo, al ser aprehendido, no haya opuesto resistencia.

Resta consignar que en casos similares a éste, he decidido entendiendo que *«[...] entre los Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la C.N. se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que establece un amparo genérico hacia ellos y obligaciones hacia el Estado argentino y en consecuencia a su gobierno (Legislativo; Ejecutivo; y Judicial) y entre estas, se encuentra la necesidad de adoptar medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual[...], que debe entenderse siempre que el niño esté en custodia (de cualquier persona o institución) y con relación al accionar de toda persona»* (ver, al respecto, **«Castillo Ezequiel»** y **«Díaz Castro» de la Segunda Cámara del Crimen** y **«González Ortego»** de esta Sala, entre otros), términos que juzgo aplicables a esta causa.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Adaro. Adhire.

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

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado Díaz Bravo. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos donde las víctimas presentan una situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez» y «Martínez Fernández», entre otros).

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Luis Díaz Bravo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

15- BRIZUELA. 09-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230509_FcBJN.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b), 42, 55 del CP. CEDAW. Belem Do Pará.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Tentativa. Obligación estatal reforzada de debida diligencia. Relato de NNA. Retracción de NNA. Síndrome de acomodación.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en grado de tentativa, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b), 42, 55 y art. 119 3° y 4° párrafo inc. b) del CP). SA es padre de la víctima. SP niña de 10 años

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N°1994, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Relato de NNA. Vulnerabilidad.

- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Merlo Donaire. 08-20-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf (SP hija)
- Vargas Riquelme. 02-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcVRR.pdf
- Tapia Castillo. 14-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_FcTCJ.pdf
- Baltazar Cruz. 25-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220425_FcBCH.pdf

b-CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

VALENZUELA-CASTAÑO, G. P. y **CRISTIANO-LÓPEZ**, A. J. «Retracción de testimonio en niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual». Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Ciencias Sociales, Psicología. Arauca. Colombia. Año 2020. pág. 6.

ob. cit., p. 7/8; Pipino, A.V. «La retracción en niñas y niños víctimas de abuso sexual». *Revista de Psicología Jurídica y Forense*.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. *La retractación de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial: Sensibilizar Instituciones para no Revictimizar*. Organismo Especializado de la OEA. pág. 5. Recuperado de <http://www.iin.oea.org/boletines/especial-violencia/pdfs/Articulo-sobre-retractacion.pdf>

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

Fallo:

CUIJ: 13-06854220-5/1((018602-17318)). F C/ BRIZUELA JONATHAN NORMAN P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (17318/20) (17318) P/ RECURSO DE CASACIO. *106104448*

En Mendoza, a los nueve días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06854220-5/1** caratulada **“F. c/ BRIZUELA JONATHAN NORMAN P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (17318/20) (17318) s/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa del imputado Jonathan Norman Brizuela interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.994 dictada por el Segundo Penal Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condena a la pena de diez años de prisión como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en grado de tentativa, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (art. 119 tercer párrafo, en función con el cuarto párrafo inc. b), 42, 55 y art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo inc. b) del CP), que se le atribuye en la causa N° P-17.318/20.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado que *«en fecha 9 o 16 de febrero de 2020, en el domicilio de calle..., N. J. B. intentó penetrar analmente a su hija menor G.C.B.M. de 10 años de edad, y acto seguido la llevó al baño de la casa y le obligó a la misma a realizar sexo oral»* (ver registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, partir del minuto 03:16 hasta 03:40).

Para así decidir, el tribunal de sentencia ponderó la declaración de Brizuela, de los diversos profesionales de la salud, declaración de la menor en Cámara Gesell, pruebas instrumentales incorporadas al debate y demás testimoniales incorporadas en la audiencia.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone recurso de casación con sustento en los dos incisos que contempla el art. 474 del CPP.

a.- Vicios formales

El recurrente cuestiona la sentencia por motivación aparente y contradictoria, que la torna nula de nulidad absoluta.

Por un lado, esgrime que la sentenciante interpretó la declaración del Lic. Izura en forma contradictoria al no tener en cuenta que expuso en la audiencia que solo vio a la menor una vez y desconocía los

antecedentes familiares. Asimismo, en tanto existió una contradicción en la Cámara Gesell porque primero manifestó que advirtió enojo por el episodio de la remera y después se retractó, y al interrogarlo la defensa si podía afirmar o asegurar que la niña fue abusada, respondió que solo podía dar una aproximación pero no asegurar con certeza ya que no tuvo acceso a todas las actuaciones.

Por otra parte, expone que el Dr. Agasso incurrió en contradicciones, ya que por un lado expresó que existió abuso sexual infantil, pero a preguntas de la defensa explicó en relación con las limitaciones de su ciencia que solo podía arribar a la sospecha de abuso sexual.

También cuestiona la declaración de la Lic. María Inés Correas, porque en su opinión afirmó que a pregunta de la defensa en la audiencia respondió que no creía que la niña pudiera actuar pero no lo afirmó, y en cuanto expuso en forma genérica que una niña de 10 años no podía tener información de situaciones sexuales, pero en el caso de la menor habría que ver su situación.

Seguidamente señala que es contradictoria la afirmación del tribunal de la instancia anterior en lo relativo a la declaración de la Dra. Marcela Noemí Godoy Amore, porque ésta señaló que la lesión de por sí era inespecífica para abuso sexual, y que podría haberse ocasionado con una maniobra de rascado de la niña y solo era altamente probable que hubiera sido por abuso. Indica también que la menor estuvo internada en el hospital Notti entre el 23 y el 26 de febrero de 2020, en que se le practicó un examen ginecológico en el que no se le detectaron las lesiones referidas por la Dra. Godoy. De ello, infiere que las lesiones fueron producidas con posterioridad.

Se agravia también en relación con la valoración efectuada de la declaración de la Lic. Alicia Pelaia al atribuirle a Brizuela una personalidad de abusador, porque el examen realizado y declaración de aquella no surge con certeza dicha afirmación, en tanto la psicología no es una ciencia exacta y no se puede tener por cierto que el acusado haya cometido un abuso sexual. Agrega que el tribunal no tuvo en cuenta, al tomar partido por la teoría de la realización del acto con intenciones de manipulación, que la denunciante declaró que Brizuela había intentado quitarse la vida frente a ella.

Finalmente, afirma que es contradictoria la argumentación de la sentencia en cuanto sostuvo que la credibilidad del relato de abuso sexual de la menor surgió de los testimonios de los profesionales de la salud, porque en su opinión no se desprende de ninguna de las declaraciones. Al respecto, esgrime que la Lic. Sandra Verónica Manrique –trabajadora social– expuso que no presenció el relato de la niña; la Lic. María Inés Correas –psicóloga del Hospital Notti– declaró que podía responder a la pregunta de la defensa en general pero habría que evaluar la situación de la niña; y de las testimoniales del Lic. Azura, Dr. Agasso, Lic. Alcaraz y Lic. Mama –brindada en la instrucción e incorporada por lectura– no se desprende que aseguraron que la niña haya sido abusada sexualmente.

b.- Vicios sustanciales

El impugnante expone que existe discordancia entre la realidad comprobada y el esquema legal escogido para su encuadramiento jurídico, de lo que infiere que se aplicaron erróneamente las normas penales.

En función de ello, solicita la absolución de su asistido, y en subsidio si no se acoge su petición absolutoria, se lo condene a la pena de tres años de ejecución condicional por el delito de abuso sexual simple calificado por ser cometido por ascendiente –art. 119 primer párrafo en función con quinto párrafo del CP–.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General, al dictaminar, expone que si bien el recurso de casación procede formalmente, debe rechazarse sustancialmente y confirmarse la sentencia impugnada.

Relacionado con ello, argumenta que el recurso se sustenta en torno a la discrepancia con la valoración de las pruebas por parte del tribunal, y como consecuencia de la misma propone una nueva valoración para intentar debilitar la fuerza convictiva que surge de su conjunto.

Destaca que la defensa incurre en contradicción al peticionar en subsidio otra condena, en razón que en primer lugar negó la existencia del abuso y después lo admite sin la agravante por acceso carnal.

En cuanto a los vicios formales expresa que el tribunal de la instancia previa valoró el plexo probatorio en conjunto, en forma íntegra y concatenada. En tal sentido, refiere que ponderó la declaración de la víctima en Cámara Gesell, junto con las declaraciones brindadas por los profesionales intervinientes y familiares.

Agrega que las lesiones constatadas compatibles con un intento de penetración en la menor han de valorarse con el resto del material probatorio y no en forma aislada.

En relación con los vicios sustanciales expone que atento la jurisprudencia de este Tribunal debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal de la instancia previa, sin modificarlos. De tal manera, considera sobre la base de precedentes de esta Sala, que los vicios sustanciales deben circunscribirse a una interpretación jurídica sin alteración del material fáctico.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación planteado anticipo opinión en el sentido que corresponde su rechazo y la confirmación de la sentencia en crisis, en razón que no adolece de los vicios planteados por la defensa. Veamos.

a.- Consideraciones preliminares

De manera preliminar, destaco que el marco normativo en que se sustentó el tribunal de la instancia anterior en el proceso de valoración del material probatorio incorporado al debate, se corresponde con el referido en anteriores precedentes jurisprudenciales de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia. Al respecto, se hizo referencia al sistema de la sana crítica racional, y con cita del **caso «Biscontín Tobares»**, al especial tratamiento de los delitos contra la integridad sexual en que la víctima es una niña de diez años de edad, en que son cometidos en un ámbito de intimidad donde usualmente no hay testigos directos, por lo que el testimonio de la menor y los exámenes psicológicos destinadas a evaluar la credibilidad de sus dichos son fundamentales porque con frecuencia no quedan evidencias físicas para la acreditación del hecho (ver punto E de la sentencia).

Asimismo, en diversos precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, **«Paz Parra»**, **«Agüero Pérez»**, **«Tapia Castillo»**, **«Merlo Donaire»**, **«Vargas Riquelme»**, **«Baltazar Cruz»**, entre otros– me he pronunciado en el sentido que la revisión de resoluciones judiciales en que son víctimas de abusos sexuales niñas, niños y adolescentes, en cuanto integran un grupo humano vulnerable, requiere la aplicación de **estándares internacionales específicos de protección de derechos**, tanto en el análisis del material probatorio como en la aplicación del Derecho penal sustantivo, que surgen de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) basada en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de

Discriminación contra la Mujer -CEDAW- y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la Mujer –Convención de *Belém do Pará*– entre otras (véase, por ejemplo, «**Paz Parra**», «**Agüero Pérez**», «**Tapia Castillo**», «**Baltazar Cruz**», entre otros).

Ligado a lo anterior, señalé que la Corte DH se pronunció sobre la «*obligación estatal reforzada de debida diligencia*» cuando las investigaciones y el proceso penal se da en el marco de violaciones sexuales contra niñas, y adoptó un enfoque *interseccional* que considera la condición de género y la edad de la niña (Caso «**V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párrafos 154 y 155), (ver «Vargas Riquelme»).

De ahí, que el deber de debida diligencia reforzada y el derecho de acceso a la justicia a la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales, no se cumple solo con la admisión de la denuncia, sino que implica también la participación activa, el derecho a ser oída/o «[...] *con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez*» (Corte IDH «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua», párr. 161). Esto, porque la violencia sexual en niñas, niños y adolescentes, «[...] *es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas*» (párr. 163; cfr. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y Caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255).

Sentado lo que antecede, el análisis de las argumentaciones defensivas las canalizaré a fin de resolver si la sentencia en crisis, al juzgar el hecho contenido en la acusación, cumplió o no con el deber de debida diligencia reforzada y medidas integrales de protección especial en procesos penales por violencia sexual en perjuicio de la niña G.C.B.M. y el deber de no revictimización institucional (cfr. Corte IDH. «**Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua, párrafos 139 y 153**). Ello, con el resguardo del principio de inocencia en juicio del acusado y sin perder de vista que el hecho aconteció en un contexto familiar y en una relación asimétrica y desigual de poder etaria y de género, como expondré seguidamente.

b.- Acerca de los cuestionamientos a la valoración probatoria realizada en la instancia previa

De una recapitulación de los agravios esgrimidos por la defensa advierto que ellos pretenden restarle valor probatorio a informes psíquicos y declaraciones de profesionales de la salud que examinaron a G.C.B.M. en el proceso penal y a Brizuela, a partir de aspectos parciales de las pruebas ponderadas por el recurrente en forma segmentada y sin consideración de otras pruebas testimoniales ponderadas en la sentencia a la luz de estándares específicos en valoración de pruebas en procesos penales de niñas víctimas de abuso sexual intrafamiliar por sus progenitores.

b.1. Relato en cámara Gesell. Contexto familiar. Vulnerabilidad.

b.1.- Ello así, hay que tener presente que el relato de la niña realizado en la entrevista realizada en Cámara Gesell en fecha 19 de diciembre de 2009 debe meritarse, en el contexto familiar de vulnerabilidad propicio para una retractación observada por los profesionales de la salud, con el vertido al momento del develamiento de los hechos a su madre en fecha 20 de febrero de 2009 que dio origen a la denuncia y el abordaje de la menor por el Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) a pocos días del hecho.

En este sentido, en la sentencia se afirmó: «*Visto el devenir judicial del presente proceso, cabe destacar que el abordaje a la menor se inició inmediatamente de recibirse la denuncia efectuada por su madre, la Sra. J. L. M, quien si bien, ante el Tribunal dio cuentas de la retractación de su hija a los hechos denunciados*

en una primera oportunidad, el acompañamiento y la debida intervención de los profesionales de la salud, permitieron explicar lo acontecido ante ello, dando por cierta la existencia de los abusos denunciados. Tal es así que, a través de una explicación lógica de todo lo vivenciado por G.C.B.M., la concurrencia de un sentimiento de ambivalencia que padecería la niña, sumado a las expresiones de tristeza de su mamá, y factores externos tales como, la situación económica, la soledad de la familia, a una posible desprotección como lo explicará el Dr. Agasso, fueron concluyentes a tal accionar» (ver sentencia, punto E, pág. 10).

En efecto, de las registraciones audiovisuales de la audiencia advierto que la progenitora de G. C.B. M., J. L. M, declaró en la audiencia que su hija estaba sentada en una cama y le dijo: *«el pa' me tocó, me tocó por todos lados»*, y que también le manifestó *«que él le había metido su coso en la boca y en la cola»*. Asimismo, la testigo expuso que su hija le dijo que lo referido ocurrió cuando la testigo dormía, aproximadamente una semana antes del suceso cuando su padre le tiró la remera y que fue en el baño. A preguntas de la fiscalía J. L. M respondió que cuando ingresó a la vivienda con su hija, B. estaba colgado con una soga, que volvió a hablar del hecho con su hija después que tuvo tratamiento con la psicóloga, que la niña no volvió a tener contacto con su padre, y que cuando regresaban de la Cámara Gesell estaba muy angustiada, lloraba, y le dijo que había inventado todo, que era mentira lo que su padre le había hecho y se sentía mal por su papá (ver registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, a partir del minuto 14:30 hasta 22:50). A preguntas de la Fiscalía acerca de si B. la había maltratado, ésta respondió afirmativamente y agregó que por ello realizó una denuncia en Oficina Fiscal de Rodeo del Medio pero no la siguió, que después de la denuncia de las presentes actuaciones se separó de B., que la niña le tenía miedo a su papá cuando golpeaba las cosas y se ponía agresivo, que antes también había intentado quitarse la vida delante de ella y de la niña, quien presenciaba estos hechos violentos y le decía a la testigo que estaba cansada que pelearan (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 28:35). A preguntas de la Fiscalía, la testigo respondió que B. era quien sustentaba económicamente el hogar, que después que se separó de B. vio muchas cosas que antes no veía, por ejemplo, *«que su relación era un infierno y no podía vivir de esa manera»*. La testigo agregó que cuando la niña estuvo internada en el Hospital Notti –después del hecho– solo fue a verla la abuela paterna, y que la psicóloga le comentó que la abuela paterna le dijo a la niña en aquella ocasión que su padre se iba a matar porque se lo iban a llevar preso, y por tal motivo a partir de entonces, la abuela paterna tenía una prohibición de acercamiento hacia G.C.B.M. solicitada por la psicóloga del hospital Notti (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 36:45).

Asimismo, en la resolución cuestionada se sostuvo de manera integrada con los argumentos antes referidos, que *«[a] los fines de ilustrar debidamente el panorama y condiciones, debe mencionarse que cuando se realizó la **Cámara Gesell**, la menor tenía diez años de edad (19/12/2009), y los hechos se habían denunciado para el mes de febrero de ese mismo año, cumplimentándose esta testimonial, recién para el mes de mayo, es decir, a casi tres meses posteriores a los hechos y luego de que la pequeña fuera abordada por los profesionales del Programa de Maltrato Infantil. [...] Lo relevante de esta testimonial fueron las palabras aportadas por la niña, su notoria ansiedad de expresar que había mentido, que sí hubo tocamientos, mostrándolos con sus manitos, pero que todo era una mentira. Estas conductas fueron posteriormente examinadas por los expertos, desarrollando de manera clara y precisa una definición al accionar contradictorio de la niña víctima»* (ver sentencia, punto e), pág. 10 y reproducción de Cámara Gesell en registro audiovisual de fecha 16 de febrero de 2022, a partir del minuto 19:50).

En efecto, de la reproducción de la Cámara Gesell observo que la niña manifestó en la entrevista que el

día que su progenitor le tiró una remera le dijo muchas cosas y ella se enojó, que dijo que la había tocado y le daba besos, que su papá después le dijo: «yo no quiero verla nunca más a Ud.» y que cuando se fue ella se puso mal, que estaban en la casa de su madrina y su papá se fue a la casa de su abuela. También relató que cuando estuvo internada en el Hospital Notti, le dijo a una médica que su padre la había tocado y le daba besos en la boca, y con las manos señaló partes del cuerpo donde la tocaba –senos, cuello, garganta–. Además, en respuesta a preguntas realizadas por el Lic. Izura expresó que en esta entrevista de Cámara Gesell fue la primera vez que dijo que todo era mentira, que la noche anterior se dio cuenta que extrañaba mucho a su padre –a quien no veía «desde el día que pasó eso hasta ahora»– y que su mamá no trabajaba, que lloraba porque extrañaba a su padre, que se sentía sola y que estaba buscando trabajo, y entonces ella pensó que tenía que decir que todo era mentira (ver registro audiovisual de fecha 16 de febrero de 2022, a partir del minuto 21:10).

b.2.- En cuanto a la valoración de la declaración del Lic. Francisco Izura –psicólogo del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales (EdeAAS)–, el tribunal de la instancia anterior señaló la importancia de su análisis conjuntamente con las declaraciones del Dr. Agasso y de la Lic. Mama, porque corroboraron el *proceso de retractación* en que halló inmersa la niña como parte del abuso sexual (ver sentencia, pág. 33).

Así, y con respecto al testimonio del Lic. Francisco Izura, el tribunal de juicio expuso que aquel profesional intervino en la Cámara Gesell realizada a la niña y que observó que claramente se encontraba ante una situación de *retractación*, porque los argumentos para sostener una mentira no eran consistentes, en razón que anteriormente había relatado que fue abusada sexualmente por su progenitor. Se indicó en la sentencia que al preguntársele al profesional cuáles manifestaciones advirtió como «inconsistentes», explicó que «*básicamente es un argumento escueto, dice que todo es mentira a partir de que su padre le tira una remera, una situación de maltrato y a partir de allí decide modificar el relato. Ella había dicho que había sido tocada en algún lugar. No hubo otro motivo de retractación. Utiliza solo ese argumento. La niña a parte dice que es la primera vez que lo va a decir. Ha realizado todo un circuito por distintas instituciones y jamás dijo que esto era mentira. Llega a esta instancia con un argumento bastante inconsistente frente a lo planteado*» (ver sentencia, punto E, pág. 12). Agregó el tribunal de la instancia previa que podría haber influido en G.C.B.M. para cambiar la versión de los hechos de abusos, las presiones familiares ante una madre que lloraba por el supuesto intento de autoagresión del padre a partir que habló sobre el abuso, lo que significaba una carga de responsabilidad que impactó emocional y psicológicamente unido a la ausencia de redes externas hasta que fue abordada por el PPMI (ver sentencia, punto E), págs. 12/13).

En tal sentido, se expuso en la resolución en crisis que el Dr. Agustín Agasso explicó que en el punto 5 del informe de fs. 249/250 pudieron observar que «*si existió una situación de abuso sexual, podrían estar ante una etapa de retractación como parte del abuso sexual*» (sentencia, punto E), pág. 13). Se consignó también que el profesional mencionó presiones familiares después del develamiento cuando la madre confrontó la niña con el agresor quien intentó suicidarse en presencia de la niña, consecuencias económicas en cuanto la niña refirió que le compraba cosas, presiones internas que se manifestaron en una relación ambivalente porque G.C.B.M. percibía a su progenitor como protector y al mismo tiempo le generaba una situación de agresión sexual. Cabe subrayar que también se sostuvo que el Dr. Agasso afirmó que el *proceso de retractación* podía darse en un único suceso de abuso sexual y que estas situaciones de develamiento están precedidas por un proceso de acercamiento y sexualización del vínculo que la niña describió por lo que pudieron existir otras situaciones. También se argumentó que el Dr. Agasso declaró que «*obtuvieron elementos que los hicieron sospechar del síndrome de acomodación o proceso de*

acomodación al abuso sexual infantil y de la retractación», cuyas etapas fueron explicadas por el profesional y descritas en la sentencia (ver sentencia, punto E, págs. 13/14 y registro audiovisual de fecha 18 de febrero de 2022, a partir minuto 03:12, a partir minuto 08:17).

Destaco también, que en la sentencia se vertieron explicaciones con relación a la retractación en el tiempo y el síndrome de acomodación al abuso sexual infantil, e incluso se transcribieron puntos del informe citado del EdeAAS con relación al estado emocional, secuelas del abuso sexual, credibilidad e indicadores de influencia en el relato y proceso de retractación con respecto a G.C.B.M. En tal sentido se consignó: «3. **Estado emocional posterior al hecho vivenciado.** 4. **Secuelas** que el hecho que habría sufrido le generó, pronunciándose por si detectan síntomas relacionados al hecho que habría experimentado, o en su caso, el grado de afectación psíquico y/o indicadores de traumas: [...] cabe destacar que de las técnicas psicológicas gráficas administradas surgen indicadores de ansiedad, impulsividad, necesidad de apoyo y contención, introversión, inhibición, aislamiento, opresión afectiva, así como también sentimientos de culpa, inseguridad, temores, tensión y angustia, los cuales podrían presentarse como indicadores inespecíficos como consecuencias de vivencia de abuso. 5. **Credibilidad de los dichos** que relata (si el mismo es espontáneo o influenciado): resulta necesario aclarar que no se obtuvo un relato por parte de C. que dé cuenta de las situaciones de carácter sexual en las que involucra a su progenitor como autor de las mismas. Es por ello, que no se cuenta con elementos que permitan valorar la credibilidad del testimonio. No obstante, el relato producido por C en el que intenta dar cuenta de los argumentos que habrían motivado la presente denuncia, manifestando encontrarse arrepentida de la misma, carece de consistencia en su lógica interna y presenta contradicciones en aspectos fundamentales, resultado fallidos los intentos de acomodar la información que brinda. En este sentido surgen elementos que podrían vincularse con un proceso de retractación, entendiendo dicho concepto como un eslabón más del proceso de acomodación de abuso sexual infantil [...] Así también presiones internas a partir del vínculo afectivo con quien sería el agresor, su padre biológico, siendo éste una figura significativa para la niña, lo que podría generarle sentimientos confusos y ambivalentes. Cabe mencionar que, en muchas ocasiones las retractaciones forman parte del proceso de develamiento y suelen producirse generalmente en casos de abuso sexual infantil intrafamiliar, a partir de las consecuencias producidas en el entorno familiar derivadas del proceso judicial. En esta lógica, es esperable que quienes padecen dichas agresiones, asuman un lugar de responsabilidad tanto de preservar la homeostasis familiar como de destruirla, por lo que si en ese momento no reciben el apoyo que necesitan, es posible que se retracten. [...] 6. Si se detectan indicadores de influencia de factores externos (presión familiar, animosidad, ganancialidad, etc., en relación a alguno de los involucrados o cualquier otro dato que se estime de interés para la causa; del examen practicado a C, surgen indicadores de presión de factores tanto internos como externos, y que tiene vinculación directa con las consecuencias producidas en el entorno familiar derivadas del proceso judicial» (sentencia, punto E, pág. 26).

Además, y vinculado a las ponderaciones de las testimoniales referidas, en la sentencia se meritó la declaración de la Lic. Julieta Mama –profesional del EdeAAS que intervino en el examen psíquico de la niña con el Dr. Agasso– quien mencionó entre los factores que podían operar en el cambio del relato en Cámara Gesell, a la situación económica sobre todo a partir que el padre estuvo privado de libertad, el episodio donde observó el **intento de suicidio del padre** que le generaría sentimiento de culpa con los dichos de la abuela que el padre estaba preso (ver sentencia, punto E, pág. 14).

Unido a lo expresado, el tribunal de sentencia argumentó que la Lic. Mama declaró que se basó en el relato

de G.C.B.M. y «[m]ás que nada por las situaciones a las que fue expuesta, ya de por sí de participar en la escena de intento de suicidio del padre, cuando la niña permanece internada en el [Hospital] Notti, luego de radicar la denuncia, ahí es la madre que le pone en conocimiento de la situación económica y de qué iba a pasar si el padre iba preso, en el mismo hospital es cuando la abuela paterna de la niña le dice que si su papá iba preso se iba a suicidar, todos éstos son indicadores de que la niña no se encuentra contenida afectivamente debido a que la decisión de que su padre fuera o no preso, estaba en manos de ella, estamos hablando de una niña de diez años». También se consignó en la resolución en crisis, que a preguntas relativas a circunstancias de tiempo, modo y lugar de las penetraciones anales, la Lic. Mama respondió: «la niña refiere que la única situación de contenido sexual en el domicilio que compartía con el progenitor, donde la misma relata que fue un día domingo que la madre se encontraba durmiendo la siesta en su cuarto y ella se encontraba en el comedor de la casa con su celular recostada en un colchón boca abajo, en eso aparece el progenitor y la intenta penetrar analmente. Ella dice que ahí lo empuja y se va corriendo al baño, perdón antes de lo del baño dice que no le llegó a doler porque refiere que no le llegó hasta adentro esto con palabras textuales y que solo fue un poquito. Es cuando ella se va corriendo al baño, el padre entra al baño y la obliga a que le haga sexo oral. Y ahí le dice que no le vaya a contar eso a nadie [...] cuando la obligó a practicarle sexo oral ella (refiriéndose a la niña), hizo un gesto con su mano y su garganta y se señaló el cuello» (ver sentencia, punto e), págs. 14/15).

De modo entonces que con sustento en los informes y testimoniales mencionadas, meritadas por el tribunal de la instancia anterior conforme la sana crítica racional y estándares específicos en materia probatoria de abusos sexuales de niñas víctimas en contextos familiares, tuvo por demostrado que el relato de la niña en Cámara Gesell fue brindado con actitud reticente, ambigua y esquiva durante toda la entrevista, intrínsecamente inverosímil en su versión y hasta contradictorio, motivado por una conflictiva familiar que influyó para que negara la develación de los hechos de abusos sexuales en el proceso de retractación por el que atravesaba (ver pág. 15 de la sentencia).

Retractación de NNA.

En efecto, investigaciones y estudios sobre **retractaciones de NNA** demuestran que son más vulnerables a ser influenciados/as, y tienen más probabilidades de retractarse por una figura parental quienes carecen de apoyo de la persona cuidadora no ofensora (Malloy, Lyon y Quas, 2007), por lo que es necesario indagar acerca de factores, motivaciones, consecuencias y técnicas utilizadas en casos de retractaciones de NNA. En este orden, se define a la «retractación» como «una variación de lo expresado por el [o la] menor con respecto a su primera declaración, es decir, el cambio de su versión inicial de los hechos durante el transcurso de la investigación penal, ya sea modificando la figura del agresor o negando la ocurrencia del abuso sexual, además, del desistimiento de continuar con el proceso, o ausencia en citaciones, audiencias, entrevistas o comparecencias en el proceso penal» (VALENZUELA-CASTAÑO, G. P. y CRISTIANO-LÓPEZ, A. J. «Retractación de testimonio en niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual». Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Ciencias Sociales, Psicología. Arauca. Colombia. Año 2020. pág. 6. Recuperado de <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstream/e5e4ec27-6f93-4868-80fd-60dadb61a333/content>).

La retractación se presenta en forma **positiva** cuando la víctima modifica su relato y aportan información sobre al abuso sexual, y en forma **negativa** cuando lo niegan después del develamiento. De ahí la relevancia de la indagación de variables acerca del tipo de vinculación y presiones familiares, indicadores inespecíficos y específicos de abuso sexual, dependencia económica de la víctima y de persona cuidadora

con respecto del agresor, redes de contención internas y externas, amenazas por parte del agresor y otros familiares, ofrecimiento de compensación material o económica a cambio de la retractación, edad de la víctima, actitud de incredulidad por parte de la progenitora, sentimientos de ambivalencia, privación de la libertad del agresor, revictimización secundaria, tiempo transcurrido entre la denuncia y la retractación, entre otros, (cfr. *ob. cit.*, p. 7/8; Pipino, A.V. «La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual». *Revista de Psicología Jurídica y Forense*. Recuperado de <https://psicologiajuridica.org/archives/2770>).

Es preciso también tener presente sentimientos de ambivalencia –tal como se argumenta en la sentencia en revisión– ya que la *ambivalencia afectiva* en NNA «*paraliza tanto la expresión, como el pedido de ayuda, y muchas veces desactiva el pedido de sanción y protección desde la confusión establecida de que “el que me agrede es el que me quiere” y en tal sentido la situación se prolonga y transita hacia el aislamiento, pues el “decir” o “contar” se percibe por el NNA como traición al vínculo afectivo establecido [...] En términos psicodinámicos, la actitud de Retractarse sería la mejor defensa posible ante la angustia movilizada y la ansiedad generada*» (Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. **La retractación de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial: Sensibilizar Instituciones para no Revictimizar**. Organismo Especializado de la OEA. pág. 5. Recuperado de <http://www.iin.oea.org/boletines/especial-violencia/pdfs/Articulo-sobre-retractacion.pdf>).

Con sustento en lo expuesto, en el artículo últimamente citado se subrayó la **importancia del primer relato del develamiento del abuso** que es el que debe tomarse como el más válido, pues, si el NNA recibe descreimiento, desconfianza, se encuentra en un entorno familiar que se destruye, con una situación económica en crisis y otras respuestas que cuestionen su relato, «*cargará el terrible y revictimizante peso de la culpa, pues toda esa movilización, parece surgir por causa de su acción de decir. Ante esta magnitud en juego, caben varias alternativas de reacción, que según sea la historia personal de la víctima, la historia familiar y vincular y su edad, se darán con disímil nivel de conciencia pero con similar grado de sufrimiento*» (*ob. cit.*, pág. 6).

Dado lo que antecede, considero que en el proceso de valoración de las declaraciones del Lic. Izura, Dr. Agasso y Lic. Julieta Mama, el tribunal de sentencia no se apartó de la prueba recibida ni de la normativa vigente y doctrina específica en materia de retractación de las víctimas en general, y de NNA en particular, por lo que los cuestionamientos a dichas pruebas no pueden prosperar.

b.3.- En cuanto a los agravios relativos a la ponderación de las declaraciones de la Lic. María Inés Correas –psicóloga del hospital Notti–, Lic. Sandra Verónica Manrique –trabajadora social– y Dra. Marcela Noemí Godoy Amore –médica del Cuerpo Médico Forense (CMF)– entiendo que también corresponde desestimarlos. Paso a dar las razones en que apoyo lo afirmado.

Al respecto, en la sentencia se expuso que especialistas en la materia recomiendan tomar declaración testimonial a niñas víctimas de abuso sexual en un término no mayor de diez días desde el inicio de la acción penal para evitar la contaminación y falta de espontaneidad del relato. «*La celeridad en la toma de la declaración testimonial garantiza la calidad de la prueba y así como también la garantía de los derechos del imputado*» (sentencia, punto E, pág. 15).

Con apoyo en lo anterior, el tribunal de sentencia procedió a meritar el informe de fs. 18/19 elaborado por el PPMI en fecha 27/02/2020 con la testimonial de la Lic. María Inés Correas, profesional que entrevistó a la niña luego de realizada la denuncia y la atendió en el Hospital Notti dentro del PPMI en el

mes de febrero del año 2020, de cuyas pruebas meritadas junto a las antes referidas, fundamentó que la retractación de la niña obedeció a indicadores de daño emocional por exposición a una situación de auto lesiones del padre y por intento de persuasión de la abuela paterna, tristeza de la madre, la detención del padre en fecha 3 de marzo de 2020 y problemas económicos, entre otras situaciones.

De tal manera, y en cuanto al **informe interdisciplinario del PPM** citado, se expuso en la sentencia que del mismo surgió que a G.C.B.M. se le realizó una entrevista psicológica en la que la se la observó lúcida y orientada anímicamente estable. Se consignó que la niña «*[r]elata que hace varios días, mientras su mamá dormía la siesta, su papá la llevó al cuarto y luego al baño y la tocó por todos lados. Describe que le bajó el pantalón y la bombacha, le tocó el pecho y le metió el pene en la boca y en la zona genital. Refiere que se sintió triste y asustada, y que le decía al papá que no quería. Manifiesta que el domingo pasado se animó a decirle a su mamá, por miedo a que el padre lo volviera hacer, ya que le había manifestado que otro día lo iban a repetir. Se observa que presenta sentimientos ambivalentes hacia el padre, con predominio de culpa. Relata que cuando le contó a la mamá, al volver a la casa encontraron al padre colgando de una soga con sangre en los brazos, que la madre cortó la soga y ambas salieron corriendo. Refiere también que su abuela paterna la visitó en el hospital y le dijo que se arrepintiera porque si el papá iba a la cárcel lo iban a matar. Presenta relato claro y coherente, con adecuada resonancia afectiva*» (ver sentencia, punto E, pág. 17 e informe citado y registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, a partir de hora 1:37:49).

Asimismo, se consignó que la Lic. Correas declaró que G.C.B.M. relató que «*mientras la mamá dormía la siesta, él [progenitor] la llevó al baño, le quitó la ropa y la tocó por todos lados. Le había metido el pene en la boca y en la zona genital. Que en ese momento no dijo nada más, (lo que es normal). Que lo pudo contar al domingo siguiente, por miedo que le volviera [a] ocurrir. Ese domingo se lo comentó a la mamá y ahí se activaron los mecanismos protectores*» (ver sentencia, punto E), pág. 15). La sentencia también se fundamentó en respuestas a preguntas que se le realizaron a la testigo en la audiencia en cuanto al informe de fs. 18/19, cuando expuso que la niña tenía sentimientos ambivalentes hacia el padre, por un lado, por la culpa y temor que le produjo el develamiento de los abusos, y por otro lado, el haber encontrado colgado de una soga a su padre cuando regresaron de realizar la denuncia y porque la abuela paterna le dijo que si el papá iba a la cárcel lo iban a matar. También se destacó que la profesional explicó –sin haber tenido conocimiento del resultado de la Cámara Gesell realizada a los tres meses posteriores– que ante estos sentimientos ambivalentes los niños y las niñas se retractan y los abusos se tornan crónicos por la fantasía de que la familia se rompa o les pase algo malo, y que señaló que el relato de la niña fue espontáneo porque la entrevistó a solas, no fue inducido, tuvo correlato afectivo con lo que manifestó al explicar con emociones lo que le había sucedido (ver sentencia, punto E, pág. 16 y registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, a partir de hora 1:42:36).

También se expuso en la sentencia, que la Lic. Correas explicó en la audiencia que la retractación es parte del proceso del síndrome de acomodación al abuso sexual sobre todo cuando el abusador es el progenitor, y seguidamente reiteró: «*[u]na nena de diez años no puede crear o imaginar cosas de este tipo, no son acordes a su edad. Situaciones tan detalladas no están en la mente de una nena de diez años*». Se consignó también, que a preguntas de la defensa técnica la testigo respondió que la niña «*habló con angustia en esa oportunidad, agregando que ellas como profesionales, podían evaluar el contenido emocional espontáneo del artificial, podían advertir cuando aparece angustia, cuando hay ambivalencia, cuando hay temor (papá colgado) [...] C. pudo mantener el relato. Ella no cree que haya podido actuar*» (ver sentencia,

punto E), pág. 16 y registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, a partir de hora 1:52:53).

Sentado lo que antecede, entiendo que la crítica defensiva a la valoración de la prueba referida pone en evidencia una discrepancia asentada en aspectos descontextualizados y aislados del testimonio de la Lic. Correas, con el fin de restarle validez al relato de la niña efectuado inmediatamente después de la denuncia y evaluado por la profesional como espontáneo, coherente, sostenido, con correlato afectivo y manifestaciones emocionales de la niña acorde a los hechos que habían sucedido y relatado. Por tanto, el agravio también deviene improcedente.

Aunado a lo anterior, el tribunal de juicio valoró como relevante el informe realizado por la Dra. Marcela Noemí Godoy Amore y su declaración en la audiencia que también valida el relato de la niña brindado en el PPMI.

Sobre el particular se indicó en la sentencia que la profesional del CMF realizó explicaciones acerca de las lesiones traumáticas halladas en la zona anal de la niña, lo que sumado a la anamnesis en la que espontáneamente relató una situación de sexo oral señalándose con las manos lo que le había pasado y el intento de penetración por vía anal –que se había bajado el pantalón, le abrió la boca, la agarró, le bajó la mandíbula y el mentón y le metió el pene hasta la garganta– afirmó que la lesión anal era «*compatible con un intento de penetración*» (ver sentencia, punto E, pág. 17/18 y registro audiovisual de fecha 17 de febrero de 2022, a partir de hora 1:30:00).

Téngase presente también que en la sentencia se argumentó que la Dra. Godoy Amore explicó que los exámenes que se realizan en el hospital Notti son diferentes a los del CMF, en razón que los primeros tienen una finalidad de asistencia rápida, mientras que en el CMF se describen lesiones por medio de aparatos y profesionales especializados/as que permiten la descripción de diferentes tipos de lesiones. Agregó la profesional que en el caso de la niña la lesión estaba en el esfínter, en el ano, pliegues arrugados, radiados, la que según su experiencia si solo se observa sobre una cama con luz del techo no es observable por el médico tratante (ver sentencia, punto E, pág. 18 y registro audiovisual de fecha 17 de febrero de 2022, a partir de hora 1:39:40).

Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento defensivo del resultado de la intervención de la Lic. Sandra Verónica Manrique –trabajadora social que intervino en el equipo interdisciplinario del Hospital Notti– declaró en la audiencia que intervino a partir de la denuncia por abuso sexual y durante la internación de la niña, que entrevistó a la progenitora cuyos relatos fueron consignados en el informe que presentaron y que a G.C.B.M. la entrevistó la Lic. Inés Correas. La testigo agregó que en el informe solicitaron –a través del ETI de Maipú– una medida de prohibición de acercamiento contra Brizuela y a favor de la niña y se la derivó al PPMI (registro audiovisual de fecha 15 de febrero de 2022, a partir de hora 1: 30:10).

Ello así, el agravio debe desestimarse en tanto lo relevante del testimonio de la Lic. Manrique fue que intervino en el primer momento después de realizada la denuncia por abuso sexual, que fue en equipo interdisciplinario con la Lic. Correas y que solicitaron un medida de protección para la niña y la derivaron al PPMI. En cambio, la defensa recorta e interpreta en forma aislada aspectos de la testimonial de la testigo, sin consideración de la jurisprudencia de la Corte IDH y de esta Sala Segunda en materia de valoración de prueba en casos de niñas víctimas de abusos sexuales intrafamiliares referenciadas.

b.4.- Por último, en cuanto a la valoración de las pruebas incorporadas al debate en torno a **informes** realizados a B., en la sentencia se valoró el informe elaborado por el **CMF** agregado a fs. 246/247 de autos y la declaración de la Lic. Alicia Pelaia.

Al respecto se argumentó que la Lic. Pelaia expuso en la audiencia que en relación con aspectos de la personalidad del examinado, presentaba inmadurez, limitada tolerancia a la frustración, dificultad en el manejo de las emociones, impulsividad para la resolución de situaciones problemáticas, prevalencia de funcionamiento directo no reflexivo, reacciones agresivas ante situaciones de tensión, negación de su realidad y colocación de la responsabilidad en otros, centrado en sí mismo y con distancia emocional en vínculos interpersonales, dificultad para aceptar opiniones diferentes. Con respecto a la posibilidad de la manipulación de la realidad para satisfacer sus necesidades, se consignó en la sentencia que la profesional explicó que al ser preguntada por los intentos de manipulación, B. averiguó previamente las respuestas del test y esto fue advertido. Así, se consignó que la Lic. Pelaia manifestó: «[h]abía manipulado las técnicas en el **test de Rorschach**. Ya le habían mostrado las láminas en la penitenciaría y venía con las respuestas que le habían dicho allá. En relación a la connotación afectiva a lo largo de la entrevista, afirmó que el señor a lo largo de todo, no mostró signos de angustia, impotencia, emociones al respecto» (ver pág. 21 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 16 de febrero de 2022, a partir del minuto 05:30).

Cabe señalar también que el tribunal de sentencia meritó las explicaciones de la Lic. Pelaia en relación a trastornos en el área de la sexualidad, afirmó que no se detectaron indicadores de desviación –pedofilia–, y aclaró que «**no necesariamente un abusador debe presentar trastornos para cometer abusos**» (ver sentencia, punto E, pág. 21 y registro audiovisual de fecha 16 de febrero de 2022, a partir del minuto 07:53).

También se ponderaron acertadamente en la sentencia las declaraciones vertidas por la Lic. Pelaia con respecto a intentos de autoeliminación del acusado, en cuanto podían obedecer por su poca tolerancia a la frustración y dificultad para manejar sus emociones en situaciones límites, lo que también fue meritado en la sentencia con la circunstancia que inmediatamente después que la niña reveló los abusos a su progenitora, B. les manifestó no querer verlas más y luego generó el suceso de posible autoeliminación frente a su hija (ver sentencia, punto E, pág. 21 y registro audiovisual de fecha 16 de febrero de 2022, a partir del minuto 12:47).

En definitiva, y atento lo expresado hasta el momento, considero que la sentencia no adolece de vicios en su motivación por arbitrariedad, toda vez –reitero– que las pruebas censuradas por la defensa fueron ponderadas dentro de la sana crítica racional y estándares específicos de valoración de elementos probatorios de niñas víctimas de abusos sexuales intrafamiliares.

c.- Análisis de los vicios sustanciales expuestos por la defensa

En otro aspecto, resta señalar que deben desestimarse las argumentaciones recursivas dirigidas a señalar un error de derecho en la aplicación de la ley penal en el caso en examen.

En efecto, conforme a las consideraciones expuestas en el punto 4.1, las argumentaciones recursivas en este punto derivan de una discrepancia valorativa de los elementos probatorios antes examinados para cuestionar las calificaciones legales de los delitos de abusos sexuales atribuidos al accionar de Brizuela por el tribunal de juicio.

De tal manera, no advertida en esta arbitrariedad alguna respecto de la ponderación de los diversos elementos de prueba, a partir de la cual se tuvo por acreditados los hechos y la autoría del acusado en

ellos, la calificación legal de los hechos por parte de la jueza de la instancia anterior aparece debidamente fundamentada.

d.- Cuestionamientos de la defensa en relación con la pena impuesta

Finalmente, considero que el agravio que cuestiona la pena impuesta a Brizuela tampoco puede prosperar. Ello, en razón de que la sanción aparece debidamente fundada, de acuerdo con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP.

En efecto, el tribunal de la instancia previa valoró como atenuantes la carencia de antecedentes penales del acusado, y como agravantes, entre las circunstancias más relevantes, la extensión de los daños físicos causados y las secuelas a futuro –ya que a la fecha de la sentencia no se podrían estimar los daños causados en la psiquis de G.C.B.M.–, su conducta posterior al delito, la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la niña que era su hija y estaba bajo su custodia, y la afectación que representaron las agresiones para el desarrollo sexual de la misma y de una infancia feliz (ver tercera cuestión, punto A de la sentencia, págs. 30/33).

A partir de ello, y conforme la escala penal correspondiente a los delitos por los que Brizuela fue condenado, estimó que la pena a imponerse debía ser de diez años de prisión. En este orden, no se advierte tampoco arbitrariedad en la pena impuesta, más aún cuando la pena **se ubicó en un monto cercano al mínimo y se encuentra adecuadamente justificado el alejamiento del extremo de la escala penal correspondiente.**

e.- Conclusión

En consecuencia con lo expuesto, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto del deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito, en relación con ello, a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros. Por su parte, en lo que respecta a declaraciones producidas en Cámara Gesell y la valoración judicial de los diversos exámenes realizados corresponde la remisión a «**Metral Osorio**», en lo pertinente.

Por lo expuesto, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 09 de mayo de 2023.-

16- LIMA VIÑOLO. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Asc.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf

Lex: Art. 45, 119, 2°, 3° y 4° párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125 del CP

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Gravemente ultrajante. Vínculo. Convivencia. Concurso ideal. Corrupción de menores agravada. Valoración de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber configurado un sometimiento gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal en concurso real, ambos agravados por el vínculo y la situación de convivencia preexistente con una persona menor de dieciocho años de edad, en concurso ideal con el delitos de corrupción de menores agravada por el vínculo (arts. 45, 119, 2°, 3° y 4° párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125 del CP) SA es abuelo del menor víctima.

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1693, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Nulidad.

- Miranda Sosa.
- Luna García.
- Yalva. 06-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210806_FcNN.pdf

Perspectiva de género.

Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

b-CIDH

Doctrina citada.

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

Fallo:

CUIJ: 13-06872660-8/1((028601-786090)). F C/ LIMA VIÑOLO ROBERTO ARMANDO P/ ABUSO SEXUAL (786090) (786090/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106121631*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06872660-8/1** caratulada **“F. c/ LIMA VIÑOLO ROBERTO ARMANDO P/ ABUSO SEXUAL (786090) s/ CASACIÓN”**.

La defensa de Roberto Armando Lima Viñolo interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.693, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de 14 años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber configurado un sometimiento gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal en concurso real, ambos agravados por el vínculo y la situación de convivencia preexistente con una persona menor de dieciocho años de edad, en concurso ideal con el delitos de corrupción de menores agravada por el vínculo (arts. 45, 22 segundo, tercero y cuarto párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125 respectivamente, todos del CP, en los autos P-786.090/19).

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia ha tenido por acreditado el hecho atribuido al acusado en los siguientes términos: «[...] *en la ciudad de San Rafael, Mendoza, en el domicilio de calle Servando Butti 398, en el período que va desde agosto a noviembre del año 2019, el Sr. Roberto Armando Lima Viñolo abusó sexualmente de su nieto [G.N.P.] , de entonces 13 años de edad –cumplió 14 el día 15 de septiembre de ese año–, valiéndose de la intimidación que la autoridad que ostenta sobre el joven genera, como también de sus particulares condiciones personales, ya que presenta un retraso mental moderado. Aprovechándose de ello y de las facilidades provenientes de la convivencia, Roberto Lima ejecutó actos de naturaleza sexual en distintas oportunidades. Algunas mediante tocamientos sorpresivos y otras tocándole el pene desnudo y haciendo que le tocara el suyo, también desvestido, con la mano y con la boca. Una vez hizo que [G.N.P.] le besara la cola. Estos hechos ocurrieron entre cinco y seis veces, y por su duración y las circunstancias de su realización, configurando un abuso sexual gravemente ultrajante. Una vez que ingresó su pene en la cavidad bucal del niño, accediéndolo carnalmente por vía oral. Lima Viñolo aprovechó también de la autoridad que detenta para lograr que sus conductas no fueran reveladas, pues bastó que le dijera que no lo contara porque su mamá lo iba a retar, para que se mantuviera en silencio. La reiteración de estos actos,*

sumado a su carácter prematuro y perverso, hizo que revistieran aptitud para desviar el normal desarrollo de su sexualidad».

Para así resolver, el tribunal valoró lo manifestado por el acusado, como también las declaraciones testimoniales de C.S.L., Juan Andrés Sánchez Segura, Fámila Rossi, Mariángeles Pizarro, Claudio Habiján, Francisco Izura, Rubén Contreras, Florencia Mariana Alossi, N.E.S.D., J.L.L., J.F.L., M.F.L., y las prestadas en Cámara Gesell por parte de G.N.P., J.G.C y E.A.C. junto al resto de la prueba instrumental debidamente incorporada al debate oral.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Lima Viñolo interpone recurso de casación contra la sentencia de condena que lo declara penalmente responsable por los hechos investigados en las presentes actuaciones. Ello, a tenor de lo dispuesto por el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En su desarrollo, la defensa realiza dos planteos diversos. En primero dirigido contra la sentencia de condena dictada en fecha 7 de abril de 2022, el segundo contra la resolución ordenada el día 31 de marzo de ese año que no hizo lugar al pedido de nulidad de las declaraciones en Cámara Gesell, de los adelantos de informes, informes del E.De.A.A.S. y pruebas periciales realizadas de estas declaraciones.

En primer lugar, cuestiona que la sentencia posee fundamentación arbitraria, contradictoria, insuficiente y apartada de la sana crítica racional. Así, considera que se dan por cierto hechos y circunstancias que adolecen de elementos probatorios sólidos que la sostengan.

Afirma la existencia de contradicciones y mentiras en el relato de G.N.P. e inducciones por parte de quien lo entrevistó en su declaración en Cámara Gesell, que ha sido omitido en la valoración de la sentencia. Cuestiona la valoración de los especialistas de las emociones expuestas por G.N.P. en su declaración y sobre las dificultades de pensamiento abstracto sostenidas en el informe del E.De.A.A.S. Además, refiere que también existen contradicciones entre lo declarado por G.N.P., su hermano también menor de edad y la madre de ambos. La defensa afirma que muchas de las declaraciones de la madre son mentiras y cuestiona la valoración de sus informes psíquicos. También, critica el valor que se otorga en la sentencia de condena al informe del examen confeccionado por las profesionales especialistas Rossi y Pizarro por resultar arbitrario y ser una prueba incompleta y producida irregularmente.

Agrega que el acusado dio su propia versión de los hechos y que se incorporó prueba objetiva que descarta la posibilidad de la existencia de los hechos como han sido denunciados.

En segundo lugar, y vinculado con el rechazo de la nulidad impetrada contra las declaraciones en Cámara Gesell y de todos los actos conexos, exige que se controle la introducción de la prueba de acuerdo con las normas procesales y los reglamentos y protocolos específicos. Explica que se introdujo y valoró prueba ilegal y con vicios groseros. En este sentido, menciona que las declaraciones en Cámara Gesell se realizaron apartándose de los procedimientos legal y jurisprudencialmente establecidos. Ello, en consecuencia afectó el debido proceso y el derecho de defensa.

En otro orden, critica la valoración de la declaración testimonial de la licenciada Izura, quien puso en conocimiento las irregularidades cometidas durante el proceso pericial, por ser parcial y sesgada. En este sentido, sostiene que la prueba es totalmente defectuosa e irregular porque no se ha cumplido con los requisitos y las formas legales que le otorgarían credibilidad y validez. Afirma que si las pericias se hubieran realizado correctamente, los resultados habrían sido distintos.

Por último, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto y considera que si bien procede formalmente, corresponde su rechazo sustancial.

Destaca que la posición defensiva se circunscribe a explicar que la denuncia ha sido una maniobra de la madre de G.N.P. con el fin de obtener ganancias económicas y manipulando a sus hijos injustamente contra su abuelo.

Frente a esa postura, el Procurador destaca que en investigaciones de delitos como el de autos el testimonio de la víctima y los informes psicológicos-psiquiátricos que buscan corroborar si el hecho es verdadero. Al respecto destaca que lo denunciado fue presenciado por el hermano menor de la víctima, lo que otorga mayor credibilidad a lo expuesto por la víctima.

Respecto a las declaraciones en Cámara Gesell, que la defensa pretende anular, considera que ellas se realizaron bajo los estándares establecidos para su producción. Explica que la **«Guía de las Buenas Prácticas para el Abordaje de Niño/as, Adolescentes, Víctimas o Testigos de Abuso Sexual y Otros Delitos» de UNICEF** y los protocolos provinciales entienden fundamental la videograbación de la entrevista para las distintas etapas del proceso judicial. Afirma que la nulidad no es conducente por cuestiones meramente administrativas sobre informes parciales y no una evaluación integral. Ello, en tanto no invalida ni modifica el contenido de los hechos relatados en los que se señaló a Lima Viñolo como autor.

Especifica que la videograbación de todo el proceso permitió que el licenciado Izura realizara una supervisión técnica y expresara sus conclusiones y que, en virtud de éstas, el tribunal condenó al acusado junto con el resto de los elementos probatorios existentes.

En relación con las contradicciones entre G.N.P., su hermano y su madre, alega que resultan meramente superficiales y no forman parte del núcleo central de la acusación. Señala que las tres resultan coincidentes respecto a cómo fue descubierto el hecho por parte de J.J.G.L. y la posterior develación a su madre.

Concluye que es posible rebatir los argumentos expuestos y deshacer la teoría del caso de la defensa, y que el tribunal fundó sólidamente su valoración de la prueba incorporada al debate para concluir la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

En consecuencia, propicia se rechace el recurso de la defensa y se confirme la sentencia cuestionada.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 27 de abril del corriente año se realizó la audiencia oral solicitada. Tanto la defensa de Lima Viñolo como el representante del Ministerio Público Fiscal explicaron en detalle los argumentos expuestos en sus presentaciones previas.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Lima Viñolo, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

La defensa recurre dos actos procesales diversos pero vinculados, el rechazo a las nulidades resuelto el día

31 de marzo de 2022 y la sentencia de condena dictada en fecha 7 de abril de 2022. En razón de respetar un orden lógico argumental, en primer lugar abordaré los cuestionamientos referidos a la nulidad de los actos procesales atacados (a), para luego pasar a analizar la sentencia de condena y la valoración de todo el cúmulo probatorio debidamente incorporado (b).

a.- Acerca de la improcedencia de las nulidades planteadas por la defensa

La defensa del acusado, específicamente recurre el rechazo de las nulidades absolutas de las declaraciones en Cámara Gesell de G.N.P., J.J.G.L. y E.A.C., del adelanto de informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense de las Cámara Gesell de los dos primeros, de los informes del Cuerpo Médico Forense de las declaraciones en Cámara Gesell de E.A.C. y G.N.P., del informe del E.De.A.A.S. de las técnicas periciales aplicadas en la entrevista de G.N.P., de la declaración en Cámara Gesell de M.T.L.A., del informe del E.De.A.A.S. con las conclusiones de la observación y análisis del material recopilado respecto de N.G.P., del informe de los exámenes efectuados por el E.De.A.A.S. a J.J.G.L., del informe de los peritos de parte de las pericias realizadas respecto de J.J.G.L. y de los actos procesales consecutivos, anteriores y contemporáneos que corresponda por conexión.

Este planteo fue expresado por la defensa durante el debate oral y rechazado por el tribunal de instancia anterior por argumentos que comparto. Ante el resultado negativo, hizo reserva de recurrir en casación, planteo que ha efectuado y corresponde resolver. La defensa sostiene la nulidad de la prueba citada por incumplimiento de los procedimientos previstos para su producción, específicamente de los reglamentos y protocolos del E.De.A.A.S. para realizar exámenes respecto de las declaraciones testimoniales prestadas en Cámara Gesell. Expone que la norma sobre la forma de obtención y producción de prueba tiene como fin el resguardo de garantías constitucionales, por lo que su incumplimiento vulnera el debido proceso y el derecho de defensa.

Sin embargo, estimo que el planteo defensivo pretende que se declare la nulidad de elementos de prueba referidos por el mero incumplimiento de formalidades sin justificar adecuadamente la vulneración a derechos que se han producido, lo que constituye una nulidad por la nulidad misma. Dicho en otras palabras, la defensa no ha explicado en qué modo el incumplimiento de las formas ha derivado en un perjuicio para el acusado. En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este Tribunal en otras oportunidades («**Miranda Sosa**», «**Luna García**», «**Yaleva**»; entre otros), que *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*. Esta postura que se sostiene también en el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

En este sentido, comparto los argumentos que ha expuesto el tribunal de la instancia anterior para rechazar la nulidad impetrada, principalmente que la defensa cuestiona indiscriminadamente todos los actos vinculados a la declaración de G.N.P. y su hermano J.J.G.L. en Cámara Gesell, sin distinguirlos en su materialidad, las falencias específicas que en cada uno ellos habría ocurrido ni las personas intervinientes (ver la audiencia desarrollada en fecha 31 de marzo de 2022, registrado como tercera parte).

Así, tribunal debidamente entendió que las inobservancias a los protocolos ocurridas en el procedimiento de declaración en Cámara Gesell y realización de exámenes deben ser tenidas en cuenta al momento de

la valoración probatoria, mas no corresponde declarar la nulidad de todos los actos que la defensa solicita. En primer lugar, y como se dijo, porque la declaración de nulidad requiere la violación de las normas procesales con la sanción de nulidad ante su incumplimiento o que se cause un perjuicio a la defensa. Las reglas en cuestión en este caso resultan de un protocolo interno del E.De.A.A.S. pero no de una ley procesal. A ello, se agrega que se encuentra establecido en pos de la protección de los derechos de la infancia, de los/as niños/as y posibles víctimas de abuso sexual para evitar su revictimización. Tal es así que la Resolución nº 421/18 del Ministerio Público Fiscal que implementó el Protocolo de recepción de la declaración de víctimas/testigos personas menores de edad y personas con padecimientos o deficiencias mentales en Cámara Gesell afirma que «[...]la implementación del presente protocolo permite un abordaje integral por parte del Estado impulsando una actuación unívoca dirigida a evitar la revictimización, teniendo en cuenta la extrema vulnerabilidad a la que se ven sometidas las víctimas de este tipo de delitos». Además, entiendo correcta la conclusión del tribunal de instancia anterior acerca de que la defensa no ha explicado –lo que tampoco ha hecho ante esta instancia de casación– cómo ha perjudicado a su defendido las inobservancias denunciadas.

Destaco el acierto por parte del tribunal de advertir que incluso la defensa solicita la nulidad de actos procesales de los que no se han denunciado ningún tipo de falencia en el procedimiento, como son las declaraciones en Cámara Gesell de los niños. E, incluso, se solicita la nulidad del informe confeccionado por el licenciado Izura, quien supervisó con posterioridad todo el procedimiento, y expuso las falencias que detectaba en las conclusiones aportadas por los especialistas y da base al planteo nulificante. En este sentido, se vislumbra que la pretensión defensiva es obtener nulidades de forma indiscriminada, sin haber fundando el perjuicio específico para esa parte.

En segundo lugar, en relación con las exigencias procesales de nuestro adjetivo, comparto con el tribunal de juicio que el art. 240 bis del CPP requiere un informe detallado de las conclusiones a las que arriben los especialistas una vez realizada la declaración en Cámara Gesell. En el caso de autos, lo cuestionado han sido las conclusiones expuestas por los especialistas que tomaron intervención en el procedimiento y su forma de valorar las distintas etapas, por lo que comparto con el tribunal de instancia anterior la conclusión sobre la validez de esta prueba.

En consecuencia, corresponde rechazar los planteos nulificantes solicitados por la defensa.

b.- Abordaje de los cuestionamientos de la defensa a la labor de valoración de la prueba por el tribunal de sentencia

Resuelto lo anterior, corresponde analizar las críticas expuestas por la defensa contra la valoración probatoria que concluyó la condena de Lima Viñolo por los hechos de abuso sexual agravado en concurso ideal con corrupción de menores.

La primera crítica se circunscribe a la valoración de la declaración testimonial de G.N.P. en las presentes actuaciones. La defensa denuncia contradicciones con lo declarado por su hermano menor de edad y su madre, por una parte, y la incoherencia entre las emociones de G.N.P. al declarar y los hechos que puso en conocimiento. Entiendo que ambos cuestionamientos deben ser rechazados.

Respecto a los hechos denunciados por G.N.P. atribuidos a su abuelo, Roberto Armando Lima Viñolo, comparto con el tribunal de instancia anterior que la víctima relató en detalle actos de abuso sexual que comenzaron con simples tocamientos rápidos sobre la ropa en la zona del pene de G.N.P. mientras jugaban, avanzando hacia las peticiones del abuelo de que su nieto le tocara el pene y luego le dejara

tocárselo a él, hasta las prácticas de sexo oral. Estimo pertinente la valoración expuesta en la sentencia acerca de que para ejecutar los hechos investigados el acusado se valió de la superioridad y autoridad que poseía en el ámbito familiar como sostén económico de todo el grupo familiar, como también de las oportunidades y circunstancias que tenía con G.N.P. por ser quien lo cuidaba, y a sus hermanos menores de edad, gran parte del tiempo, y que la víctima presenta una discapacidad mental diagnosticada como retraso mental moderado.

G.N.P. explicó en su declaración en Cámara Gesell que la primera vez ocurrió en el mes de agosto del año 2019, que siempre acontecía cuando su abuelo le pedía que le hicieran masajes, que subían de a uno los nietos a la habitación del abuelo, y que había sucedido seguido. Comparto con el tribunal que la declaración de G.N.P. en Cámara Gesell contiene un relato lógico, coherente y espontáneo. Además, estimo pertinente la valoración judicial respecto a que G.N.P. en su declaración no solamente relató hechos, sino que también recurrió a la representación física de lo que mencionaba. Esto adquiere mayor relevancia al ser contextualizado con el diagnóstico psíquico del adolescente, como ha valorado el tribunal *«[...] el relato contiene detalles y datos que llevan al Tribunal a considerarlo lógico, espontáneo, por pasajes no puede recurrir a la descripción del hecho o situación con palabras debiendo recurrir a la ejemplificación con su cuerpo para la transmisión de la idea, y ello nos permite sostener prima facie que [G.N.P.] ha prestado una declaración sincera y genuina [...] Aunque los hechos fueron varios, [G.N.P.] pudo relatarlos brindando una narración con palabras y gestos suficientemente detallada como para que éstos puedan ser definidos en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar»*.

A ello, se agregan las coincidencias en las descripciones por parte de la víctima, su hermano J.J.G.L. y de la madre de ambos acerca de la forma de develación de los hechos. J.J.G.L., de once años, fue quien le contó a su madre, C.L., cuando se encontraban los hijos y la madre de viaje en El Bolsón en diciembre de 2019, lo que había visto. El niño en su declaración en Cámara Gesell mencionó el hecho que presenció entre su hermano, G.N.P., y su abuelo, describió el lugar en el que se encontraban, cómo estaban dispuestos los cuerpos y desde dónde los observó. Explicó que su hermano lo vio y que bajó rápidamente impactado por lo que había visto. Todo lo cual concordó con lo declarado por G.N.P. Además, también relató cómo se lo contó a su madre en esas vacaciones, lo que coincidió con lo expresado por su madre en la denuncia y al declarar en el debate oral. Comparto con el tribunal de instancia anterior que este testimonio posee alto valor de cargo, ayuda a la reconstrucción histórica de los hechos investigados y le otorga corroboración periférica a la declaración de G.N.P.

Por su parte, C.S.L. declaró en el debate oral que en fecha 25 de diciembre de 2019 se encontraba en El Bolsón junto a sus tres hijos cuando, al salir a fumar, se le acercó J.J.G.L. y le dijo que tenía algo para contarle, pero que lo haría después para no arruinarle las vacaciones. Ante la insistencia de la madre, el niño le mencionó que su abuelo les pedía que le hicieran masajes en su habitación y que había visto a su hermano G.N.P. y al acusado tocándose. C.S.L. mencionó que le preguntó si a él también le había ocurrido y que el niño le contestó que no. Agregó que despertó a G.N.P. y le dijo todo lo que J.J.G.L. le había comentado, que G.N.P. se puso a llorar con mucha angustia y expresó que no fue la única vez que había ocurrido, que venía sucediendo desde julio o agosto de 2019.

Estas tres declaraciones forman un cuadro de cargo que el tribunal ha valorado correctamente. El hecho de abuso sexual de Lima Viñolo hacía su nieto mayor resulta relatado de forma coincidente en lo estructural tanto por la víctima, por su hermano, y por la madre de ambos, quien mencionó que recibió de sus hijos descripciones similares. Por su parte, también la develación de los hechos coincide en estos

relatos.

La defensa cuestiona que existen contradicciones entre estas tres declaraciones. Al respecto, considero que son detalles que no hacen a la estructura central de los hechos denunciados, los que son descritos por los tres de forma coincidente. Ejemplo de ello, la defensa distingue si G.N.P. tenía puesta una malla o un pantalón de dormir o si los niños hablaron de eso después sobre contárselo a la madre o no. Todo lo cual no resulta específico sobre la existencia y materialidad de los hechos investigados.

A lo referido, se agregan las críticas que realiza la defensa acerca de cuáles serían los comportamientos esperables de las víctimas luego de vivenciar actos de abuso sexual y pretende quitar credibilidad a las declaraciones con base en las exigencias que esa parte expone. En particular, cuestiona que se quedaran nuevamente a dormir en el domicilio de su abuelo luego del suceso en que J.J.G.L. vio a su abuelo abusar sexualmente de su hermano.

Esta pretensión defensiva utiliza estereotipos de lo que entiende es una «buena víctima» para desacreditar a G.N.P. y sus comportamiento ante lo padecido, todo lo cual no puede ser acogido. Además, descontextualiza la conformación de esta familia con los roles asignados y la distribución de poder existente que ha sido acreditada en el debate oral, tanto por la declaración de la víctima, como de su madre, los hermanos de la madre, y hasta por el propio acusado. De hecho, la sentencia debidamente ha establecido como hecho cierto acreditado y no controvertido que Lima Viñolo ayudaba económicamente a todos sus hijos y que los hijos de C.S.L. concurrían al domicilio del acusado de forma habitual y permanentemente los fines de semana. En esta conformación familiar, y en tanto los hechos no habían sido develados a la madre, entiendo desacertado cuestionar la veracidad de lo denunciado en razón de que el cuidado de los niños se mantuvo como se venía desarrollando. La exigencia de cómo deben reaccionar las víctimas, más aún siendo menores de edad y, en particular, un adolescente víctima de un abuso sexual intrafamiliar con una discapacidad mental moderada, entiendo que no puede tener acogida.

En sentido similar deben ser respondidas las críticas efectuadas por la defensa a las emociones que expresó G.N.P. al declarar en Cámara Gesell sobre los hechos que padeció. Alega la defensa que en diversos momentos de la declaración de G.N.P. *«produce sonrisas del disfrute lúdico de manera extemporánea al contexto del contenido de la situación o su relato, ya que lo esperable en el relato de un caso traumático, es [...]»*. La defensa pretende desacreditar las declaraciones de G.N.P. bajo la exigencia de cómo debe vivenciar, procesar y relatar los hechos de abuso sexual intrafamiliar un adolescente de catorce años con diagnóstico de retraso mental moderado. En primer lugar, entiendo que se debe tomar en consideración que hablar sobre sexualidad ya de por sí genera incomodidad en sociedades que han convertido a la temática en tabú y más aún si quién debe hablar sobre el tema es un adolescente ante personas que no conoce. Considerar que expresiones gestuales, como sonrisas, demuestran que el relato que se está expresando no es veraz, implica descontextualizar los temas sobre los que se encuentra hablando quien declara, los que generalmente generan incomodidad que puede ser expresada de diversas formas y no prestar atención a la edad de quien habla resulta un error. A ello, debe agregarse, en segundo lugar, que G.N.P. posee una discapacidad mental moderada que se encuentra acreditada por certificado médico emitido por profesionales de la Junta Evaluadora. Desarticular todas estas características que rodean y explican la declaración de G.N.P. con argumentos que se circunscriben a las expectativas que posee la defensa de cómo deben comportarse las víctimas, no puede ser aceptado. La utilización de **estereotipos generales de lo que se ha construido como «buena víctima»**, no hacen más que culpabilizar a las personas concretas que han resultado víctimas de delitos y circunscribe el análisis a sus comportamientos y no a las

conductas de las personas que son acusadas de su comisión.

La defensa continúa su crítica bajo la afirmación acerca de que las emociones de G.N.P. que describe la madre al momento en que habló por primera vez con él sobre los hechos no se condicen con las emociones que el adolescente expresó en su declaración en Cámara Gesell. Alega que si el informe del E.De.A.A.S explica la ausencia de manifestaciones traumáticas en la víctima en virtud de su retraso madurativo psico-emocional, resulta contradictorio lo declarado por su madre. Ello, estimo, resulta una valoración que persiste en indagar en los procesos emocionales de una víctima adolescente con una discapacidad intelectual, con el propósito cuestionar los hechos que ha logrado contar a su familia y declarar en Cámara Gesell, pero que no logra su cometido ni aporta elementos de convicción alguno respecto de la falta de existencia de lo denunciado o la responsabilidad de Lima Viñolo por los mismos.

También debe ser valorado lo declarado por el psicólogo tratante de G.N.P. respecto a que cuando aquel volvió del viaje a El Bolsón él lo atendió y que este le realizó un relato breve sobre lo que había padecido, que estaba serio, que hablaba pausado, que en otras ocasiones se presentaba más alegre, pero que ese día no. El profesional mencionó que **no detectó indicadores acerca de que lo mencionado estuviera inducido, condicionado o que fabulara.**

Por otra parte, entiendo que tampoco corresponde hacer lugar a los cuestionamientos defensivos en relación con las **dificultades de pensamiento abstracto de la víctima** descritas en los informes del E.De.A.A.S., lo que entiendo errado debido que en su declaración manifestó sentir culpa y dolor emocional. Como bien ha valorado el tribunal en la sentencia, el estado de salud mental de G.N.P. se encuentra acreditado por el informe del E.De.A.A.S. de fecha 13 de agosto de 2020, la declaración testimonial del licenciado Izura, el informe de examen médico confeccionado por la médica Gómez del Cuerpo Médico Forense, el certificado de discapacidad incorporado como prueba instrumental en el debate y la declaración de psicólogo tratante del adolescente, Juan Andrés Sánchez. El informe del Cuerpo Médico Forense afirmó que G.N.P. presenta encefalopatía crónica, de probable etiología hipoxica isquémica perinatal (**parálisis cerebral**) y un **retraso general de desarrollo**. Además, que posee disfunción motora con marcha asimétrica, en tijera, dificultad con las habilidades motrices finas, hipertonía muscular de predominio izquierdo, cataratas y disfluencia en el habla. Por su parte, el certificado de discapacidad confeccionado por la Junta Evaluadora describe que G.N.P. presenta un retraso mental moderado con juicio crítico insuficiente. La procedencia variada y la cantidad de prueba producida en relación con la salud mental del adolescente descarta por sí misma las críticas efectuadas por la defensa.

En relación con esto adquiere importancia también la declaración del licenciado Izura en el debate, que ha sido debidamente valorada por el tribunal de juicio. Izura, quien junto a la licenciada Riveros realizó la supervisión técnica de todo el proceso de la declaración en Cámara Gesell de G.N.P., explicó que el pensamiento concreto que posee limita las posibilidades para desplegar ciertos procesos mentales en el orden de lo afectivo, lo que responde a la inmadurez psicoemocional, su participación en el hecho sexual investigado, su dificultad para dimensionar el alcance de los sucesos investigados y el rol que ocupaba el acusado en su vida y núcleo familiar. Además, concluyó que el retraso mental y la autoridad que el acusado detentaba fueron las circunstancias aprovechadas por Lima Viñolo para llevar adelante los hechos abusivos, algunos con la anuencia del adolescente y otros contra su voluntad «[...] *aprovechándose de que el joven no cuenta con los mecanismos psíquicos suficientes para oponerse a los designios de su abuelo, ni comprende por completo el real significado del encuentro sexual*».

La defensa cuestiona la intervención, el informe y la declaración del licenciado Izura por ser una persona ajena al proceso que no tomó contacto con los niños declarantes. Los argumentos diversos y contradictorios que utiliza esa parte resultan evidentes a lo largo del juicio, los que son reiterados en el recurso casatorio. En primer término, porque la supervisión de Izura y Riveros permitió detectar las falencias en el procedimiento de la declaración de G.N.P. y comprender la entidad de las mismas. En efecto, por las conclusiones explicitadas por Izura durante el debate la defensa planteó la nulidad del procedimiento ya abordada en este recurso, es decir su declaración resultó de suma importancia. En segundo término, debido a que la labor desplegada por Izura y Riveros consistió en analizar todo el material pericial: diferentes entrevistas de los niños registradas en formato audiovisual, los informes confeccionados por los especialistas que formaron parte y las declaraciones testimoniales de estos últimos.

Análisis aparte merecen las críticas expuestas contra la actuación y declaraciones de C.S.L., madre de los niños declarantes. La defensa destaca que el doctor Cesario en el informe psíquico de C.S.L. mencionó que presenta trastorno límite de la personalidad y depresión mayor. A ello se agregan propias afirmaciones defensivas como la dependencia económica de su padre –acusado en las presentes actuaciones–, inestabilidad en sus relaciones afectivas y laborales, todo con el fin de sustentar la tesis defensiva de que los hechos investigados han sido inventados por C.S.L. con fines económicos gananciales respecto de los bienes del acusado. Comparto con el tribunal de instancia anterior que la atención del doctor Cesario a C.S.L. corresponde al período de agosto de 2012 a enero de 2015, lo que carece de actualidad y pertinente para desacreditar los hechos aquí juzgados ocurridos en el año 2019, por una parte. Por otra, C.S.L. en su declaración explicó que si bien se comunicó con su padre y le exigió el traspaso de los bienes inmuebles en una conversación que ella misma grabó y aportó en el juicio, nunca estuvo en sus planes reales no presentar la denuncia penal.

A lo señalado, debe sumarse lo que el tribunal correctamente ha considerado como otros elementos que descartan el fin ganancial de la madre de G.N.P., como: el registro de audio de C.S.L. con su hermano J.F.L. en el que ella le contesta que no le importan los bienes, que no quiere nada, salvo la mensualidad para poder estar tranquila; el intercambio de mensajes de WhatsApp con ese mismo hermano en el que le explica que va a vender el auto para pagar todos gastos que tenía por haber hecho la denuncia penal, la conversación registrada con el psicólogo Sánchez en la que coordina cómo y cuándo iba a hacer la denuncia y la formulación de la denuncia el primer día hábil posterior a haber tomado conocimiento de los hechos de abuso.

Comparto la valoración de la instancia previa acerca de que «[...] *a pesar de esta primera postura con apariencia especulativa, se observa la ausencia completa de ganancialidad que se traduce en haber formulado la denuncia decidiendo no aceptar los beneficios económicos cuando estaban a su alcance – [J.F.L.] el dijo que estaba todo listo, que fuera a firmar y ésta se negó–. Soportando todas las consecuencias negativas que se derivan del acto de informar a la autoridades y requerir la investigación y el juzgamiento de los hechos, que no le trae aparejado beneficio alguno. De hecho la prosecución de la causa en muchos aspectos importó para [C.S.L.] y sus hijos –en especial para G.N.P.– una serie de problemas o daños colaterales verdaderamente significativos*». En este sentido, las juezes y el juez de debate valoraron las presiones y desunión familiar que significó la denuncia de los hechos, que toda la familia tomara partido por el acusado, que se aportara información a los medios de comunicación y que en las noticias apareciera el caso con detalles estigmatizando al adolescente, el someter a su hijo a los diferentes actos procesales,

dejó sus estudios y perdió el sustento económico familiar, entre otros sucesos. En consecuencia, corresponde rechazar los argumentos defensivos relativos la ganancialidad del actuar de la Cecilia Lima por no contrastarse con la prueba incorporada en el debate.

En otro orden de ideas, la defensa plantea que existen incongruencias entre el entorno edilicio de la vivienda del acusado Lima Viñolo probado mediante pruebas objetivas y las declaraciones del niño J.J.G.L. sobre cómo observó el abuso perpetrado por el acusado contra su hermano. La crítica defensiva no posee sustento en la prueba incorporada en el debate oral. En este sentido, comparto la valoración del tribunal de instancia anterior respecto a que tanto el informe de inspección de Policía Científica como la planimetría y las fotografías realizadas del lugar permiten concluir que la descripción de G.N.P. como de J.J.G.L. resultan ajustadas a la realidad en términos generales. De la valorado se concluye que no resulta fuera del campo de lo posible que el niño J.J.G.L. haya podido ver la escena que describió y lo impactó tanto: «[...] desde el umbral de la puerta dijo ver a su abuelo acostado en la cama sin sus ropas íntimas, mirando hacia la ventana sin precisar cuál». Como bien valoraron los jueces si bien la planimetría señala la existencia de una sola ventana; Cecilia Lima y el acusado refirieron la existencia de una escalera de dos ramos que conducía a una habitación sin puerta y con dos ventanas.

En consecuencia, estimo que el recurso interpuesto no puede prosperar en razón de que no se advierten los vicios que alega la defensa relacionados con la nulidad probatoria y la valoración de la prueba obrante en autos. Estimo que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto jurisdiccional válido al no ostentar falencias que impliquen su anulación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros). Ello en tanto considero que la sentencia de condena se encuentra sólidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el tribunal respecto a la existencia del hecho y la responsabilidad de Roberto Armando Lima Viñolo por el mismo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

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

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 10 de mayo de 2023.-

17- SILVA SEGOVIA. 10-05-23.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSJ.pdf

Lex: Art. 119, 1°, 2°, 3° párrafo y 4° párrafo apartado b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Acceso carnal. Abuso sexual simple agravado. Encargado de la guarda. Perspectiva de infancia. Perspectiva de género. Contexto familiar.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual simple todo en concurso real (arts. 119, 1°, 2° y 3° párrafo y 55 del CP); y abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda en forma reiterada (arts. 119, 1° párrafo en fc. 4° párrafo apartado b) último supuesto y 55 del CP).

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

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2116, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Relato de NNA.

- Merlo Donaire. 08-20-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf (SP hija)
- Vargas Riquelme. 02-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcVRR.pdf
- Baltazar Cruz. 25-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220425_FcBCH.pdf

Perspectiva de género.

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

Valoración del testimonio. Cámara Gesell

- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

b-CIDH

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

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

Daza Bonachela, M. *Escuchar a las víctimas: Victimología, Derecho Victimal y Atención a las Víctimas.*

Valencia: Tirant lo Blanch. 2016. p. 113

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

Fallo:

CUIJ: 13-06904451-9/1((018601-106746)). F Y QUER C/ SILVA SEGOVIA JUAN MIGUEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN FORMA REITERADA (AL MENOS DOS HECHOS) Y ABUSO SEXUAL SIMPLE TODO EN CONCURSO REAL (106746) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106151336*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06904451-9/1** caratulada **“F. Y QUER. c/SILVA SEGOVIA, JUAN MANUEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN FORMA REITERADA (AL MENOS DOS HECHOS) Y ABUSO SEXUAL SIMPLE TODO EN CONCURSO REAL (106.476) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”**.

La defensa oficial de Juan Miguel Silva Segovia interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2.116 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en cuanto lo condena a la pena de once años de prisión como autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual simple todo en concurso real (arts. 119 tercer párrafo, 119 segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del CP); y abuso sexual simple agravado por ser el encargado de la guarda en forma reiterada (arts. 119 primer párrafo en función del cuarto párrafo apartado b) último supuesto y 55 del CP; art. 29 inc. 3° del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP). Todo, en las causas n° P-106.746/15 y P-91.287/15.

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

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado en autos n° P-106.746/15 que: «[...] *para fecha no precisada, aproximadamente desde el año 2005 y hasta los años 2010 o 2011, en una de las habitaciones del domicilio sito en Barrio Las Margaritas, Mzna I, Casa 5 de Luján de Cuyo, en reiteradas oportunidades, Juan Miguel Silva, aprovechando que no había nadie dentro de la vivienda, se bajó el pantalón, sacó su miembro, le bajó la ropa a la niña L.J.O. contra su voluntad, para luego apoyarle su pene e introducirse por la vagina. Asimismo, en fechas no precisadas, pero situable aproximadamente en los meses previos al día 14 de abril del año 2010 (fecha en que la niña L.J.O. cumplió la edad de 12 años), en la habitación de la progenitora de la menor O., ubicada en la vivienda sita en calle Chile N° 2182 de Mayor Drummond, Luján de Cuyo, Juan Manuel Silva, aprovechando que no había nadie en el domicilio, le agarró la cabeza, se abrió el cierre del pantalón, la agarró fuerte y la obligó a que le practicara sexo oral. Luego la tiró en la cama, le bajó las calzas y la falda que llevaba puesta y le practicó asimismo sexo oral a la niña. Finalmente, aproximadamente en el año 2013 (tiempo después que la niña cumplió la edad de 15 años)*

en el domicilio ubicado en Barrio Las Margaritas Mzna 1, Casa 5 de Luján de Cuyo, Juan Miguel Silva se acercó a la menor L.J.O., la abrazó y bajó sus manos para tocarle sus partes íntimas y luego le tocó los glúteos en contra de su voluntad» (ver sentencia, punto A; registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir del minuto 3:53).

Por su parte, en los autos acumulados n° P-91.287/15, tuvo por probado que «[s]in poder precisar fecha exacta, en un número indefinido de veces, pero en al menos cinco oportunidades, aproximadamente durante los años 2009 y 2010, Juan Miguel Silva tocaba los glúteos los pechos y la vagina por encima de la ropa a su sobrina C.B.L.P, de doce y/o trece años de edad, cuando ésta iba a visitarlo en su casa sita en Barrio Las Margaritas, manzana I, Casa 5, de Luján de Cuyo, ocurriendo tales episodios precisamente en el dormitorio donde Silva pernoctaba en el citado domicilio» (ver sentencia, punto A; registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir del minuto 06:51).

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales recibidas en la audiencia, tales como las de L.J.O. y C.B.L., la declaración del acusado Silva Segovia, así como informes del Cuerpo Médico Forense (CMF) y del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales (EdeAAS).

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone recurso de casación con sustento en los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Expresa que la sentencia tiene vicios que la invalidan por falta de motivación suficiente y la torna arbitraria por una incorrecta apreciación de la eficacia conviccional de la prueba.

Refiere que en los autos P-106.746/15 existe contradicción en cuanto al lugar en que se producen los hechos denunciados, porque la madre de L.J.O., Luz Marina Pérez, expuso que se produjeron en Barrio La Primavera, pero la presunta víctima desmintió tal afirmación al relatar que ocurrió en calle Chile 2182.

Agrega que L.J.O. relató que no sabía cuándo comenzaron los hechos y que cesaron cuando cumplió los doce años. Señala que el relato es ambiguo, impreciso, incompleto y que carece de elementos para establecer su verosimilitud. Al respecto, esgrime que detalló tres hechos: «uno ocurrió en la pieza de su mamá, cuando Silva se bajó el cierre del pantalón y la obligó a hacerle sexo oral. El segundo hecho, en el domicilio de su tío, consistió en que Silva le bajó el pantalón y se bajó su pantalón, y ahí sintió algo pero no recuerda si le dolió o no, que: “fue por atrás”, después él se paró y se fue al baño, le dijo que fuera al baño con él, pero ella se subió el pantalón y se fue. El tercer hecho se produjo en la habitación de los hijos de Silva, le bajó la ropa y se bajó la suya pero no puede decir si fue penetrada o no, porque no recuerda si le dolió o no».

Indica que en la audiencia L.J.O. manifestó que ratificaba lo declarado durante la instrucción y a preguntas realizadas por el Fiscal como por la defensa respondió que no recordaba fechas, lugares, ni detalles específicos, sino flashes en su memoria. Afirma que su relato entra en crisis porque fue capaz de dar detalles específicos de los hechos, tales como que estaba con toda la familia, alrededor de la pileta, que tenía puesta una biquini y el acusado la llamó y la trajo de la mano a una de las habitaciones, la dio vuelta y se subió arriba y se frotaba y al escuchar un ruido se fue. En su opinión, a lo que contrariamente sostuvo la Lic. María Jesús Bunader del EdeAAS, es evidente que puede recordar datos específicos de los abusos sufridos, y por lo tanto, como no sabe si fue penetrada, no hay sustento alguno para acreditar el hecho.

Relacionado con la declaración de la Lic. Bunader, expone que hizo un relato pormenorizado de lo que L.J.O. vivió y concluyó que nunca fue penetrada, a pesar de afirmar que en psicología se habla de que el

relato es confiable pero no de veracidad. Agrega que al preguntarle la defensa si se puede considerar como «memoria selectiva», respondió que se interpreta como represión por la intolerancia psíquica de evocar más recuerdos que es un mecanismo defensivo.

Esgrime que L.J.O. nunca fue accedida carnalmente por el acusado porque los dichos de las menores L.J. y C. hicieron referencia solo a tocamientos y porque la conclusión de la Lic. Bunader debe compararse con la del Dr. Octavio Agustín Agasso –médico psiquiatra del CMF–. Al respecto expresa que resulta desacreditada la opinión de la Lic. Bunader, porque si la represión por intolerancia psíquica es un mecanismo defensivo, *«cuál sería el objeto de lo que teóricamente debiera «defenderse», cuando definitivamente carece de estrés postraumático, pudiendo acomodarse el interés personal»* (el destacado es del original). Expone que no existe razón suficiente que sustente una evitación cognitiva de un hecho gravísimo como es una presunta violación de una persona que carece de estrés postraumático.

Afirma que la sentenciante valoró errónea y parcialmente la conclusión de la Lic. Bunader y completó la declaración de L.J.O. para forzar un resultado afirmativo de algo que nunca ocurrió al sostener: *«la falta de interés en las conclusiones del examen físico parece ser un claro indicador de ese mecanismo de negación respecto de los aspectos más dolorosos del abuso»*, ya que a criterio de la defensa surge de su propia personalidad según el informe psicológico.

Se agravia también porque la jueza de la instancia anterior valoró erróneamente el examen físico realizado por el CMF de fs. 51 y vta. que informó que L.J.O. *«no tiene lesiones recientes, ni secuelas de lesiones antiguas»*, al afirmar en la sentencia que la ausencia de lesiones recientes en la región genital y anal y que tenía himen desflorado de antigua data se explica por el tiempo transcurrido desde los abusos hasta la fecha en que se realizó el examen médico, porque si hubiera habido introducción del pene habrían quedado cicatrices o si hubiera habido distensión previa manual anal, la víctima lo habría dicho en la instrucción o en el debate.

Cuestiona la afirmación de la sentenciante cuando expuso que *«la desfloración del himen es un claro indicador de abuso sexual con acceso carnal, al menos por vía vaginal»*, porque en su opinión, en la pericia antes mencionada realizada por el Dr. Serafín Romero, se estableció que no se podía saber desde cuándo empezó a tener relaciones, y que a la edad de diecisiete años la vagina se hace más distensible por el aumento hormonal femenino y la menstruación.

Afirma que en la sentencia se hace referencia a que L.J.O. no tenía novio, que le dan vergüenza los hombres y que siente la sensación de saltar cuando la van a abrazar para justificar el análisis probatorio pero, según la defensa, no se indagó sobre sus elecciones sexuales, de pareja, de relación como derecho a la persona, lo que en opinión del recurrente revela *«lo pueril y arcaico de su valoración»*.

En cuanto al testimonio de la Lic. Roció Belén Rodríguez –profesional que brindó tratamiento a L.J.O. desde mediados de julio hasta principios de noviembre de 2017– indica que en la sentencia se afirmó que si bien declaró que asistía por la situación de abuso sexual, *«cuando empezaron a trabajar no recordaba si era con penetración o no, pero había sido abusada por su tío»*, se concluyó que era coincidente con la Lic. Bunader y le asignó un alto valor probatorio como prueba de cargo. Sobre el particular, se agravia por ser una valoración errónea porque en la evaluación psicológica se concluyó coincidentemente que no se podía asegurar que hubo penetración.

A continuación esgrime que se incurrió en error sustancial porque los hechos acreditados fueron los declarados por el acusado, quien reconoció tocamientos en vagina y ano y besos en la boca tanto a L.J.O.

como a C.B.L. –sobrinas de Silva–, lo que a su vez coincidió con los relatos de las mismas y testigos.

En cuanto a las declaraciones de los testigos, expresa que Guillermo Palacios declaró que cuando le preguntó al acusado por qué no se había buscado una «prostituta», le respondió que había tocado y abusado a L.J.O. y C.B.L. y que se arrepentía. Agrega que si bien el testigo dijo que L.J.O. le había dicho que le había puesto el pene en la boca y la había penetrado, su relato pierde credibilidad al no poder precisar qué tipo de abuso sufrió y porque tomó conocimiento a través de sus familiares.

Señala que Eliana Beatriz Lezán –esposa de Pablo Pérez– manifestó que conocía al acusado por ser pastor de la iglesia, que tenía un perfil de persona buena y que fue una desilusión para ella.

En cuanto al testimonio de Julieta Jazmín Cajal –amiga de la infancia de L.J.O. y de C.B.L.– expuso que tuvo conocimiento de los hechos por intermedio de sus dichos, que L.J.O. tuvo acceso carnal muchas veces pero no le especificaron lo que exactamente pasó. Al respecto, afirma que pierde credibilidad su testimonio porque si bien declaró que siempre tuvo contacto con L.J.O. y sabía desde un comienzo que había sido abusada por su tío –al igual que C.B.L.– no pudo precisar si había sido accedida carnalmente, sino que reconoció en la audiencia que en un momento al concurrir a la iglesia –aproximadamente a los 12 años– junto a L.J.O. la intimó a que contara lo que sabía porque de lo contrario lo haría ella.

Afirma que Lorena Esther Pérez no pudo precisar el tipo de abuso, y que Pablo Esteban Pérez y Rocío Belén Rodríguez tampoco pudieron aportar datos sobre los hechos denunciados.

En relación con Luz Marina Pérez Taicer –madre de L.J.O.– señala que dijo que lo conocía como a un hermano y burló la confianza que le tuvo, que era un tío amable y cariñoso, y que no pudo precisar ni especificar si hubo acceso carnal.

Finalmente, en cuanto a la testigo Verónica del Carmen Pérez –madre de C.B.L.– indica que manifestó que se enteró por su propia hija y que le contó que fue abusada por su tío, pero no supo de qué tipo de abuso se trataba, tanto en el caso de su hija como de L.J.O..

Por lo expuesto, solicita se case la sentencia impugnada conforme una nueva valoración de la prueba, se aplique el derecho correspondiente y se revoque la condena pronunciada por una menor por el delito de abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo CP).

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General afirma que si bien el recurso de casación es procedente en su aspecto formal, debe rechazarse en el fondo, en razón que los agravios defensivos no demuestran la presencia de vicios en el razonamiento de la jueza de la instancia anterior, ni que la motivación de la sentencia aparezca arbitraria.

Expresa que la sentenciante realizó un profundo análisis del caudal probatorio rendido en el juicio y legalmente incorporado al debate, entre cuyas pruebas destacó que el relato de L.J.O. se mantuvo inalterado en sus aspectos centrales, como también, que de las testimoniales de Luz Marina Pérez, C.B.L., Guillermo Fabio Palacios y Julieta Cajal surgió que el acusado Silva accedió carnalmente vía vaginal a la víctima.

Señala que el examen físico ginecológico fue valorado con los dichos de la víctima en cuanto refirió que antes de los hechos no había tenido relaciones sexuales, por lo que resulta lógica la explicación que la desfloración del himen de antigua data que presentaba fuera consecuencia de los abusos sexuales con acceso carnal que sufrió por parte del acusado.

Agrega que el valor probatorio asignado al testimonio de la víctima L.J.O. también se respaldó con prueba periférica, tales como las declaraciones de testigos –amiga, hermano, tíos y su progenitora–.

Destaca que la jueza de la instancia previa ponderó, tanto las pruebas de cargo como de descargo, y apreció que las manifestaciones de Silva que reconocen abusos sexuales de menor gravedad que los hechos por los que fue acusado fue considerado como una estrategia defensiva que en modo alguno disminuye su culpabilidad.

En suma, afirma que la defensa pone de manifiesto una interpretación a título personal y en beneficio de su asistido sobre algunas pruebas, la que aparece como un criterio diverso de valoración al adoptado por la juzgadora y que no demuestra arbitrariedad en la sentencia porque se motivó conforme las reglas de la sana crítica racional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación defensivo, anticipo que de la revisión de los agravios, argumentaciones de la sentencia y pruebas incorporadas a la audiencia de debate, no surgen vicios de motivación que tornen arbitraria la resolución impugnada, ni apartamiento de la sana crítica racional y estándares probatorios en materia de abusos sexuales contra niñas en el ámbito familiar. Paso a explicar las razones en que apoyo mi decisión.

Previo a todo, y en razón que las causas n° P- 106.746/15 y N° P- 91.287/15 se trataron en la misma audiencia, las testimoniales se recibieron en forma secuencial, y en la sentencia y en el recurso se abordaron en forma simultánea, procederé a la revisión de los agravios, elementos probatorios y argumentaciones de la jueza de la instancia previa de la misma forma, al tratarse de hechos calificados en delitos contra la integridad sexual, víctimas y testigos que pertenecían a la misma familia y comunidad religiosa que el acusado.

Al abordar la sentenciante consideraciones comunes a ambas causas, destacó que « [l]a naturaleza de los hechos objeto de este proceso es la que determina el marco teórico y conceptual desde el cual corresponde analizar y valorar la prueba. Se trata de delitos contra la integridad sexual, cometidos en el ámbito intrafamiliar, contra dos niñas de corta edad para la fecha aproximada en que comenzaron los abusos. Por tanto, se impone una aproximación al objeto procesal atendiendo a las particularidades de la prueba en los delitos contra la integridad sexual y a **la vulnerabilidad de quienes aparecen como víctimas, tanto por su edad –perspectiva de infancia-, como por su género– perspectiva de género**» (ver sentencia, punto 1).

Ello así, advierto que el marco normativo y conceptual expuesto por la juzgadora para analizar el material probatorio incorporado al debate se enmarcó en la sana crítica racional y en estándares probatorios en materia de abusos sexuales contra niñas en **contexto familiar**, conforme los hechos denunciados en las causas mencionadas y atribuidos en la acusación a J. M. S..

Al respecto, me he pronunciado en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, «**Merlo Donaire**», «**Vargas Riquelme**», «**Baltazar Cruz**», entre otros– en el sentido que la revisión de resoluciones judiciales en que son víctimas de abusos sexuales niñas, niños y adolescentes, en cuanto integran un grupo humano vulnerable, requiere la aplicación de estándares internacionales específicos de protección de derechos, tanto en el análisis del material probatorio como en la aplicación del derecho penal sustantivo.

Asimismo, señalé que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció sobre la «*obligación estatal reforzada de debida diligencia*» cuando las investigaciones y el proceso penal se da en el marco de violaciones sexuales contra niñas, y adoptó un enfoque *interseccional* que considera la condición de género y la edad de la niña (Caso «**V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párrafos 154 y 155), (ver «Vargas Riquelme»).

De ahí que el deber de **debida diligencia reforzada** y el derecho de acceso a la justicia a la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales, no se cumple solo con la admisión de la denuncia, sino que implica también la participación activa, el derecho a ser oída/o «[...] *con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez*» (Corte IDH «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua», párr. 161).

Además, en el **plenario «Hisa»** hice referencia a estándares probatorios en materia de violencias contra mujeres por razones de género –también aplicables al caso– a saber: el estándar punto de partida del *derecho a la igualdad y no discriminación* que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); el estándar específico de protección del *derecho a la vida libre de violencias* que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de *Belém do Pará*– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la *debida diligencia reforzada* con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»; el estándar del *derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades* que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y el estándar de *amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género* incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Sentado cuanto antecede, y como expuso la juzgadora, en el proceso de valoración del material probatorio legalmente incorporado al debate, a partir de los estándares reseñados correspondía comenzar por la declaración de L.J.O. en el contexto familiar en que se produjeron los hechos denunciados, y en consideración al tiempo transcurrido y edad desde que se materializaron –ocho años de edad– y la fecha de su declaración en la audiencia de debate –veinticuatro años de edad– (ver sentencia, puntos 1 y 3 y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 27:30).

Asimismo, observo que la jueza de la instancia previa, por petición de la Fiscalía autorizó la presencia en la sala de debate de la psicóloga tratante de L.J.O. para brindarle contención, y dispuso –a petición de la querellante particular– que el acusado permaneciera en una sala contigua a la del juicio para que pudiera escuchar el testimonio de las víctimas y evitar la confrontación visual con las mismas (ver sentencia, punto 1 y registro audiovisual de fecha 5 de mayo, a partir del minuto 09:45).

a.- En la sentencia cuestionada, la jueza sustentó la **credibilidad del testimonio** de L.J.O. en la persistencia de sus dichos en coincidencia con la denuncia de fs. 1/2 de fecha 13 de octubre de 2015 efectuada por su progenitora Luz Marina Pérez, la evaluación psíquica realizada por el EdeAAS en fecha 7 de enero de 2019, las declaraciones de la Lic. Bunader y de la Lic. Rocío Rodríguez en la audiencia, y testimoniales de Luz Marina Pérez, Josías Exequiel Ochoa, Guillermo Fabio Palacios, C.B.L. y Julieta Yasmín Cajal.

En tal sentido se afirmó, que L.J.O. al comienzo de su declaración en el debate manifestó sin hesitación en

relación con la identidad del autor de los abusos sexuales denunciados: *«es el esposo de mi tía Jaqueline Pérez, hermana de mi mamá»* (ver sentencia, punto 5.1.a y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir del minuto 26:04).

Con respecto al tiempo en que comenzaron y finalizaron los hechos de abusos sexuales L.J.O. declaró que *«la edad de cuando comenzaron no la tengo muy clara, por lo que me acuerdo yo hasta los ocho años me hice pis en la cama, así que para mí eso fue un indicador que antes pudo estar pasando el tema de los abusos y más o menos por lo que recuerdo hasta los doce años, pero exactamente la edad de cuándo empezó y cuando terminó con exactitud no la sabría decir»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 27:30 hasta minuto 28:07). Asimismo, a pregunta de la querellante sobre las edades aproximadas en que ocurrieron los hechos de abusos sexuales, expuso que fue entre los ocho y doce años de edad, y aclaró que a los quince años el acusado le tocó la cola con su mano por encima de la ropa y que este hecho no era como los de los años anteriores (ver registro citado, a partir de hora 1:14:55).

Ello así, entiendo que no le asiste razón a la defensa cuando cuestiona la credibilidad de la declaración de L.J.O., al considerar que no supo cuándo comenzaron ni finalizaron los hechos de abusos sexuales que sufrió por parte de Silva. Pues, L.J.O. hizo referencia a un lapso temporal aproximado entre los ocho y doce años en relación a abusos sexuales, diferentes al mencionado a los quince años que consistió en un tocamiento en su cola por parte de Silva (ver registro de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 51:40).

Téngase presente, en cuanto a la valoración de declaraciones de mujeres víctimas de abusos sexuales que los padecieron cuando eran niñas, la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso **Rosendo Cantú y otra vs. México**, sentencia de 31 de agosto de 2010, que sostuvo que *«[...] la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho»* (párr. 89).

Asimismo, en el precedente citado, la Corte IDH destacó la consistencia de las diferentes declaraciones de Rosendo Cantú en cuanto al hecho de la violación sexual y consideró que *«[...] no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurrido los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña»* (párr. 91).

En cuanto a los lugares en que sucedieron los hechos de abusos sexuales, se afirmó en la sentencia que L.J.O. *«[...] expresó que los abusos habían ocurrido en su propio domicilio sito en calle Luján de Cuyo; en el domicilio del imputado en Barrio Luján de Cuyo, y un hecho sucedió en la provincia de Santa Fe (si bien este último no aparece contenido en la acusación fiscal, y por lo tanto, no está incluido en esta sentencia)»* (ver sentencia, punto 5.1.a; declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir del minuto 31:05 y declaración de la Lic. Bunader en registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, a partir del minuto 25:55).

En lo relativo a las acciones desplegadas por el acusado se consignó en la resolución casada que L.J.O. manifestó: *«en una ocasión, estando en mi casa, él me llevó a la pieza de mi mamá y me obligó a practicarle sexo oral, me tomó de la cabeza y me empujaba contra sus genitales. Después me bajó la ropa y me practicó sexo oral a mi [...] me abrió las piernas, bajó su cabeza, me chupaba allá abajo, en la vagina, precisó que en ese momento no había nadie en su casa y era de tarde»*. En relación con los sucesos ocurridos en el domicilio del acusado expuso la juzgadora que L.J.O. declaró: *«Estábamos en el domicilio de SILVA, él estaba sentado y me sentó en el piso, pero enfrente de él, sacó su miembro y me lo empezó a pasar por la cara [...] hubo situaciones en que él me daba vuelta y sacaba su miembro, pero no recuerdo con exactitud si me penetró o no. No tengo claro si me dolió o si sangré. Me bajaba los pantalones y la bombacha y él también se bajaba los pantalones. Él apoyaba el pene en mi cuerpo: en la cola, en la cara, en la vagina»* (ver sentencia, punto 5.1.b y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir del minuto 28:37).

Con respecto a la reiteración, intensidad y modo en que Silva aprovechaba para perpetrar los abusos, la sentenciante consignó que L.J.O. declaró que fue varias veces a casa del acusado pero no en todas hubo abusos, que recordaba que a los quince años una vez le tocó la cola sobre la ropa, estando en la casa de Silva, él la abrazó y le dijo que seguía siendo virgen y una princesita y que lo perdonara. Indicó que la joven manifestó: *«cuando yo iba a su casa, él buscaba la manera de quedarnos solos. Mandaba a mis primos a jugar afuera o a hacer otra cosa. Empezaba con juegos, cosquillas. Después se me subía encima y me empezaba manosear y a dar besos [...] la vez del sexo oral yo estaba sola en mi casa con él. Yo tenía menos de doce años. En las otras oportunidades no había otros adultos en la casa de él. Estaban mis primos y él los mandaba afuera a jugar. Mis primos son más chicos que yo»* (ver sentencia, punto 5.1. a y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 34:40).

La jueza de la instancia anterior también valoró la declaración de L.J.O. en lo relativo a cómo se sentía durante los actos de abusos sexuales y las consecuencias que le ocasionaron para su vida. Expuso que dijo: *«yo me paralizaba, me quedaba muda, no sabía cómo reaccionar. Cuando él iba al baño, me agarraba la desesperación de salir corriendo [...] Después de que se supo todo, yo estuve varios años con depresión. Yo me quería morir, no tenía sentido vivir. Tengo ansiedad. Durante mucho tiempo tenía miedo de quedarme sola con varones [...] hace algunos años me costaba dormir por la ansiedad. Ahora mi sueño ya es normal [...] Muchos años yo me sentí culpable por no hablar a tiempo [...] Me quedó la inseguridad de que yo no iba a lograr nada»* (ver sentencia, punto 5.1.d y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 47:37).

Al respecto, destaco que en los registros audiovisuales de la audiencia se observa que al momento de responder a la pregunta de la Fiscalía de cómo se sentía durante los actos abusivos y por las consecuencias de los mismos, en medio de llanto espontáneo L.J.O. también manifestó que todavía tenía que luchar contra la ansiedad e inseguridades que le provocaron los abusos, consecuencias que trabajaba con su psicóloga (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 57:16).

Asimismo, en la sentencia se ponderó el momento en que L.J.O. tomó conciencia de que era abusada por su tío y del proceso de develamiento. En tal sentido, se expuso que la joven manifestó: *«A los doce años empezamos a tener educación sexual en la escuela y ahí me fui dando cuenta que lo que pasaba no era normal. Nos seguimos viendo en situaciones familiares, pero yo dejé de frecuentar la casa de él»* (ver sentencia, punto 5.1.e y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 51:40). Señaló la juzgadora que el proceso de develamiento fue difícil tanto para L.J.O. como

para C.B.L. –ambas eran primas– *«por tratarse de abusos sexuales intrafamiliares, las víctimas sentían temor de que no les creyeran y culpa por dejar a sus primos sin su papá»*, y que se produjo en forma simultánea. Explicitó que en la primera etapa las jóvenes tomaron conocimiento que eran abusadas por su tío Juan Miguel Silva y declararon en forma coincidente en la audiencia que fue una noche en una pijamada en casa de C.B.L.; en el segundo momento ambas le confiaron los abusos a la amiga Julieta Cajal quien también iba a la iglesia con ellas, y en la tercera etapa fue cuando Josías Exequiel Ochoa –hermano de L.J.O.– tomó conocimiento de los abusos y en tal sentido declaró en la audiencia (ver sentencia, punto 3 y declaración de L.J.O. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de hora 1:03:56).

Ahora bien, por aplicación de los estándares probatorios en materia de abusos sexuales con perspectiva de género y de niñez en contextos familiares, en particular en cuanto a la situación de vulnerabilidad y amplitud probatoria, considero que en el proceso valorativo del testimonio de L.J.O. la sentenciante realizó un abordaje jurídico e interdisciplinario según el informe psíquico realizado por el EdeAAS –incorporado a fs. 194– y explicaciones vertidas en la audiencia por la Lic. María Jesús Bunader que respaldaron la declaración de la víctima. En tal sentido, se afirmó en la sentencia que la profesional se refirió a los tres episodios de abusos que L.J.O. recordaba: el primero, en la casa de la joven y en la cama de sus progenitores en que Silva le chupó la vagina y le metió su pene en la boca; el segundo, en la provincia de Santa Fe en ocasión de un viaje por problemas de salud de la esposa del acusado, y el tercer episodio, en la casa de la tía, ocasión en que Silva le decía que la amaba cuando la abusaba (ver sentencia, punto 1, pág. 9 y declaración de la Lic. Bunader en registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 13:50).

Agrego también que la Lic. Bunader declaró en la audiencia que realizó el informe psíquico de L.J.O. a través de una entrevista semidirigida muy amplia y extensa el día 22 de octubre de 2018. La entrevista comenzó en forma libre y espontánea, en la que la profesional observó agotamiento, cansancio y revictimización al haber pasado por entrevistas anteriores donde tuvo que relatar los hechos. Indicó que había que tener en cuenta que el develamiento se realizó cuando L.J.O. tenía diecisiete años, y que en su relato recordó detalles que son de contexto, de situación, la ropa que tenía puesta, que si bien L.J.O. manifestó que no pudo dar «fechas exactas» dio un rango etario entre los ocho y doce años, identificó claramente al denunciante, los hechos de abuso sexual. En cuanto a la frecuencia, señaló que L.J.O. respondió *«varias veces»*, y en relación con el lugar, que mencionó su casa y la de su tío. Señaló que, con más claridad, mencionó tres sucesos y sintió culpa al no poder dar fechas exactas (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 03:06).

La sentenciante también argumentó que la Lic. Bunader observó en L.J.O. *«represión por la intolerancia psíquica de evocar más recuerdos, [que] es un mecanismo defensivo»* (ver sentencia, punto 1 de la valoración del testimonio y declaración de la Lic. Bunader en registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 23:54).

Sobre el particular, la Lic. Bunader se explayó por medio de abundantes y claras explicaciones en la audiencia. Manifestó que el recuerdo de los hechos por parte de L.J.O. se dio de una forma particular, como si fueran «fotos que venían a su mente», palabras que recordaba durante los hechos, la ropa que tenía puesta, la forma como Silva la abusaba. Por su parte, L.J.O. en la audiencia declaró que en su cabeza no estaba todo unido, dijo: *«está como por partes»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 34:40).

Además, la profesional mencionada ejemplificó que L.J.O. manifestó: *«estábamos en mi casa, me bajó la ropa y me empezó a chupar abajo en mi vagina [...] después me acuerdo que me senté al borde de la cama, y me agarró de la cabeza y me metió su pene en la boca y me empezó a hacer para atrás y para adelante [...] después se sube el pantalón y se va al baño»*. Destacó la testigo que todo su discurso estuvo cargado de **culpa** al no poder recordar con exactitud fechas de los hechos, sin embargo –aclaró desde su saber particular– L.J.O. brindó detalles de los mismos por lo que evaluó su relato confiable, lógico, coherente, sin fabulación ni ganancialidad, con consecuencias emocionales de inseguridad, distracción, baja autoestima, miedo, vergüenza a todo, en la primaria y en la secundaria le costaba hablar, no podía dormir, tuvo enuresis incluso siendo más grande, le costaba hacerse amigos y tener novios. Subrayó la Lic. Bunader el estado de psicoafectación por el que atravesó L.J.O., no solo durante los hechos de abusos sino también al evocarlos. Explicitó también que cuando relató –por ejemplo– *«siempre era un rato, me bajaba la ropa, me manoseaba, me hacía hacerle sexo oral pero después de eso no me acuerdo»*, desde el saber de la Psicología se entendía que *«opera la represión, la represión es simplemente para hacerlo sencillo, si algo sucedía después o había más información en su psiquis hasta ahí llega lo que ella podía mencionar*. Específicamente dijo que *«[L.J.O. mencionó que] “después de eso no me acuerdo”, justamente por la intolerancia psíquica de evocar más recuerdos [...] es un mecanismo defensivo»* (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 14:50).

No puedo soslayar en la presente revisión casatoria, a la luz de los estándares aplicables al caso y el relato y situación de L.J.O., que en la audiencia, a pregunta de la defensa oficial si L.J.O. tenía recuerdo «selectivo», la Lic. Bunader le respondió en forma negativa. Le explicó así que L.J.O. claramente manifestó que denunciaba abusos sexuales y reiteró que lo que no podía recordar con exactitud eran fechas porque sus relatos estaban atravesados por su sentimiento de culpa. Agregó la profesional del EdeAAS que L.J.O. brindó información relevante al evocar –por ejemplo– que tal hecho de abuso sexual pasó cuando ella tenía ocho años y estaba en segundo grado de la primaria, y le aclaró al defensor oficial: *«pero ella no dice que no recuerda qué sucedió, lo que no recuerda son las fechas»*. A continuación, la defensa oficial en forma acalorada le dijo a la Lic. Bunader que estaba «refutando» lo que le había preguntado, intervino la Fiscalía para explicarle al defensor que la testigo había hecho referencia a lo que le preguntó y a tres eventos claros de abusos sexuales. No obstante, la defensa oficial insistió en que la profesional no especificó los «tipos de abusos», e intervino la jueza y le indicó al Dr. Stroppiana que podía pedirle a la testigo que reiterara las declaraciones pero debía reservarse otras apreciaciones. Entonces, el defensor con tono alto de voz le respondió a la juzgadora que nadie le respondía lo que él preguntaba. A continuación, la juzgadora le pidió a la Lic. Bunader que reiterara las explicaciones y la profesional procedió a repetir las declaraciones entre las que mencionó que Silva le hacía hacerle sexo oral a L.J.O., le chupaba su vagina, le metía su pene en la boca, le pasó su pene por la cara, se le tiró encima mientras estaba acostada durmiendo la siesta, hechos que desde su saber particular eran transgresiones a los límites de la sexualidad de L.J.O.. Posteriormente el defensor le preguntó a la testigo qué consecuencias psicológicas en el área de la sexualidad podían tener los abusos en la víctima, y la profesional hizo referencia a dificultades para relacionarse y vincularse con personas de su elección y aclaró que en la entrevista L.J.O. mencionó a «hombres en general» e, incluso, que si en un negocio atendía un hombre prefería irse del negocio (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 41:40).

Dado lo que antecede, caben las siguientes consideraciones. En primer lugar, la Lic. Bunader declaró dentro de su saber particular y en relación con el informe psíquico que realizó en el EdeAAS, por lo que

excedía desde su intervención el abordaje jurídico y legal de los hechos de transgresión a los límites de la sexualidad detectados por la profesional en la evaluación psíquica realizada a la L.J.O.. Es decir, no le correspondía responderle al defensor oficial –a pesar de su insistencia– acerca de la tipicidad de los hechos de abusos evaluados en el informe psíquico, lo que evidenció en la intervención por parte de la defensa inaplicación de estándares probatorios específicos en la materia, manifestada incluso en el tono acalorado en que se dirigió hacia la profesional e incluso hacia la juzgadora en la audiencia. En segundo lugar, la testigo brindó su declaración con claridad y calma, respondió a las preguntas que le realizaron con abundantes explicaciones e incluso las reiteró en varias ocasiones con ejemplificaciones como he referido en los párrafos anteriores. En tercer lugar, la sentenciante valoró la declaración de la Lic. Bunader dentro de la sana crítica racional y estándares mencionados, por lo que la reiteración a través del agravio casatorio deviene improcedente.

A lo expuesto, agrego que la declaración de la Lic. Bunader fue coincidente con el testimonio de L.J.O. en la audiencia. Así pues, en el registro audiovisual de la audiencia de fecha 5 de mayo de 2022, se observa el llanto espontáneo, la angustia y el mecanismo defensivo de L.J.O. al tener que recordar actos de abusos sexuales en el proceso penal por preguntas que se le realizaron. Por ejemplo, cuando la fiscalía le preguntó cómo le hacía sexo oral Silva, L.J.O. comenzó a llorar y en medio del llanto y con frases entrecortadas dijo: *«me abrió las piernas y bajó su cabeza, yo me acuerdo que bajó su cabeza y me chupaba allá abajo, ¿hace falta que de tantos detalles?»*. La Fiscalía le pidió disculpas y le explicó que las preguntas respondían a la obtención de la mayor cantidad de detalles posibles acerca de los hechos denunciados que se investigaban y por los que el tribunal tenía que pronunciarse, y le indicó que tomara el tiempo que necesitaba para poder continuar con la declaración. A continuación le preguntó cuál era la zona donde Silva le succionaba y L.J.O. respondió que *«en la zona vaginal»*, y agregó que *«no había nadie en mi casa [...] era de tarde [...] él vivía en las Margaritas que son como a dos o tres cuerdas de mi casa»*. A preguntas de la Fiscalía si el acusado concurría con frecuencia a su casa, respondió afirmativamente (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 31:05).

También en otros pasajes de la declaración de L.J.O. en que se evidenció dolor y angustia por medio de llanto espontáneo fue al recordar el hecho ocurrido en Santa Fe cuando viajó con su familia para ver a su tía, esposa del acusado que fue intervenida quirúrgicamente y estuvo muy mal. Relató que en un momento en que todos estaban afuera y se fue a acostar en una de las habitaciones, Silva se le subió arriba y la manoseó, L.J.O. interrumpió el relato e irrumpió en llanto espontáneo al recordar la respiración del acusado y dijo con pesadumbre: *«y todavía me acuerdo de la respiración»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 40:15). Si bien este hecho no fue motivo de acusación ni de valoración en la sentencia, la referencia a ello es para el señalamiento de la situación psicoafectiva que atravesó a L.J.O. en el proceso memorístico *durante la audiencia aún después de varios años de haber padecido los abusos*. Así también otro pasaje de la audiencia en que irrumpió en llanto espontáneo –referido anteriormente en la sentencia– se observa cuando L.J.O. rememoró a pregunta de la fiscalía acerca de consecuencias que le provocaron los abusos, en que habló de la depresión que le provocaron los abusos durante años, de no querer seguir viviendo y querer morirse, de inseguridades, de sentirse inútil, de dificultades del sueño, del sentimiento de culpa, de ansiedades y nervios –reitero– que a la fecha del debate todavía tenía que seguir trabajando con su psicóloga particular (ver registro citado, a partir de minuto 57:16).

Nótese también que cuando L.J.O. relató el hecho cuando viajó a Santa Fe y el acusado entró y se le subió

encima, la defensa le preguntó «*esa vez ¿le dijo algo, hablaron esa vez?*». L.J.O. le respondió «*no, no, es que yo en los hechos yo no me ponía a charlar con él, como dije antes, cada hecho a mí me paralizaba*» (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de hora 1:24:35). Posteriormente, la defensa le preguntó si después de estos hechos tuvo relaciones sexuales y respondió rotundamente «*NO, no sé a qué viene, si viene o no al caso, si yo sea virgen o no*» e inmediatamente intervino la Fiscalía y expuso ante la jueza que L.J.O. ya había declarado al respecto y solicitó que no se volviera a indagar sobre la vida personal de la víctima, salvo que fuera estrictamente necesario (ver registro audiovisual citado, a partir de la hora 1:32:24).

Al respecto, téngase presente que otro estándar aplicable a la situación de mujeres víctimas de abusos sexuales intrafamiliares ocurridos durante la niñez, *es evitar la revictimización institucional durante el proceso penal.*

En tal sentido, junto con la jurisprudencia de la Corte IDH referida anteriormente, hay que tener en cuenta conocimientos que brindan ciencias interdisciplinarias. Por ejemplo, la Victimología aporta conceptos básicos acerca de definiciones y dimensiones de la victimización primaria y secundaria. Así, la victimización «primaria» es definida como «*el daño directamente producido por el delito a la víctima. El hecho delictivo y la experiencia de victimización generan, directa o indirectamente, a la víctima una serie de daños (como lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, en expresión de la DPFJ de ONU de 1985), que pueden ser de diversa índole, variar en intensidad, frecuencia y duración y ocasionar diferentes y graves consecuencias en los distintos ámbitos de su vida: personal, familiar, social, laboral, económico*» (Daza Bonachela, M. *Escuchar a las víctimas: Victimología, Derecho Víctima y Atención a las Víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016. p. 113).

A su vez, la victimización «secundaria» *es el daño que le causa a la persona la estigmatización social en su trayectoria forzada por los sistemas judiciales, policiales, sociales, sanitarios, etcétera, es decir, en su tránsito por diversas instituciones con las que debe entrar en contacto y la mecánica de los procedimientos que utilizan que añaden daño al ya producido por el hecho delictivo.* La autora antes citada brinda los siguientes ejemplos: obligar a la víctima a recordar el hecho en reiteradas ocasiones, interrogada y examinada, sentirse *enjuiciada* debido a la necesidad de prueba de los hechos para enervar la presunción de inocencia, verse forzada al contacto con el ofensor en dependencias judiciales o en el juicio, el temor a represalias de éste y/o de sus allegados, las presiones sociales y familiares, la lentitud del proceso –que le impide pasar página–, la falta de información, la utilización de un lenguaje técnico que no entiende, etc., son factores que causan muchas veces en la víctimas efectos tan traumáticos y desagradables, en ocasiones más incluso, que los producidos por el propio hecho delictivo. Al mismo tiempo explica que es particularmente grave en delitos contra la libertad sexual, en los que la desprotección de las víctimas se encuentra muy relacionada «*con la aquiescencia social, la minimización del delito y sus efectos, o la negación social a asumir su misma existencia*» (autora y ob. cit., p. 114).

Dicho lo anterior, surge sin hesitación que la valoración del informe psíquico y declaración de la profesional del EdeAAS expuesta en la sentencia por la jueza de la instancia previa se correspondió con el relato y la situación psicoafectiva por la que atravesó L.J.O. –reitero, incluso durante la audiencia de debate– como consecuencia de los hechos de abusos sufridos por parte de Silvia durante la niñez, con quien tenía buena relación porque era su tío y pastor de la iglesia evangélica donde concurría con sus familiares y amistades y vivía a dos o tres cuadras de su casa. Por tanto, el agravio analizado deviene improcedente.

b.- En lo relativo al cuestionamiento relacionado con la comparación del informe psíquico realizado por el EdeAAS y el elaborado por el CMF, entiendo que la defensa realiza una confrontación de aspectos parciales y sin aplicación de estándares probatorios específicos en la valoración de la declaración de L.J.O., por lo que tampoco puede prosperar.

En efecto, la defensa no valora en su integridad el examen psíquico realizado a L.J.O. por la sección Psicopatología del CMF en fecha 13 de octubre de 2015, agregado al expediente principal a fs. 18 e incorporado al debate. De ahí que no tuvo en cuenta aspectos relevantes que también fueron informados, tales como que L.J.O. presentaba una «[...] personalidad adolescente, con conductas inseguras, inhibidas y dependientes, con aceptación de límites y proyección de metas productivas. Presenta una estructura interna desvitalizada, con baja autoestima y recursos internos debilitados, que originan sentimientos de tristeza, angustia y tensión frente a los hechos que expresa haber vivido [...] Su relato, en general, es claro y coherente, sin indicadores de fabulación ni mitomanía [...] No puede descartarse que haya vivido un episodio de contenido sexual».

Por su parte, el informe psíquico del EdeAAS –anteriormente mencionado e incorporado al debate– se realizó a L.J.O. cuando tenía veinte años por las Lics. Marcia Peregrina y María Jesús Bunader. Consignó que si bien por el tiempo transcurrido cuando ocurrieron los hechos –entre sus ocho y doce años– y la fecha de la evaluación presentó dificultades memorísticas para precisar circunstancias de tiempo, describió circunstancias de modo y lugar de los hechos y se pudo observar que manifestó «un relato coherente con descripción de acciones emprendidas y verbalizaciones efectuadas por el denunciado» – punto 3–. Asimismo, se señaló que el relato se presentó en forma libre, sin indicadores de influencia externa ni manipulación ganancial, lo que le otorgó parámetros de confiabilidad –puntos 4 y 5–, y que se detectaron indicadores de haber vivido episodios que transgredieron los límites de su sexualidad por parte de su tío, a través de su relato y grado de psicoafectación que lo acompañó, ya que al referirse a las situaciones de contenido sexual se observó malestar interno y angustia –punto 6–. También se informó que si bien durante el examen no se observó un trastorno por estrés postraumático en curso –punto 6– manifestó al momento del examen «dificultades en la vinculación hacia personas del sexo opuesto sean conocidas o no. Ante situaciones de presión no puede defenderse de modo adecuado, haciendo que fallen sus defensas psíquicas y por consiguiente experimentando ansiedad, inseguridad y angustia» –punto 7–.

En atención a lo expuesto advierto, por una parte, que en el informe citado del CMF, en coincidencia con el informe psíquico del EdeAAS, no se detectaron indicadores de fabulación ni mitomanía, y se señaló la claridad y coherencia del relato de L.J.O. acompañado de indicadores de sentimientos de tristeza, angustia, baja autoestima y recursos internos debilitados y tensión en relación a los hechos de abusos sexuales que relató haber vivido.

Por otro lado, como he referido en el punto anterior, en la valoración del informe psíquico del EdeAAS y la declaración de la Lic. Bunader en la sentencia, se expuso que la falta de recuerdo de L.J.O. había que interpretarla a través de la «represión por la intolerancia psíquica de evocar más recuerdos. Es un mecanismo defensivo» (sentencia, pág. 10). A lo argumentado previamente, agrego que como evidencia del mecanismo de evitación cognitiva, la juzgadora mencionó la respuesta de L.J.O. en la audiencia al ser preguntada por la fiscalía sobre el resultado del examen físico realizado por el médico forense, en cuanto manifestó que por ser un aspecto doloroso de los abusos, respondió que el médico habló con su madre y no sabía el resultado (sentencia, pág. 10). Junto a ello se valoró en la sentencia que la Lic. Bunader expuso que el relato de L.J.O. era confiable, porque fue libre, extenso, no lo rellenó sino que dijo «no me acuerdo»,

lo que interpretó como un *indicador de sinceridad*. Además, observó en L.J.O. malestar interno, angustia, culpa por no haber podido reaccionar, secuelas psíquicas de inseguridad, baja autoestima, distracción, nervios, enuresis, vergüenza, se sintió un objeto y no una persona al hablar de «utilidad» al referirse a las situaciones que transgredieron los límites de su sexualidad por parte de Silva (sentencia, págs.13 y 14).

Aunado a las pruebas mencionadas, en la sentencia se le otorgó peso probatorio al testimonio de la Lic. Rocío Belén Rodríguez –psicóloga particular que le brindó tratamiento a L.J.O. desde mediados del mes de julio hasta noviembre de 2017– al referirse que la asistió por la situación de abuso sexual por parte de su tío de apellido Silva. La profesional expresó que «[a]nómicamente estaba mal», y que detectó indicadores de «[...] mucha angustia, autoestima muy disminuida, abúlica, sin ganas de hacer cosas, como que le faltaba fuerza, malestar en el sueño, no saber qué hacer con su vida», y evaluó creíble del relato de L.J.O. porque «no presentaba fallas ni indicadores de mentira o fabulación. Manifestaba malestar, tristeza, culpa por no haberlo dicho antes. La sintomatología tenía relación con los abusos. También las técnicas que usadas indicaban problemas en el área sexual, agresividad, caras apáticas y tristes» (ver sentencia, punto 3.b; declaración de la Lic. Rodríguez en registro audiovisual de fecha 16 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 37:05).

Asimismo, destaco que la ausencia de información en el examen psíquico del CMF sobre la inexistencia de estrés postraumático –también consignado en el informe psíquico del EdeAAS y motivo de agravio– debe valorarse con las *consecuencias graves* que ocasionaron los abusos sexuales en la vida de L.J.O. informadas en dichos informes psíquicos. Así, debe considerarse el relato de L.J.O., valorado por la sentenciante, en relación con aspectos relativos a la reiteración en el tiempo de los abusos, las acciones desplegadas por el acusado, haber comenzado cuando era una niña de aproximadamente ocho años de edad, el particular contexto familiar y social en que se produjeron los abusos, el vínculo familiar y espiritual de Silva con las víctimas –por ser el tío y el pastor de la misma iglesia evangélica donde concurrían con sus familiares y amiga–, el difícil proceso de develamiento de los abusos, el tiempo transcurrido entre los abusos sexuales y la realización de los exámenes físicos y psíquicos, entre otros aspectos relevantes meritados en la sentencia a la luz de los estándares probatorios específicos aplicables al caso (ver sentencia, puntos 1, 2, 3, 5.1.). Además, como expuse en el punto anterior –reitero una vez más– en el registro audiovisual de la audiencia se puede observar el llanto espontáneo, el malestar interno, la angustia y el dolor con que L.J.O. evocaba en su recuerdo hechos de abusos sexuales y consecuencias que todavía le producían a la fecha de la audiencia –5 de mayo de 2022– situación por la cual estuvo acompañada por su psicóloga particular con quien realizaba tratamiento psicológico a causa de los abusos sexuales. De tal manera, el agravio expuesto en sentido no puede prosperar.

c.- En cuanto al cuestionamiento defensivo sobre la valoración en la sentencia del examen físico de L.J.O. realizado por el CMF, entiendo que la juzgadora en la ponderación de esta prueba tampoco se apartó de la sana crítica racional ni estándares probatorios en la materia, como se esfuerza por señalar la defensa a partir de una discrepancia valorativa de aspectos parciales de la prueba e inaplicación de los estándares referidos.

En efecto, en la sentencia se afirmó, por una parte, que la explicación brindada por la Lic. Bunader con la declaración de L.J.O. al ser preguntada por la Fiscalía sobre el resultado del examen físico que se le realizó en el CMF –himen desflorado de antigua data– y el testimonio de L.J.O que fue su madre quien habló con el médico y ella no supo el resultado, a criterio de la sentenciante demostró un claro indicador del mecanismo de negación de aspectos dolorosos del abuso (ver sentencia, pág. 10). Por otra parte, se

sostuvo en la resolución en crisis que según el examen físico de fs. 11/12, L.J.O. no presentaba lesiones recientes en región genital ni región anal y que tenía himen desflorado de antigua data, lo que explicó por el tiempo transcurrido desde la perpetración de los abusos y la fecha de la realización del examen médico, con sustento en la declaración de L.J.O. en cuanto manifestó *«La primera vez que declaré yo tenía diecisiete años. Antes de eso yo no había tenido relaciones sexuales»*. De ahí que la juzgadora razonó, según las pautas de la sana crítica racional y estándares probatorios aplicables a casos como el analizado, que si L.J.O. no había tenido relaciones sexuales antes de los 17 años y presentó himen desflorado de antigua data en el examen ginecológico realizado en el CMF, *«esa desfloración era consecuencia de haber sido accedida carnalmente por el acusado, aspecto que manifestó no recordar en virtud del mecanismo defensivo de represión al que se refirió la Lic. BUNADER»*.

Junto a ello, también ponderó el testimonio de Luz Marina Pérez, quien declaró que cuando el médico del CMF le preguntó a su hija «qué te hizo» –en referencia a la lesión que presentaba– le respondió: *«por atrás y por delante»*; y también lo respaldó con el testimonio de C.B.L., quien expuso que L.J.O. le dijo que el acusado *«la había violado»*, le explicó lo que era una violación, y le dijo que Silva *«la daba vuelta y le metía las partes íntimas dentro de ella, que se le paraba y se mojaba»* (ver sentencia, página 11).

Así pues, el examen físico que le realizó a L.J.O. el médico forense Alberto Romero en fecha 13 de octubre de 2015 cuando tenía diecisiete años de edad –fs. 11 autos P-106.746/15– también debe valorarse con la declaración de L.J.O., quien a preguntas de la parte querellante, cuando relató que los abusos sexuales ocurrieron entre los ocho y doce años y que a los quince años Silva solo le tocó la cola con su mano por encima de su ropa, y aclaró: *«pero no hubieron abusos como en los años anteriores [...] él trataba de que pasara cada vez que iba a su casa, eran varias veces»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de hora 1:14:55). E, incluso, ha de considerarse que en la sentencia se ponderó la declaración de L.J.O. cuando manifestó: *«empezamos a tener educación sexual en la escuela, tenía como doce años, y ahí me fui dando cuenta que lo que pasaba no era normal, nos seguíamos viendo en situaciones familiares pero yo dejé de frecuentar su casa, iba cuando iba mi mamá o cuando estaba alguien pero aun así me acuerdo que una vez ya de más grande cerca de los 15 años él me abrazó y me bajó la mano y me tocó la cola sobre la ropa [...] en la casa de él, me parece que había sido el cumpleaños de alguno de ellos no recuerdo bien de quién»* (ver registro citado, a partir del minuto 51:40).

Sobre el particular destacué en el caso «Baltazar Cruz» –con cita del Caso Espinoza González vs. Perú de la Corte IDH– que *«[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de una violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales»* (párr. 193) –cfr. Corte IDH «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua», párr. 163; cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255–.

De modo entonces que según la jurisprudencia reseñada, la ausencia de lesiones corporales o enfermedades en víctimas de abusos sexuales no descarta por sí sola la violencia sexual, máxime en el caso particular en que fue tardío y muy difícil el proceso del develamiento por la reiteración de los abusos

por parte de Silva y el vínculo familiar y espiritual que lo unía a la víctima, familiares y amistades por la pertenencia a la misma comunidad religiosa.

Ello así, considero que la valoración realizada por la sentenciante de la prueba cuestionada por la defensa, no fue interpretada en forma pueril, arcaica ni exenta de perspectiva de género, como afirma la defensa, sino a partir de la sana crítica racional, con perspectiva de género y con aplicación de estándares probatorios específicos de acuerdo con el caso analizado.

d.- La jueza de la instancia anterior también meritó la declaración del acusado Juan Miguel Silva en la audiencia. Ello, en cuanto expuso que la iniciativa de los tocamientos sexuales fueron por parte de L.J.O. Al respecto, la jueza consideró que aquella declaración era una estrategia defensiva común en abusadores sexuales que sostienen que las víctimas *«se han enamorado de ellos»* o *«los han intentado seducir»*, al tiempo que afirmó que debía valorarse con las conclusiones de las características personales informadas en el examen psíquico realizado a Silva en el CMF –incorporado a fs. 175 y vta. de autos citados– las que se reflejan en sus declaraciones (ver sentencia, punto 5.2).

Al respecto se consignó en la sentencia que Silva expuso: *«Todo comienza en mi casa. Ella tenía trece años. Yo estaba en un sillón. Ella me estaba haciendo masajes en la cabeza, bajó la mano, me la metió en el pantalón. Me dice que vayamos a buscar un inflador a su casa. Nos fuimos corriendo a su casa. Cuando llegamos, cerramos la puerta, J. se tira encima de mí y nos empezamos a besar. Ella me abraza con sus piernas. Yo me di cuenta que lo que ella hacía, ya lo sabía hacer. En eso entró mi hijo y yo me fui con él. Esto fue lo que reconocí a la familia [...]. Después tuvimos otro momento en el pasillo de mi casa. Mi esposa estaba tendiendo la ropa. Hubo un roce de caricias»*. Ante pregunta de la querellante particular, agregó: *«Nos encontramos en el pasillo de mi casa que es estrecho. Nos besamos y acariciamos, pero fue breve. Surgió de modo mutuo»* (ver sentencia, punto 5.2, segundo y tercer párrafo y declaración de Miguel Silva en registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, video II, a partir del minuto 02:47).

Por su parte, la médica Gómez, psiquiatra del CMF –quien realizó el informe de Silva incorporado a fs. 175 de los autos principales– declaró en la audiencia que observó que tenía el juicio conservado y era responsable de sus actos. Para ayudar a la memoria de la testigo, la Fiscalía procedió a la lectura del informe citado en cuanto consignó que L.J.O. *«presenta rasgos de egocentrismo que lo llevan a pretender conducirse con criterios personales, manipulando los límites y normas en función de sus intereses»*. En tal sentido explicó la profesional que el acusado era una persona con rasgos de omnipotencia, escasa empatía y le costaba mucho respetar los límites de otra persona. En cuanto al informe que indicó que Silva *«en las relaciones interpersonales se vincula de manera distante, sin comprometerse afectivamente con el otro»*, la médica Gómez explicitó que se relacionaba con lo anterior y se refería a inmadurez emocional, escaso compromiso y responsabilidad vincular. Luego se dio lectura al informe que expresó que presentaba *«tendencia a la manipulación y a manifestar la agresión hacia los demás cuando éstos no responden a sus demandas»*, y la profesional expuso que una persona omnipotente y egocéntrica piensa en sí misma y no en la otra persona en una relación vincular, y al no tener empatía va a manipular a la otra persona porque no le importa. Agregó profesional que estos rasgos de personalidad se manifiestan en todas las áreas de la vida, y por tanto, también en el aspecto sexual aún sin la presencia de un trastorno en la sexualidad. A preguntas de la Fiscalía respondió que el examinado podía tener conductas desajustadas en el área de la sexualidad. A preguntas de la defensa explicó, por un lado, que los rasgos de omnipotencia y baja empatía no solo se visualizan en una charla con una persona, sino también en la intimidad porque la personalidad es una globalidad, y por otro lado, que si el juicio crítico es conservado significa que no es una persona

alienada mental ni psicótica, sino que es consciente y responsable de sus actos (ver registro audiovisual de fecha 15 de mayo de 2022, video II, a partir del minuto 05:15).

En atención a lo expuesto, advierto que en este segmento de la sentencia se ha valorado también la declaración de Silva en forma integrada con el informe psíquico referido en el marco de la sana crítica racional y estándares probatorios en materia de abusos sexuales a niñas en contextos familiares. Aún más, al ser confrontada la declaración de L.J.O. con las pruebas psíquicas analizadas en la sentencia, se señaló que en Silva se observaron rasgos de personalidad en cuanto a la tendencia a la manipulación de límites, poca empatía y compromiso en las relaciones vinculares, agresión hacia otras personas cuando no responden a sus demandas y evasión de responsabilidad al colocar la culpa en la otra persona; mientras en evaluaciones psíquicas realizadas en el EdeAAS y en el CMF a L.J.O. se detectó *«la aceptación de límites y proyección de metas productivas»*, indicadores de baja autoestima, recursos internos debilitados, sentimientos de tristeza, angustia y tensión en relación a los actos de abuso sexual, relato claro y coherente, sin indicación de fabulación o mitomanía, y en coincidencia, la Lic. Rocío Rodríguez observó indicadores de haber sufrido abusos sexuales.

e.- Cabe señalar también que la juzgadora validó la credibilidad y confiabilidad de la declaración de L.J.O. en pruebas testimoniales recibidas en la audiencia de Luz Marina Pérez –progenitora de L.J.O.–, de C.B.L. –víctima de autos P-91287/15 C.B.L.–, de Josías Ochoa –hermano de L.J.O.–, de Guillermo Fabio Palacios –tío de L.J.O. y de C.B.L.– y de Julieta Yasmín Cajal –amiga de L.J.O. y de C.B.L.–.

En tal sentido, la jueza de la instancia previa respaldó la declaración de L.J.O. en cuanto al acceso carnal con el testimonio de Luz Marina Pérez, quien manifestó en la audiencia que cuando fue al CMF con su hija, el médico le dijo que había una lesión, *«como que la habían penetrado. El médico le preguntó a su hija: ¿qué te hizo? Y ella respondió por atrás y por adelante»*. Se destacó en la sentencia que cuando la defensa le preguntó a la testigo qué le había dicho su hija, respondió: *«me dijo que la había violado Miguel»* (ver sentencia, pág. 11 y declaración de Luz Marina Pérez en registro audiovisual de fecha 16 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 12:40).

Asimismo, en el debate la testigo mencionada también declaró que cuando su hija le empezó a contar las cosas que le había hecho el acusado no lo podía creer porque era el marido de su hermana y lo consideraba un hermano. Refirió que L.J.O. le contó que le hacía sexo oral y hacía que ella le hiciera sexo oral a él cuando era chiquita, que ella lloraba y gritaba de noche y se hacía pis en la cama, que siempre estaba triste, que la llevó a la psicopedagoga, que la llamaron de la escuela. Asimismo, que cuando estuvieron en Santa Fe y su hija estaba en una cama, Silva se subió arriba de ella para manosearla cuando tenía ocho años y que abusó de ella en su casa cuando la testigo no estaba. Agregó, a preguntas de la Fiscalía que las familias frecuentaban las viviendas mutuamente y los niños iban a jugar en forma habitual en ambas viviendas. A preguntas de la defensa, respondió que también se veían en la iglesia hasta que Silva dejó de ir, porque era pastor, no aprueban los abusos y tienen que denunciar a los abusadores (registro audiovisual de fecha 16 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 04:58).

También se validó con el testimonio de Guillermo Fabio Palacios –tío de las jóvenes– quien declaró que L.J.O. había manifestado que el acusado *«le había puesto el pene en la boca y que había sido penetrada por él. Había ocurrido en varias oportunidades. Tenía siete y ocho cuando esto ocurrió, creo que después siguió»* (ver sentencia, pág.11; registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, III video, a partir del minuto 09:05).

En la audiencia el testigo citado también manifestó que sus sobrinas L.J.O. y C.B.L. fueron a su casa y le contaron a él y a su esposa que fueron abusadas por su tío Miguel Silva, que llegaron llorando, muy mal, desesperadas. Entonces ello trataron de tranquilizarlas para que les contaran los hechos. A pregunta de la Fiscalía, en cuanto a C.B.L., respondió que le contó que también había sido manoseada por Silva, que *«le tocaba las partes íntimas, le bajaba los pantalones»*. A pregunta de la Fiscalía si les creyó a sus sobrinas y por qué, respondió que fue por el estado emocional en que estaban, la forma en que lo manifestaron y la edad de las niñas. Agregó que fue un gran dolor y desilusión haber tomado conocimiento de los hechos de abusos, y con su cuñado Pablo citaron a Silva a la plaza de Luján para hablar, se encontraron en la plaza, le hicieron saber lo que las jóvenes les contaron y le preguntaron por qué lo hizo y les respondió que él las había tocado, que había abusado de ellas y que se arrepentía, sin entrar en detalles (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, III video, a partir del minuto 4:48).

En cuanto a la declaración de Julieta Yasmín Cajal, la sentenciante sostuvo que era amiga desde la infancia de las víctimas e iban a la misma iglesia donde Silva era pastor. Declaró que mientras jugaban L.J.O. y C.B.L. le decían: *«el tío me hizo algo que no me gustó, el tío hoy me hizo pasar vergüenza [...] Me contaron que el tío Miguel abusaba de ellas hacía muchos años [...] Me dijeron que J tuvo acceso carnal, que fue consumado el hecho muchas veces»*. Se consignó también que durante la audiencia para ayudar la memoria de la testigo se dio lectura a su declaración brindada en etapa de instrucción –incorporada a fs. 72 vta./73 de los autos principales– en cuanto expresó que L.J.O. *«me contó más de grande, cuando ya estaba consciente del tema, me dijo que la obligaba a tener sexo oral, que le sacaba la ropa y que la obligaba todo el tiempo y como que se ponía violento. Que le manoseaba los pechos, sus partes íntimas, la vagina y la cola, y en su momento me contó que Miguel la penetró por los dos lados, la cola y la vagina»*. Luego de la lectura la testigo manifestó que lo recordaba, que L.J.O. *«tuvo acceso por ambas partes y muchas veces»* (ver sentencia, pág. 11; registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, II video, a partir del minuto 11:51).

Además, en la audiencia a pregunta de la defensa acerca de qué entendía por acto de acceso carnal consumado, la testigo respondió que las jóvenes *«fueron violadas»*, y a pregunta de la defensa acerca de qué entendía por violación, manifestó que sucedía cuando no se daba el consentimiento (ver registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, II video, a partir del minuto 28:23).

Por su parte, L.J.O. declaró en forma coincidente con la testigo Julieta Cajal, que junto con su prima C.B.L. –una vez que ambas supieron que les pasaba lo mismo y de lo que les hacía Miguel Silva– se lo contaron a su amiga a aquélla (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de hora 1:03:56). Asimismo, a pregunta de la defensa sobre qué le contó a su amiga Julieta Cajal, L.J.O. respondió *«le conté las cosas que me hacía él, cosas que he declarado acá»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de la hora 1:31:47).

Sentado cuanto antecede, considero que los cuestionamientos defensivos acerca de las valoraciones de las testimoniales analizadas también corresponde desestimarlos.

f.- Como he expuesto en el punto 4.a, en la sentencia también se acreditó el acceso carnal en relación a L.J.O. con la declaración de C.B.L. –prima de L.J.O., también sobrina del acusado y víctima en autos P-91.287/15– quien expuso que cuando tenía dieciséis o diecisiete años, L.J.O. le dijo que el acusado *«la había violado, que le hacía hacer sexo oral y ella me tuvo que explicar en qué consistía. Me dijo que esto pasaba en la casa de él y muchas veces en la oficina de la iglesia. Me dijo que de más grande pudo haberla*

dejado embarazada, a los doce o trece años, y que era violento, que era muy agresivo con ella [...] Me explicó que una violación es cuando te penetran por la agina y por el otro lado [...]. Me dijo que la daba vuelta. Le metía las partes íntimas dentro de ella, que se le paraba y se mojaba» (ver sentencia, pág. 11 y declaración de C.B.L. en registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, II video, a partir de hora 1:03:21).

En efecto, de la extensa declaración de C.B.L. surgió con claridad que declaró que L.J.O. le repetía mucho que Silva era violento con ella, que era muy agresivo, que una vez la quiso asfixiar cuando era chica y que ella salió de la iglesia al patio y él estaba allí, que *«la violaba, le hacía que le hiciera sexo oral [...] la penetraba por la vagina y por el otro lado [...] la daba vuelta y le metía sus partes íntimas adentro de ella, que tenía erecciones [...] que se le paraba sus partes íntimas [...] que él se mojaba [...] le metía su pene en la boca»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, II video, a partir de hora 1:04:08).

g.- Con respecto a los agravios vinculados con la valoración de las testimoniales de los testigos Lorena Esther Pérez, Eliana Beatriz Lezán, Verónica del Carmen Pérez –madre de C.B.L.– Pablo Pérez, tampoco pueden prosperar por las razones que paso a exponer.

En el proceso valorativo de las declaraciones de los testigos mencionados, la sentenciante respaldó la credibilidad del testimonio de L.J.O., en cuanto coincide con el informe del EdeAAS al descartar indicadores de manipulación o influencia externa y animadversión tanto de parte de L.J.O. como de su madre hacia el acusado. Se destacó en la sentencia que no existió conflicto previo a la denuncia, que Silva era considerado como un hermano por aquellos/as testigos y confiaban en él por su pertenencia a la misma familia y ser pastor de la iglesia donde concurrían las víctimas, sus familiares y amistades, y que al tomar conocimiento de los abusos sexuales hacia sus dos sobrinas cuando eran menores de edad, les causó desilusión, tristeza, dolor, una herida muy grande –declaraciones de Lorena Esther Pérez, Eliana Beatriz Lezán, Guillermo Fabio Palacios, Julieta Cajal, sentencia punto 2–.

Así por ejemplo, Lorena Esther Pérez declaró en la audiencia que su hermano Pablo Pérez le comentó lo que L.J.O. y C.B.L. le habían contado que Silva había abusado de ellas desde que eran niñas, lo que le produjo un gran impacto y llanto porque para ella el acusado era un hermano más, y fue muy fuerte. Agregó que al día siguiente fueron las jóvenes a conversar con ella y su esposo –Guillermo Palacios–, que estaban anímicamente mal, desesperadas, tristes, por la inmadurez que tenían en ese entonces porque eran niñas, y que les contaron todo lo que habían vivido. Esto es que Silva las abusaba, las tocaba cuando jugaban, que les hacía cosquillas, que hubo sexo oral, que tenían mucho temor de hablar con sus padres y madres de lo que les había pasado cuando tenían aproximadamente ocho años (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, III video, a partir del minuto 26:50).

Aunado a ello, cabe agregar que L.J.O. declaró en la audiencia que antes del develamiento de los abusos sexuales ella y su familia tenían *«una buena relación»* con Silva, que nunca antes tuvieron un problema, que cuando iba a su casa era para jugar con sus primos –hijos del acusado–. Incluso, cuando la Fiscalía le preguntó qué expectativas tenía con el juicio y respondió que *«no he generado ninguna expectativa, porque no sé qué puede llegar a pasar, entonces preferí no hacerme idea de nada, lo único que sé es que yo vine a contar acá la verdad y de lo demás no he generado ninguna expectativa»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de hora 1:09:18).

Por su parte la testigo Eliana Beatriz Lezán –esposa de Pablo Pérez– declaró en la audiencia que conoció a Silva en la iglesia como pastor y tenía el perfil de una persona buena, fue una gran desilusión tomar conocimiento de los hechos, como pasó mucho tiempo recordó que a través de su esposo supo que las

jóvenes fueron abusadas pero no habló con ellas sobre los hechos. Agregó que su esposo con Fabio Palacios se encontró en la plaza de Luján con Silva y que éste le confirmó que había tocado a las jóvenes (ver registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 04:15).

Por su parte, la testigo Verónica del Carmen Pérez –progenitora de C.B.L.– declaró que L.J.O. le contó cosas muy aberrantes que Miguel Silva le hizo cuando era una niña, que le dijo que la obligaba a hacerle sexo oral y que él le hacía sexo oral, que le hacía sexo anal y por donde a él se le ocurría, e incluso, una de las veces la llevó a la oficina de la iglesia y la obligó a hacerle sexo oral (ver registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, I video, a partir del minuto 52:40).

En consideración a lo expuesto, la sentencia también en este segmento contiene valoraciones probatorias y argumentaciones que se corresponden con el marco legal y jurisprudencial citado. De tal modo, los agravios expuestos en relación con la valoración de las declaraciones referidas tampoco pueden prosperar.

h.- Con respecto al agravio relacionado con autos acumulados nº P-91.287/15 en los que se acusó a Silva por abusos sexuales contra otra de sus sobrinas de nombre C.B.L., anticipo que también corresponde desestimarlos. Veamos.

En la sentencia se valoró la declaración de C.B.L. con el de L.J.O., y se afirmó que ambas se respaldan mutuamente, porque las dos víctimas *«declararon que fueron ultrajadas por la misma persona, en circunstancias de tiempo y lugares similares, con un comportamiento similar del agresor. Casi podría decirse que, a diferencia de la gran mayoría de los delitos contra la integridad sexual, no estamos aquí frente a un testigo directo único sino ante dos testigo coincidentes, que refieren una misma conducta abusadora –con diferencias en cuanto a la intensidad de la agresión sexual–»* (ver sentencia, punto 3.d).

En la audiencia C.B.L. declaró que veía con frecuencia a Silva en la iglesia o en su casa porque era su tío, pastor de la iglesia, y vivía en una casa donde ella creció, que sus padres le facilitaron para que viviera con su familia porque no tenían donde vivir. Relató que vivía a un par de cuadras y todo comenzó como un juego, le hacía cosquillas, empezó a ganarse su confianza, hasta que un día la tomó y la empezó a abusar hasta los once o doce años aproximadamente. Expresamente refirió que le tocaba los pechos, la cola, la vagina, la besaba en la boca, le hacía tocarle el pene por arriba y por debajo de la ropa, la manoseaba, esto ocurría siempre que iba a su casa a jugar con sus primos (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, a partir de minuto 04:14 hasta minuto 21:38).

Asimismo, entre los hechos de abusos sexuales que mencionó C.B.L. que sufrió por parte de Silva, manifestó que la llevaba a la cama donde dormía con su esposa, la hacía poner boca abajo, se acostaba encima de ella, se movía, sacaba su pene y le decía *«lo mismo de siempre, el tío te ama y después de estos actos le compraba un helado»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, II video, a partir de hora 1:15:26).

También expuso C.B.L. que durante un tiempo Silva se quedó en su casa cuando se enfermó su tía –esposa del acusado– y aprovechaba todas las mañanas para despertarla y manosearla cuando ella iba a la primaria, incluso con su hijo más chico en brazos. Recordó también otra situación en que Silva insistió en que su madre la dejara ir a dormir a casa de Silva porque su tía estaba en Santa Fe y los niños eran chiquitos, ella fue con su abuela materna, Silva fue a su habitación donde dormía con sus primos, la alzó y la sacó de la cama, puso la televisión con películas pornográficas, la sentó, la obligó a ver la película e hizo que le tocara el pene por debajo de la ropa, después la llevó a su cama y le dijo *«el tío te ama mucho»* (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, II video, a partir de hora 1:18:02).

La defensa le preguntó a C.B.L.: «¿cuál es el *concepto* de abusos?» y respondió: «*abuso para mi es que un adulto se propase con un niño que no está entendiendo y está aceptando lo que le están haciendo porque no tiene la capacidad para entender, abuso es cuando no es consensuado, mucho menos con un niño*» (ver registro audiovisual de fecha 5 de mayo de 2022, II video, a partir de minuto 56:59 hasta minuto 57:33).

Por su parte, el testigo Josías Ezequiel Ochoa declaró en la audiencia que cuando se encontraba en la casa de su tía Verónica y escuchó a C.B.L. que estaba llorando en la habitación, al preguntarle el motivo le respondió que el acusado había abusado de ella y le avisó a su tío Pablo Pérez (ver registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 35:26).

Además, la testigo Verónica del Carmen Pérez –madre de C.B.L.– declaró en la audiencia que estaba almorzando con su esposo el día 26 de agosto de 2015, cuando llegó su hija y le llamó la atención que se fue directamente hacia su habitación. C.B.L. le dijo que iba a encontrarse con L.J.O. porque estaba mal. Ellos vieron que estaba desesperada. Entonces les dijo que Miguel Silva había abusado de ellas dos todos estos años. Agregó que se dirigieron a la casa de Silva y que ella le dijo que había abusado de su hija. Silva se quedó sentado, callado, y su esposa Jaqueline salió en defensa de Silva. Expuso que otros familiares ya sabían de los abusos y estaban viendo la forma de decírselo a ella. Manifestó que habló con su hija pero evitó profundizar el tema. C.B.L. le dijo que le hacía cosquillas en su casa donde vivía. También la testigo señaló que C.B.L. cuidaba los hijos de Silva porque su hermana Jaqueline viajaba constantemente por ser predicadora de la iglesia y Silva aprovechaba para abusar de su hija en el dormitorio donde la acariciaba, la besaba, le tocaba sus partes íntimas, la besaba como si fuera una mujer grande, terminaba arriba de ella y le decía que era normal que los adultos hicieran eso con los chicos. Aclaró que los hechos ocurrieron desde los cinco años hasta los once años y que Silva se aprovechó de la confianza que le tenían por el vínculo familiar y religioso. Agregó que aún a la fecha de la audiencia su hija sufría consecuencias de los abusos, le costaba estudiar, se aislaba, cambió su forma de vestir, las maestras le llamaban la atención en la primaria (ver registro audiovisual de fecha 6 de mayo de 2022, I video, a partir del minuto 32:14).

Dado lo anterior, la sentenciante tuvo por acreditada con certeza la existencia material y la autoría de Silva con respecto a los hechos de abusos sexuales denunciados por Verónica del Carmen Pérez, con sustento en la valoración del testimonio de C.B.L. y el de su madre, el examen psíquico practicado por el CMF y declaraciones de la Dra. Hanna y del psicólogo tratante Fernando Matías Aguilar, entre otras pruebas (ver punto 5.1 de la sentencia). En función de ello, considero que lo agravios expuestos no logran poner en crisis la validez de la sentencia en relación con la valoración de la prueba realizada en esta causa.

i.-En suma, como anticipé al comienzo del punto 4, considero que la sentencia se sustentó en argumentaciones suficientes y claras que surgieron del proceso valorativo de las pruebas referidas, merítadas dentro de los estándares probatorios en la materia, entre cuyos parámetros agrego por aplicación del principio de interseccionalidad que las víctimas se encontraron en una situación de extrema vulnerabilidad y discriminación múltiple al momento de sufrir los actos de abusos sexuales por parte de Silva (cfr. art. 9 Convención de *Belém do Pará*). Ello, no solo por la posición desventajosa de las víctimas por la edad y el género, sino también porque junto con el vínculo familiar que las unía al acusado debe analizarse la relación jerárquica de poder espiritual/religiosa que tenía como pastor de la iglesia a la que concurrían. Circunstancias que confluyeron para someterlas y abusarlas en forma reiterada entre los ocho y doce años, con consecuencias graves y el develamiento tardío también por la confianza que le tenían las familias de las víctimas por la pertenencia al mismo contexto familiar y religioso.

De ahí que la juzgadora señaló en la sentencia al resolver la tercera cuestión, que «[e]l reproche penal también se ve intensificado por la especial situación de preeminencia espiritual de JUAN MIGUEL SILVA, quien ostentaba la calidad de pastor de la iglesia evangélica a la que asistían también las víctimas. Incluso el acusado fue la persona que bautizó a C.B.L.. Esta circunstancia tampoco fue valorada por los acusadores como constitutiva de la agravante prevista en el art. 119, cuarto párrafo, inc. b) del Código Penal, pero incide en la mensuración de la pena» (página 24 de la sentencia).

j.- Finalmente, en atención a consideraciones vertidas en inaplicaciones de estándares probatorios específicos en la materia, propicio la profundización de capacitaciones judiciales destinadas a operadores y operadoras judiciales conducentes a la erradicación de prácticas judiciales revictimizantes en el proceso penal en la investigación y juzgamiento de delitos contra la integridad sexual en contextos familiares y de géneros. Todo ello, en el marco constitucional, legal y jurisprudencial vigente mencionado, y en cumplimiento del deber de debida diligencia reforzada (cfr. Convención de Belém do Pará, CEDAW, y las leyes 26.485 y 27.449).

En consecuencia con lo expuesto, considero que el recurso de casación debe ser rechazado y corresponde confirmar la sentencia impugnada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Coincide. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto del deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito, en relación con ello, a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», **entre otros**. Por su parte, en lo que respecta a declaraciones producidas en Cámara Gesell y la valoración judicial de los diversos exámenes realizados corresponde la remisión a «**Metral Osorio**», en lo pertinente.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Miguel Silva Segovia.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO DR. MARIO D. ADARO *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 10 de mayo de 2023.-*

18- CORONEL. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	EG	-	-	PCE IA	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcCCA.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo inciso b) del CP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda (arts. 119, 3° y 4° párrafo inciso b) del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2119, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Nulidad.

- Miranda Sosa.
- Luna García.
- Yaleva. 06-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210806_FcNN.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06944545-9/1((018601-711023)). FC/ CORONEL CASAS ANIBAL JESUS POR ABUSO SEXUAL SIMPLE ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER EL AUTOR ENCARGADO DE LA GUARDA TODO EN CONCURSO REAL (711023) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106189228*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06944545-9/1 caratulada “**F. c/ CORONEL CASAS ANÍBAL JESÚS P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER EL AUTOR ENCARGADO DE LA GUARDA TODO EN CONCURSO REAL (711023) s/ CASACIÓN**”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Aníbal Jesús Coronel Casas interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2119, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-711023/19, a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargado de la guarda (arts. 119 tercer párrafo y 119 cuarto párrafo inciso b) del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa consideró acreditado que «[...] en el año 2009 o 2012, cuando J. tenía alrededor de 14 años de edad, su progenitora se fue a comprar ropa a Buenos Aires y dejó a sus hijos menores a cargo de su tío Aníbal Coronel, por lo que un día viernes, luego de la hora del almuerzo, en el departamento donde vivía J., sito en calle Calderón n° 245 de San Carlos, Mendoza, llegó Coronel y se sentó en el sillón al lado de la menor, allí la empezó a tocar y al levantarse J. con intención de irse, el sindicado la agarró del pelo, la volvió y él se paró frente a ella, se bajó los pantalones y la obligó a practicarle sexo oral; luego la tiró arriba del sillón acostándola, la agarró de las manos apretándola para que no pueda escapar, le bajó el pantalón y le metió su pene en la vagina, al ver que J. comenzó a sangrar el sindicado se levantó y la menor se tiró al piso arrodillada y luego Aníbal Coronel la agarró del pelo y la volvió a sentar en el sillón, le apretó la boca diciéndole “...cállate pendeja” y nuevamente la obligó e introdujo su pene en la boca de la niña, después la acostó de nuevo y volvió a meter su pene en la vagina de J., manteniéndose así por muchos minutos. Luego la víctima se levantó y el sindicado le dijo “no digas nada pendeja de mierda

porque te voy a hacer cagar” y le hizo subir la ropa diciéndole “...cállate y no digas nada, deja de llorar...”».

Para así resolver el tribunal valoró las declaraciones testimoniales de la víctima, de Sergio Guajardo, Viviana Coronel, Laura Valenzuela, José Profili, Stella María Mathus, Maira Domínguez, Mariela Domínguez, Alejandro Coronel, junto a la prueba instrumental debidamente incorporada en el debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Coronel Casas, al fundamentar la voluntad recursiva de aquél expresada *in pauperis*, refiere que su impugnación la interpone en función del art. 474 del CPP.

En primer lugar, la defensa explicó que los fundamentos de sentencia se leyeron en fecha 3 de junio de 2022 y que el día 28 de ese mismo mes y año Coronel Casas envió un mail solicitando la revisión de su caso. A ello agrega que, notificada la defensa que lo asistía de la voluntad expresada por el condenado, el día 7 de julio de 2022 renunció a dicha representación. Menciona que en fecha 26 de julio de 2022 el tribunal citó al acusado a los fines de propusiera una nueva defensa y dio intervención al Ministerio Público de la Defensa para asegurar el derecho de defensa. Advierte que luego de sucesivas propuestas de defensas particulares, se notificó al Ministerio Público de la Defensa su designación el día 22 de agosto de 2022 y se le otorgó el plazo previsto en el art. 480 del CPP para que fundara técnicamente el recurso. Ese mismo día a las 13:20 hs. el Ministerio Público de la Defensa presentó el recurso de casación fundado. En este sentido, solicita se tome en consideración la expresión de voluntad de Coronel Casas a los fines de la admisibilidad formal del recurso de casación presentado.

En segundo lugar, afirma que se ha vulnerado la garantía de juez imparcial en el presente proceso en violación de las reglas del sistema acusatorio adversarial de la ley 9.040 y garantías constitucionales y supraconstitucionales. En este sentido, la defensa peticona se declare nulo el debate en tanto el juez intervino previamente en un intento infructuoso de juicio abreviado final. Explica que en esa oportunidad no se cumplió con el orden establecido normativamente en tanto se escuchó a la víctima sin juramento a los fines de que circunscribiera temporalmente los hechos en los que se fundaba la acusación y luego se le otorgó la palabra al acusado, quien se declaró inocente. La defensa cuestiona que inmediatamente concluida la oportunidad del juicio abreviado final, el juez no se inhibió y dio comienzo al debate con la declaración de esa misma víctima en primer término.

En tercer lugar, critica la sentencia de condena por poseer fundamentación inadecuada y arbitraria. Expone que la condena se ha sustentado en convicciones personales del juez y no en las reglas de la sana crítica racional. Detalla que no se valoraron los motivos que califica como espurios que manifestaron los testigos de cargo en sus declaraciones. Es decir, cuestiona que no se tomaron en consideración los móviles para denunciar que surgieron de las declaraciones testimoniales.

En relación con el testimonio de la víctima, cuestiona que no se valoraron las contradicciones que poseía la declaración ni tampoco las que surgieron al contrastarlo con la declaración de la licenciada Valenzuela del EDeAAS.

Además, la defensa denuncia que todos los profesionales que intervinieron en la realización de exámenes forman parte integrante del Ministerio Público Fiscal y que se ha violado de forma palmaria de la igualdad de armas en el juicio. Critica la declaración del médico Profili que reconoció la inexistencia de trastornos en el área de la sexualidad del condenado, pero que concluyó que no eso no implicaba que no se hubiera cometido del delito. Agrega que las técnicas utilizadas por el EDeAAS son esencialmente utilizadas en el ámbito psicolaboral y las profesionales intervinientes no poseían especialización en la temática.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto y considera que si bien procede formalmente, corresponde su rechazo sustancial. Ello, en tanto que la defensa sólo ha expresado su discrepancia con la valoración probatoria expuesta en la sentencia.

Respecto de la crítica vinculada con la imparcialidad del juez de debate, considera que no se ha violado normativa alguna en tanto que las expresiones de la víctima fueron al sólo efecto de precisar fechas a los fines de circunscribir los hechos acusados, y sin el juramento requerido por ley. Agrega que la defensa del acusado no objetó lo ocurrido, ni efectuó ningún planteamiento al respecto. Destaca que no hubo declaración como testigo sino únicamente una aclaración. Explica que cómo el acusado se declaró inocente, se dio continuidad al debate oral.

Respecto del análisis de prueba producida durante el juicio, considera que el juez de instancia anterior realizó una detallada descripción y valoración de la prueba tanto de cargo como de descargo, lo que le permitió concluir que se encontraba acreditado al hecho atribuido a Coronel Casas. Explica que la defensa crítica el razonamiento del juzgado aislando declaraciones con la intención de debilitar el valor convictivo de las pruebas de cargo, lo que no logra cumplir. En consecuencia, propicia el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado Coronel Casas, corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación.

Las críticas defensivas contra la sentencia de condena se circunscriben a tres ejes argumentales centrales, los que identificaré a los fines concretar el análisis.

En primer lugar, la defensa afirma que se ha vulnerado la garantía de imparcialidad debido a que el juez que presenció el acuerdo de juicio abreviado final entre las partes y luego dirigió el juicio oral y dictó sentencia sobre esos mismos hechos atribuidos a Coronel Casas. En segundo lugar, cuestiona la fundamentación de la condena por considerar arbitraria por no haber valorado los motivos que tenía la víctima para denunciar y que se acreditaron en el juicio, como tampoco las contradicciones en su testimonio. En tercer lugar, denuncia la vulneración del principio de igualdad de armas debido a que todos los profesionales que realizaron distintos exámenes tanto a la víctima como al acusado, y que declararon en el proceso, forman parte del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, crítica las técnicas utilizadas por esos profesionales.

Respecto a la vulneración de la garantía de imparcialidad del juez que intervino en el debate y dictó sentencia, estimo que corresponde su rechazo. La defensa considera que el debate es nulo en tanto el juez habría continuado interviniendo luego de haber escuchado a la víctima y al acusado en el marco de un juicio abreviado final. Cita mi voto en el precedente «Montseny» para fundar que la garantía procesal de imparcialidad debe ser analizada en las particularidades propias del proceso. Sin embargo, luego de analizada la primera audiencia del debate oral concluyo que la interpretación realizada por la defensa no

se ajusta a lo ocurrido en ella y que no ha existido vulneración alguna de garantías constitucionales.

En efecto, en fecha 14 de marzo de 2022, al comenzar el juicio oral el fiscal manifestó que habían acordado con la defensa del acusado Coronel Casas realizar un juicio abreviado final.

En primer lugar, solicitó que se escuchara a la víctima sin juramento solamente a los fines que determinara temporalmente los hechos objeto de acusación. Sin alusión alguna por parte del Ministerio Público Fiscal, como tampoco de J.A.D.C. sobre los hechos atribuidos a Coronel Casas, aquélla únicamente expresó que los hechos habrían ocurrido entre sus 9 y 12 años, lo que correspondería con los años 2009/2010 y que la denuncia la realizó en el año 2019. Ante la pregunta del fiscal sobre su opinión acerca de que los sucesos se resolvieran mediante un procedimiento de juicio abreviado, afirmó que estaba de acuerdo si el acusado reconocía su responsabilidad para que así se concluyera todo el proceso. Acto seguido, el acusado reingresó en la sala de debate para que el fiscal expresara los hechos por los que se acusaba a Coronel Casas. Previo a ello, ante la consulta del juez al acusado estaba de acuerdo con la realización de un juicio abreviado y si el defensor le había explicado que debería reconocer su responsabilidad en el hecho, Coronel Casas expresó que no iba a reconocerlo porque era inocente. En consecuencia, el juez de instancia anterior ordenó comenzar con el juicio oral.

Si bien se puso en conocimiento del juez de debate la existencia de tratativas entre los abogados de acordar la realización de un juicio abreviado, el acusado expresó en términos muy claros su declaración de inocencia y falta de consentimiento a la aplicación de este procedimiento. En el precedente citado por la defensa, «Montseny», expliqué que el intercambio de intenciones entre la defensa, el acusado y la fiscalía implicó en ese caso un cierto grado de reconocimiento de responsabilidad que debió justificar el apartamiento de los jueces, todo lo cual no ocurrió en el caso de autos. En la audiencia desarrollada en fecha 14 de marzo de 2022, el acusado puso de manifiesto que se reconocía inocente de los hechos y que no prestaba su consentimiento para aceptar responsabilidad por ellos.

A ello corresponde agregar que la defensa no solicitó el apartamiento del juez en el momento en que ordenó el comienzo del juicio oral, por lo que estimo que no debe hacerse lugar al planteo realizado recién en ocasión de recurrir la sentencia de condena en contra de su defendido. Que la defensa oficial asumiera tomar intervención en la causa luego del dictado de la condena no cambia la suerte de la solución que propicio. Además, estimo que el juez de debate no tomó conocimiento alguno del contenido de los hechos por los que se acusó a Coronel Casas, sino únicamente la edad de la víctima al momento en que habrían ocurrido y cuándo se realizó la denuncia. Por lo que no puede afirmarse que se hubiera afectado su imparcialidad o que existieran razones de sospecha de partes al respecto. En consecuencia, corresponde rechazar la petición de anulación del juicio por vulneración de la garantía de imparcialidad.

Por su parte, considero que tampoco puede prosperar el argumento defensivo acerca de que el juez de debate no cumplió el orden establecido por el art. 419 del CPP, por lo corresponde declarar la nulidad. Ello, en tanto no ha explicado qué intereses han sido afectados, de modo que lo solicitado sólo pretende la declaración de nulidad por la nulidad misma. Dicho en otras palabras, la defensa da cuenta en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para el acusado. En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este Tribunal en otras oportunidades («**Miranda Sosa**», «**Luna García**», «**Yaleva**»; entre otros), que *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*. Esta postura que se sostiene también en el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema

de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

En segundo lugar, debe señalarse que no resultan procedentes los cuestionamientos de la defensa a la valoración probatoria sobre la cual el juez de instancia anterior concluyó acreditada la responsabilidad de Coronel Casas por los hechos atribuidos con la certeza que requiere una condena. La defensa afirma que las razones expuestas en la sentencia se fundan en mayor medida en convicciones personales del juez sentenciante y no en las reglas de la sana crítica. Ello, en tanto critica que no tuvo en consideración los motivos que explicarían la denuncia de J.A.D.C. contra Coronel Casas, lo que se contrasta con la valoración desarrollada en la sentencia.

Al respecto, corresponde señalar que el juez al comienzo de su análisis abordó de manera debida la forma en el que hecho fue develado por J.A.D.C., lo que surgió de su declaración y fue corroborado por las declaraciones de Sergio Guajardo, Viviana Coronel, Mariela Domínguez y Maira Domínguez –ex pareja de la víctima, su madre y sus hermanas respectivamente–. En este sentido, el juez destacó que la primera ocasión que la víctima habló de los hechos de abuso sexual perpetrados por Coronel Casas fue con su ex pareja Sergio Guajardo unas semanas antes del cumpleaños de Viviana Coronel, el 27 de abril de 2019. A ello se agrega, que durante el festejo de cumpleaños de Viviana Coronel, una familiar hizo mención de un hecho de abuso sexual y que en ese contexto J.A.D.C. afirmó que había sido abusada por su tío Nito, según era conocido familiarmente Aníbal Coronel Casas. A partir de ello, Guajardo como Viviana Coronel la alentaron a presentar la denuncia penal, lo que ocurrió en fecha 8 de mayo de 2019.

Además, comparto la valoración judicial respecto a que el relato de la víctima resultó de fundamental importancia y fue corroborado por prueba periférica. El juez de instancia anterior correctamente concluyó que los hechos declarados, tanto en la denuncia, como en la declaración testimonial en el debate oral, fueron correctamente meritados como razonablemente aceptables, concordantes y coincidentes. Según explicó J.A.D.C., luego de explicar un contexto progresivo y paulatino de agresiones sexuales por parte de Coronel Casas, en ocasión de que Viviana Coronel se fue de viaje a Buenos Aires el acusado quedó encargado del cuidado de J.A.D.C. y su hermano en su vivienda familiar. En esa ocasión, en momentos de la siesta y cuando la víctima se encontraba sentada en el sillón, Coronel Casas se paró frente a ella, se bajó los pantalones y la obligó a practicarle sexo oral. Luego, se subió encima de ella y la penetró vaginalmente mientras le tapaba la boca para que no gritara. La víctima explicó que no podía precisar cuántos minutos había durado, pero cuando se quiso parar, el acusado le continuó tapando la boca, le tiró el pelo y la empujó contra la pared. A continuación le dijo «*cállate pendeja de mierda*» y «*no digas nada pendeja de mierda porque te voy a hacer cagar*».

Por su parte, estimo correcta la afirmación del juez de la instancia previa acerca de que los hechos ocurrieron en el año 2010, en tanto que la víctima afirmó que habría ocurrido entre los años 2009/2010, sus familiares refirieron que sucedió cuando J.A.D.C. se encontraba cursando la escuela primaria y el Ministerio Público Fiscal ofreció como prueba un certificado escolar en el que consta que finalizó su primaria en el año 2010; por lo que esta última sería la fecha de conclusión del hecho. Como puede apreciarse las circunstancias temporales del hecho no surgen únicamente del testimonio de la víctima sino que existe prueba que corrobora su denuncia.

La defensa expresa que el juez no valoró las contradicciones de la víctima en su relato, sin embargo esta

afirmación resulta vacía de contenido debido a que no señala aquellas contradicciones ni aporta argumento alguno que permita detectar lo observado por esa parte. Lo mismo ocurre con la discordancia que dice que existe con el testimonio de la licencia Valenzuela del EDeAAS, que tampoco fundamenta ni precisa.

En otro orden, la defensa señala que el juez no valoró la información que surgió de todas las declaraciones –tanto las aportadas por la defensa como por la Fiscalía– respecto de la mala relación que existía en la familia. Sin embargo, comparto con el juez de instancia anterior que «[...] *la prueba de descargo no aportó elementos útiles a favor del imputado, más que juicios genéricos disvaliosos respecto del comportamiento de una niña cuando ésta tenía menos de 15 años. Tampoco la declaración del imputado, que pretendió cuestionar la sinceridad de la víctima y su carácter y buscar motivos espurios para la denuncia se encuentra corroborada en absoluto. Todos los expertos intervinientes concluyeron que la declaración de la mujer tenía elementos claros de credibilidad, a la vez que la forma de develación del hecho evidencia que no hubo ninguna especulación al respecto sino, por el contrario, un doloroso proceso para tomar la decisión de llevar adelante la denuncia a partir de un suceso ocasional en la casa de su madre y conversaciones anteriores con su pareja de entonces*».

En relación con el argumento defensivo de vulneración del principio de igualdad de armas, estimo pertinente destacar que al momento del ofrecimiento de prueba la defensa adhirió expresamente al realizado por el Ministerio Público Fiscal y, luego, detalló las declaraciones testimoniales que eran de su interés. Entre esos elementos se encontraban las declaraciones testimoniales de los profesionales Laura Valenzuela, José Profili y Stella Maris Mathus que ahora cuestiona. Asimismo, en la audiencia preliminar desarrollada el día 19 de noviembre de 2021 las partes estuvieron de acuerdo con la incorporación de la prueba ofrecida por ellos sin salvedad o reparo alguno. Ya he expuesto en otras oportunidades mis consideraciones sobre las características de la implementación del sistema acusatorio en nuestra provincia, caracterizado por un Ministerio Público Fiscal con una gran estructura presupuestaria e institucional (ver al respecto mi voto en el precedente «Almonte Sánchez»). Sin embargo, en este caso en concreto la defensa no ha promovido medidas probatorias específicas que se le haya impedido y estuvo de acuerdo durante toda la investigación y el juicio oral con las pruebas que se iban a producir y las cuestiones a analizar en específico. En consecuencia, considero que la crítica realizada ante esta instancia no puede ser acogida.

En particular, debo señalar que la crítica relativa a la falta de valoración de lo informado por el examen psíquico del acusado confeccionado por el Cuerpo Médico Forense y que afirmó que Coronel Casas no presentó trastornos en el área de la sexualidad, debe ser rechazada. Por una parte, porque el médico Profili –uno de los dos profesionales que participó del examen– explicó que en la mayoría de los casos de abusos sexuales no se detecta un desorden sexual y que el acusado Coronel Casas poseía otros rasgos de personalidad que resultaban compatible con la comisión de un delito de esta índole como la no delimitación por límites externos y la falta de adaptación a la frustración, hostilidad e impulsividad. Por otra parte, este Tribunal ya ha explicado en el precedente «Tonelli Boock» que «[...] *no es necesario demostrar desajustes o trastornos en el plano sexual para tener por acreditado el hecho. El punto de partida implicado en este agravio asume erróneamente concepciones discriminatorias que no pueden ser convalidadas en esta instancia. Abusar sexualmente de una persona menor de edad no necesariamente es resultado de una condición médica o una enfermedad, ni la pedofilia es algo susceptible de ser «detectado» ineludiblemente mediante un examen psíquico. Para tener por acreditados los hechos en cuestión,*

tampoco se requiere que un examen demuestre un perfil con trastornos psicológicos o psiquiátricos, ni ello es necesario para fundamentar una condena por abuso sexual a una persona menor de edad. Nuestro sistema de responsabilización penal se basa en el principio de responsabilidad por el acto o hecho, y no requiere construcciones sobre la personalidad, gustos, carácter, antecedentes, orientación sexual, ni preferencias del autor, lo cual es propio de un derecho penal de autor asociado a criterios peligrosistas antes que al principio de culpabilidad».

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que ha arribado el tribunal sentenciante respecto a la existencia del hecho y la responsabilidad de Aníbal Jesús Coronel Casas por el mismo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Aníbal Jesús Coronel Casas.
- 2.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de mayo de 2023

19- JARA BAZAN. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcJBB.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Valoración de la prueba. Perspectiva de género y etárea. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda –hechos reiterados– en concurso real (arts. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Sus agravios: 1- valoración de la prueba 2- determinación de la pena

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2223, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- González Sosa.
- Ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros; específicamente sobre condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y el abordaje del caso en función de su consideración, ver, «Bravo Díaz»
- Ver: «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», «Ojeda Pérez»

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06956526-8/1((018601-711311)). F. Y QUER. C/ JARA BAZAN BLAS ESTEBAN P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (711311) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106200625*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06956526-8/1, caratulada “F. C/ JARA BAZÁN S/ CASACIÓN”.

La defensa particular de Esteban Blas Jara Bazán interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2.223 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de **diez años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda –hechos reiterados– en concurso real (arts. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b y 55 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**; segundo, **DR. JOSÉ V. VALERIO**; y tercero, **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] *para fecha no precisada, aproximadamente desde el año 2011, durante los días viernes y sábados, en horario de tarde y noche, Esteban Blas Jara Bazán, en oportunidad que la niña Dalma Milagros Garay (nacida el 17/10/2005) iba a visitar a su progenitora al domicilio de su pareja, el ciudadano Jara Bazán, sito en Segundo Callejón al Norte de Calle 7 por calle San Miguel de Puente de Hierro del Dpto. de Guaymallén, es que este último, aprovechando que la progenitora de la menor se ausentaba del domicilio, le efectuaba tocamientos a la menor en sus pechos y el resto de su cuerpo. Con el transcurso del tiempo Jara comenzó a quitarle la ropa a la menor y a quitarse la suya; comenzó a mojar los dedos con saliva y le introducía los mismos en la vagina de la menor, le pasaba la lengua por la misma y le levantaba las piernas o se las abría para luego apoyarle su pene en la vagina. De igual modo, en una oportunidad Jara Bazán le introdujo su pene en la boca de la menor. En dichas ocasiones le pedía a la niña que se quitara la ropa y si esta no lo hacía, le tapaba su boca, le agarraba los brazos y se los apretaba fuertemente ocasionándole dolor por lo que la niña tenía que quitarse la vestimenta, porque le decía que si no le iba a ocasionar más dolor que el que le había generado. Dichos episodios se efectuaron en los días mencionados y en la vivienda indicada en reiteradas oportunidades como así también en lugares descampados a los que Jara llevaba a la menor en bicicleta o motocicleta o en una oportunidad en un vehículo Rastrojero, hasta el mes de julio de 2018 en horas de la tarde. Momento en que Dalma Milagros Garay de 12 años de edad fue a visitar a su progenitora, y Esteban Blas Jara Bazán le manifestó que no se encontraba en el lugar por lo que la hizo ingresar a la fuerza a la vivienda ubicada*

en el segundo callejón al Norte de Calle 7 por calle San Miguel de Puente de Hierro del Dpto. de Guaymallén, y pese a que la niña intentó salir e intentó escapar de la vivienda arrojándole objetos, Jara Bazán le tapó la nariz y la boca, hizo que se quitara la ropa, y en la cama de la habitación pasó su boca por sus pechos y por la vagina y le apoyo el pene en la vagina» (véase auto de elevación a juicio, actuación digital N° 93).

Para decidir en tal sentido, la jueza valoró el testimonio de D.M.G. en Cámara Gesell, la declaración del acusado, los testimonios de cargo y descargo, los informes practicados por los profesionales intervinientes, el examen físico, así como las demás pruebas válidamente incorporadas a la causa.

II.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado, considera que, en función del art. 474, incs. 1 y 2 CPP, la resolución referida padece vicios de procedimiento y sustanciales que ameritan se case la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento.

En el nivel de los **vicios de procedimiento**, discrepa con la valoración de la prueba llevada a cabo por la jueza sentenciante. Respecto de los elementos de cargo, sostiene que no alcanzan para condenar al acusado, ello en tanto, las únicas pruebas son la **declaración de la víctima en Cámara Gesell y el testimonio de su hermana**. El hecho sería, a decir de la defensa, «una causa armada» en la que la menor D.M.G. habría mentido en todo su relato.

A la inversa, la defensa hace referencia a las pruebas de descargo para ponderarlas como lo suficientemente convincentes respecto de la inocencia de Esteban Jara. Critica así el temperamento de la jueza que no las considera en toda su magnitud.

Subsidiariamente, y en el nivel de los vicios sustanciales, sostiene que la pena impuesta es excesiva en relación con la gravedad del hecho y que se aleja infundadamente del límite de la escala penal –ocho años–, monto que pretende se aplique a su defendido.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Después de analizar los agravios expuestos por la defensa, el Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa. Ello, en tanto se encuentra suficientemente probada la materialidad del hecho y la autoría del acusado. En esta línea, valida el razonamiento de la jueza de la instancia anterior en orden al lugar destacado en el que colocó el testimonio de la víctima.

Respecto del planteo subsidiario incoado por la defensa, esto es, el relativo a la entidad de la pena impuesta y su correcta fundamentación, descarta cualquier vicio que pueda contaminar el razonamiento del tribunal de juicio y, al mismo tiempo, considera que se trata de una pena correctamente determinada con base en la gravedad del injusto cometido.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa de Esteban Jara debe ser desestimado. Paso a explicarlo.

El recurso defensivo se divide en dos partes. La primera se refiere a la **valoración de la prueba** llevada a cabo por la jueza sentenciante. Aquí, la defensa cuestiona el lugar dado a la prueba de cargo en tanto lo

suficientemente convincente como para fundamentar una condena. En particular, la defensa se agravia en el valor dado al **testimonio de la niña** D.M.G. en Cámara Gesell. Respecto de él sostiene que es por completo mentira, que se trata de una causa armada y de que, más allá del relato de la niña y su hermana, no existe prueba objetiva alguna que acredite la existencia de los abusos o la autoría del acusado.

Preliminarmente, me parece importante subrayar que la jueza de la instancia anterior tuvo en cuenta que en este caso estamos ante una hipótesis de **doble vulnerabilidad de la víctima**, por tratarse de una víctima de violencia psicológica, física y sexual que es mujer y menor de edad. Asimismo, se acreditó el contexto de pobreza y precariedad en el que estaba inserta D.M.G. En este sentido, debe señalarse que la jueza tuvo en consideración aquello que este Tribunal ha destacado en numerosas oportunidades **sobre abordaje y valoración de la prueba con perspectiva de género y etérea**, conforme las situaciones de vulnerabilidad que fueron reseñadas (ver al respecto, y en lo pertinente, lo señalado por este Tribunal en «**Villegas**», «**Álvarez Vega**», «**Donoso**», entre muchos otros; específicamente sobre condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y el abordaje del caso en función de su consideración, ver, «**Bravo Díaz**»).

Así lo entendió la jueza cuando expresó «[!] *la naturaleza de los hechos objeto de este proceso es la que determina el marco teórico y conceptual desde el cual corresponde analizar y valorar la prueba. Estamos frente a delitos contra la integridad sexual, cometidos en el ámbito intrafamiliar, de manera crónica, contra una niña que tenía aproximadamente seis años de edad a la fecha en que comenzaron los abusos y trece años de edad para el momento en que cesaron*».

«*Por lo tanto, se impone una aproximación al objeto procesal atendiendo a las particularidades de la prueba en los delitos contra la integridad sexual y a la vulnerabilidad de quien aparece como víctima, tanto por su edad –perspectiva de infancia– como por su género –perspectiva de género–*» (fundamentos, p. 3).

De tal manera, debe señalarse que la jueza valoró el testimonio de D.M.G. como la principal prueba de cargo. En este aspecto, debe señalarse que aquélla refirió con claridad que el agresor era el marido de su madre, que se quedaba solas con él cuando su madre se iba y que fue abusada en la cama, así como en descampados a los que era trasladado por el acusado. Respecto de las circunstancias de tiempo, D.M.G. refirió que los abusos se producían en la tarde, tarde-noche.

En relación con este relato, la jueza de la instancia previa consideró que reunía los criterios de:

«1. **Persistencia en la incriminación**, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y expuesta, sin ambigüedades o contradicciones en sus aspectos fundamentales.

2. **Ausencia de incredibilidad subjetiva** derivada de las relaciones previas entre acusado-víctima, que pongan de relieve un posible móvil espurio o de venganza que pueda turbar la sinceridad del testimonio.

3. **Verosimilitud del testimonio**, corroborado por otros datos objetivos obrantes en el proceso».

Respecto del punto 1., la jueza determinó que existía persistencia en la sindicación de Esteban Blas como el autor de los abusos y en el relato de los acontecimientos vividos. En este punto, se analizó la entrevista preliminar del EDEAAS, los testimonios de la Lic. Julieta Mama y de la Lic. Yamila Díaz, así como el contenido del relato de la niña.

En segundo lugar (punto 2.), la jueza no advirtió en el testimonio de D.M.G. incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre acusado y víctima que pusiera de relieve un posible móvil espurio o de venganza que pueda turbar la sinceridad del testimonio. Aquí la jueza analizó los testimonios de la madre y de la hermana de la víctima con especial detalle. También descartó cualquier indicio de

ganancialidad en la denuncia contra Esteban Jara.

Finalmente (punto 3), el testimonio de D.M.G. encontró respaldo en otras pruebas y corroboraciones periféricas, en particular, el resultado del informe psicológico que da cuenta de los indicadores de estrés postraumático y angustia, así como los testimonios de los allegados a la niña que establecieron los llantos recurrentes y el estado de tristeza que padecía.

En función de lo referido, considero que no asiste razón a la defensa cuando afirma que el relato de la D.M.G. resulta mentira, pues los argumentos de la jueza de la instancia previa para asignar credibilidad a la versión de los hechos brindada por aquélla aparecen sólidamente fundamentados.

La defensa también se agravia respecto del valor dado a la prueba de descargo. Sostiene que la jueza ha valorado incorrectamente, cuando no ha sido sencillamente ignorada. Bien, respecto de esta crítica, también disiento. Por un lado, porque la prueba de cargo, por sí misma, se presenta lo suficientemente convincente respecto de la existencia de los abusos y la autoría del acusado. De allí, es posible deducir la fuerza de la hipótesis acusatoria y, a la inversa, la necesidad de que sólo pueda ser puesta en cuestión por una hipótesis defensiva debidamente acreditada.

Sin embargo, la versión de cómo se sucedieron los hechos según la defensa no posee la fuerza mínima como para introducir una duda respecto de la culpabilidad de Esteban Jara en relación con los abusos que se le atribuyen. Es que su argumentación se limita a atacar el testimonio de D.M.G. como mentiroso y postular que la causa se ha «armado». Pero ni la declaración de la niña en Cámara Gesell es mendaz – como ya referí–, ni se ofrecen elementos que permitan ver que la causa es una construcción falaz o cuál motivo guiaría tal empresa.

En concreto, la defensa niega los hechos con base en que el acusado no compartía tiempo a solas con la víctima. En este sentido, también declararon los testigos de descargo –por ej. Rosa Genaro– quien refirió que Esteban Jara no solía visitar a su madre y, cuando lo hacía, la niña no se quedaba a solas con él. También destacaron los testigos de descargo que nunca la escucharon gritar o pedir ayuda.

Respecto de la crítica articulada contra la valoración del testimonio de Rosa Genaro, cabe decir que la jueza sentenciante puntualizó que era una persona en estrecho vínculo con el imputado y parcial en lo que hace a su testimonio, el cual se expresó en línea con la teoría del caso de la defensa. Igualmente, tampoco se encuentran ausentes en el razonamiento de la jueza el resultado arrojado por el informe practicado por el licenciado Mesina o el informe ginecológico de la médica María Gabriela Sala, los cuales fueron analizados en los fundamentos de la sentencia.

Respecto del informe practicado por **el licenciado Mesina**, quien no advirtió indicadores de trauma o estrés postraumático, la jueza opuso lo afirmado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense, quienes constataron un estado emocional compatible con angustia y malestar interno, análisis que se vio corroborado por lo expresado por D.M.G. al momento de declarar en Cámara Gesell y por las declaraciones de los testigos Carlos Garay, Verónica Vera, Nahuel Garay y Catalina Vera, quienes hicieron alusión a los llantos constantes de la niña (fundamentos, p. 11). Como es posible advertir, en contra de la objeción defensiva, el informe realizado por el licenciado Mesina no solo fue tenido en cuenta en el razonamiento del tribunal de juicio, sino que, además, fue correctamente **refutado en sus conclusiones**.

Tampoco escapó al desarrollo de la jueza en los fundamentos de la sentencia condenatoria que cuestiona la defensa el hecho de que el examen ginecológico practicado a D.M.G. arrojó como resultado la ausencia

de lesiones traumáticas recientes y visibles en la superficie corporal. Respecto de la conclusión del examen, la médica al declarar y aclarar el alcance de la misma la rectificó, en tanto se había tratado de un error de tipeo, correspondiendo entender que no había desgarros y el himen se encontraba íntegro –lo que significa que la niña no había tenido relaciones sexuales previas–. Respecto de este punto, la jueza entendió que ello no hacía mella en la hipótesis acusatoria, en tanto la víctima no mentía, sino que, dadas las características del hecho y su edad, al momento de declarar padecía una evidente confusión respecto del significado de una penetración por vía vaginal (fundamentos, p. 12).

En función de lo expuesto, entiendo que la jueza sentenciante ha explicitado correctamente las razones que la convencieron de la existencia de los abusos –en la manera en que fueron relatados por D.M.G.– y la autoría del acusado. En consecuencia, en contra de lo postulado por la defensa, no advierto vicio de motivación alguno que invalide la sentencia condenatoria.

Finalmente, el segundo tramo del recurso incoado por la defensa de Esteban Jara realiza un planteo subsidiario al de inocencia que pretende una **aminoración de la pena impuesta**. En este sentido, argumenta que los diez años de prisión impuestos se alejan injustificadamente del mínimo de la escala penal. Solicita así que, para no caer en una sanción desproporcionada, se reduzca la pena a ocho años de prisión.

Sin embargo, pese a los esfuerzos de la defensa, lo cierto es que la pena aparece como proporcionada en relación con la magnitud del delito cometido y esta ha sido adecuadamente individualizada de acuerdo con los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 CP. Actividad que, a su vez, ha sido explicitada en razones por la jueza de la instancia anterior.

Respecto de las circunstancias agravantes consideradas en la sentencia a efectos de alejar el monto impuesto del mínimo legal, se destacan la edad de la víctima a la fecha en que comenzaron los hechos y la pluralidad de hechos. En cuanto a lo primero, si bien no se puede determinar con exactitud la fecha en que comenzaron las agresiones, si se estableció que D.M.G tenía seis o siete años. Por su parte, respecto de la cantidad de hechos, estos se reiteraron en el tiempo hasta que la víctima cumplió los doce o trece años de edad (véase fundamentos, p. 27).

Como atenuantes la jueza ponderó la ausencia de antecedentes del acusado, su escaso nivel de instrucción (cursó hasta séptimo grado del nivel primario) y el medio socio-económico en el que se desenvolvía (se trata de un trabajador rural que vivía en la pobreza, dado que su casa estaba construida con tarimas que le fueron donadas y consta de un único ambiente). Por último, y frente a estos argumentos, cabe decir que la defensa no aporta razones que sustenten su afirmación de que la pena impuesta es desproporcionada, limitándose sólo a referirla de ese modo.

En suma, considero válidas las razones brindadas por la jueza sentenciante para alejarse del mínimo legal de ocho años de prisión hasta alcanzar los diez años impuestos. A la inversa, estimo que no le asiste razón a la defensa al desplegar su crítica en este punto.

Por lo tanto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar

los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», «Ojeda Pérez», entre otros).

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar la Sentencia N° 2.223 y sus fundamentos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Esteban Blas Jara Bazán y confirmar la Sentencia N° 2.223 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva de caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de mayo de 2023.-*

20- QUENAYA. 17-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcQPR.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 119 tercer párrafo C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1939, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros; específicamente sobre condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y el abordaje del caso en función de su consideración, ver, «Bravo Díaz»
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06828611-9/1((018602-33786)) F C/ QUENAYA POMA ROBERTO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (33786/20) (33786) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106080456*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06828611-9/1 caratulada "F. C/ Q. P., R. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de R. Q. P. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1939 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de ocho años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 119 tercer párrafo C.P.) que se le atribuye en los autos n° P-33.786/20.

De conformidad con lo establecido en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la cusa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que el 26 de abril del 2020 entre las 1.30 horas y las 2.30 horas, en el interior del domicilio sito ..., R. Q. P. ingresó a una de las habitaciones del domicilio donde se encontraba durmiendo V.B.T. junto a su pareja J. Q.. Acto seguido R. Q. P., previo sacarle el pantalón y la ropa interior a la víctima la accedió carnalmente por la vagina sin su consentimiento, situación que provocó que V.B.T. se despertara y observara a R. Q. P. desnudo sobre la misma mientras la penetraba, ante lo que la víctima comenzó a llorar y pedir auxilio, situación que hizo que el justiciable tuviera que detener su accionar.

Para así decidir el juez de la instancia anterior valoró actuaciones policiales, el testimonio de la víctima, informes y testimonios de los profesionales médico y psicóloga que la asistieron, las declaraciones de otros testigos, entre ellos, J. P..

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Se agravia la defensa por la existencia de vicios sustantivos y formales en la resolución que impugna. Señala que la sentencia es arbitraria, la fundamentación aparente y la valoración de la prueba sesgada. Pide que se absuelva a su defendido o, en su defecto, se le reduzca la pena a seis años de prisión.

En particular, cuestiona del valor convictivo que le asignó el sentenciante a la testimonial de V.B.T., que está desvirtuada por distintas declaraciones testimoniales y prueba instrumental. Agrega que se prescindió de una prueba significativa que no se rindió en el proceso, como es el control sobre el examen psicológico realizado a la denunciante. Asimismo, se queja porque el acusado no desvistió a la víctima, ya que ella dijo que le bajaron los pantalones pero que no sabe quién fue.

Señala que en la habitación se encontraban la denunciante, su novio y G. P.. Refiere que J. P. dijo que el acusado estaba parado vestido y G. abrochándose el pantalón. Que V.B.T. comenzó a llorar cuando ella

ya estaba dentro de la habitación, por lo que no es cierto que R. la accediera carnalmente sin su consentimiento.

Señala que el hecho se produjo en una vivienda muy pequeña a la que se tenía acceso libremente, donde habían seis personas y tres estaban en la habitación en la que ocurrió el abuso. Resalta que el relato de la víctima no es creíble y que se contradice su testimonio con el de J. P., el examen médico, el examen psicológico y su declaración anterior.

Aduce que la licenciada Maschi del EDEAS dijo que en ese organismo hay mucho trabajo y que no se aplicó test psicológico de fabulación, así como que la víctima ha hecho uso de la mentira como modo de resolver situaciones con su novio.

Sobre éste, expone que narró un episodio donde ya le había mentido y creado una historia sobre un abuso sexual. Niega que el acusado se haya aprovechado de la denunciante por su estado alcohólico, según ella dijo y luego modificó la versión, aduciendo que se había desvanecido por cansancio. Agrega que es poco probable que, si no estaba alcoholizada, no se hubiera percatado de nada previamente, por ejemplo, que G. pudo abusar de ella. Que la ausencia de lesiones tanto en el acusado como en la denunciante, según el Dr. Chambella del Cuerpo Médico Forense genera duda.

Sobre los gritos de ayuda, entiende que la testigo J. dijo que esos gritos de ayuda comenzaron cuando ella y su hermana estaban adentro de la habitación. Que J. dijo al minuto 8:30, que nunca declaró eso en la comisaría. Refiere que nada se dice sobre G. P. que estaba en la habitación, dado que si R. estaba abusando de la denunciante, por qué motivo G. no le brindó auxilio, sino que, por el contrario, tenía los pantalones bajos. Se pregunta igualmente, por qué G. fue sobreseído prematuramente y se fue del país. Agrega que la testigo J. es familiar de G. P.. Expone que la afirmación del juez sobre que el acusado usó todos los medios para evitar que nadie pudiera ingresar a la habitación, no se refleja en la prueba. Que J. entró a la habitación con su hermana porque ya se querían ir y una vez adentro de la habitación fue cuando V.B.T. les pidió ayuda. Sobre la pena aplicada, aduce que carece de fundamento lógico. Se queja asimismo porque no se fundamentó el monto de la penalidad. Resaltan que Q. no tiene antecedentes, posee escasa educación y la víctima no tiene trastornos físicos ni psicológicos. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el señor Procurador General estima que el recurso debe rechazarse. Refiere que la defensa tiende a desvirtuar el testimonio de la víctima, denostando su reputación y reiterando los argumentos en virtud de los cuales entiende que no podría haberse cometido el delito. Agrega, entre otras consideraciones, que el testimonio de J. P. es contradictorio. También, que no es dirimente si fue el acusado quien desvistió a la víctima. En función de lo expuesto, considera que el recurso interpuesto no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Previo a todo, considero importante destacar, en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuve ocasión de referirme a ello en los **precedentes «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; «Castillo Ordoñez»; «Sosa Ortubia» y «Lucero Lorca»**, entre otros.

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de la instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima por su condición de mujer.

En función de esas pautas, analizaré la impugnación formulada en la presente causa. De tal modo y, en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el juzgador de la instancia previa se basó en las pruebas rendidas, que valoró de manera integral, según las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el defensor no ha podido demostrar.

De tal modo, y en función del delito investigado, ponderó especialmente la declaración de la denunciante y los exámenes y testimonios de los profesionales médico y psicóloga que la entrevistaron, que ratificaron los dichos de la primera.

Tuvo en cuenta igualmente el sentenciante que la denunciante no manifestó interés en perjudicar ilegítimamente al acusado y que su versión se mantuvo inalterable en lo esencial, a lo largo del proceso, aspecto que ha sido verificado en esta etapa recursiva.

También se pudo comprobar en esta instancia, su coincidencia con otras pruebas rendidas, entre ellas, el testimonio de su ex pareja, J. Q., que el juzgador definió como sólido, sincero, sin atisbos de ganancialidad. Esto, toda vez que, por haber terminado su relación con la denunciante, no tenía ningún interés en favorecerla. En este punto, es oportuno resaltar que J. Q. se encontraba dormido al lado de aquélla, cuando fue accedida por el acusado, de quien aquel testigo es primo. En particular, J. Q. refirió que luego de haber bebido de más en la celebración de un cumpleaños que tuvo lugar en la casa del acusado, donde participaron algunos amigos y familiares, entre ellos, J. P., R. P. y G. P., se fue a dormir junto con su novia –la denunciante– a una habitación de la casa.

Relató que en determinado momento, sintió gritos de la denunciante, quien se despertó debido a que el acusado estaba encima de ella, accediéndola carnalmente.

Concretamente, este testigo dijo en el debate que el acusado no negó haber cometido el delito que se le atribuía: «no lo negó y dijo que estaba ahí, y ya que la encontró ahí con los pantalones bajos, le dieron ganas de tener relaciones con [V.B.T.]» (registro de la audiencia, minuto 55:37 y siguientes), agregando que «mis primos dijeron que la puerta no se abría y que R. estaba allí».

Ante preguntas de la defensa, sobre si había escuchado a R. Q. decir que él había abusado de V.B.T., reiteró «sí, lo escuché» (1:06:36). Precisó que eso tuvo lugar en una reunión familiar al día siguiente del abuso; que estaban presentes su hermano y su madre. Que cuando él le preguntó al acusado por qué lo hizo, respondió que «tenía ganas, nada más» (1:13:20 aproximadamente).

Dijo igualmente este declarante, que «R. fue a la habitación y vio a [V.B.T.] con el pantalón bajo. R. había entrado y había puesto una tranca o un seguro y los demás no podían entrar.

Esto lo contaron R. P. y J. P.». De esto, se deriva que el acusado, al entrar a la habitación para abusar sexualmente de la denunciante, trabó la puerta para impedir la entrada de otras personas. Este mismo dato aportó la denunciante, al afirmar que las hermanas P. no pudieron, por idéntico motivo, abrir la puerta, debiendo recurrir para hacerlo, a otro partícipe del festejo.

En consecuencia, el agravio centrado en que esa afirmación del juez de la instancia anterior carecía de prueba, debe ser rechazado. Además, frente a la contundencia de las pruebas reunidas, que confluyen en

la existencia del abuso sexual que se le endilga a Q. P., carecen de relevancia una serie de elementos que señala el defensor en su recurso.

Ello, por cuanto la inclusión mental hipotética de esos elementos, no detenta entidad para modificar la condena pronunciada. Así, ante ese caudal probatorio, no es relevante conocer quién le bajó los pantalones a la denunciante, que estaba dormida. Tampoco, si los gritos de ayuda que profirió, comenzaron antes o después que J. P. y su hermana entraran a la habitación.

En igual dirección, carece de trascendencia saber si la víctima se quedó dormida porque estaba cansada, por la ingesta de bebidas alcohólicas durante el festejo o por ambas causas.

Así, la afirmación de la defensa en el sentido que «es poco probable que si no estaba alcoholizada, no se hubiera percatado de nada», evidencia sólo una opinión personal de la defensa, sin sustento alguno.

Lo mismo puede decirse de las presunciones de la defensa en su recurso, con relación a G. P., a quien acusa tanto de mantener relaciones sexuales consentidas con la denunciante, como de abusarla y de no auxiliarla cuando gritó.

Estos extremos son de imposible dilucidación, por cuanto este sujeto fue sobreseído y contra tal pronunciamiento no cabe en este estadio, impugnación posible.

Con relación a la mentira que sobre un abuso la denunciante le habría dicho a su ex pareja J. Q., durante su adolescencia, corresponde determinar que ese episodio en nada interfiere en su credibilidad en esta causa.

Así, tanto la psicóloga que la entrevistó, como el sentenciante dan cuenta que de manera espontánea la denunciante se refirió a ella, lo que se interpretó como un indicio más que permitía descartar mendacidad en el caso de autos, lo que la defensa no refutó debidamente, limitándose a expresar su disconformidad con ese criterio.

Tampoco cabe acoger la queja relativa al examen de la licenciada Maschi, que trabajaba en el EDEAAS del Valle de Uco. Esta profesional determinó que el relato de la víctima resultó confiable, mostrando psicoafectación y angustia al hablar sobre los hechos.

Citada a prestar testimonio durante el debate, el sentenciante le preguntó si las conclusiones de su informe tenían un fundamento correcto, a lo que respondió afirmativamente, negando la posibilidad de que el presente informe hubiera sido evacuado «[...] así nomás, no es que se pueda hacer mal el trabajo», no obstante que, a su criterio, en el organismo en el que prestaba servicios – EDEAAS–, había mucho trabajo. De esto se derivan dos consecuencias. Primero, que ese exceso de trabajo al que hizo referencia la profesional, no significó que sus conclusiones estuvieran afectadas.

En segundo lugar, reveló la innecesariedad del control del examen psicológico solicitado por el defensor, puesto que tuvo la oportunidad en dicha audiencia, de despejar sus dudas sobre la labor profesional, sin que en el recurso explique en concreto, ni surja de las actuaciones, cuáles de esas dudas persistieron y por qué razón dijo que el proceso se vio privado de una prueba significativa. Además, el doctor Chambella del Cuerpo Médico Forense en el debate explicó con claridad, ante una pregunta de la defensa, que es posible que frente a un abuso, una mujer que ha tenido un hijo con anterioridad, no presente lesiones genitales ni perigenitales.

Cabe señalar en este punto, que las pruebas hasta acá analizadas, en especial las declaraciones de la víctima y de su ex pareja J. Q., permiten prescindir del testimonio de J. P., cuyo registro audiovisual no ha sido posible encontrar por la OGAP del Tribunal Penal Colegiado Nº 1.

Ello, según informe suscripto por uno auxiliares de aquella OGAP, expedido a requerimiento de esta Sala, en forma previa a dictar la presente resolución.

Respecto de la penalidad impuesta y que cuestiona la defensa, se consigna que el juez de la instancia previa ha motivado de forma escueta pero suficiente, el apartamiento del mínimo de la escala penal, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción desplegada por el acusado.

Esto es, que «en horas de la madrugada aprovechó que la víctima había ingerido el suficiente alcohol como para quedarse dormida junto a su pareja, para someterla sexualmente, habiendo articulado todos los medios para evitar que nadie pudiera ingresar a la habitación mientras concretaba el deleznable plan delictivo», según surge de los fundamentos. Resta decir que el sentenciante destacó que la víctima no obtuvo ningún beneficio por haber promovido el presente proceso, considerando que a partir de ello, todo fue negativo en su vida. En efecto, apuntó que su novio en ese momento, J. Q., con el que tenía un hijo y finalmente se separó, se negaba a aceptar que el acusado, su primo, hubiera abusado de ella. También expuso que la familia de su ex pareja, la acusó a ella de haber provocado ese comportamiento en su agresor sexual. Con relación a las circunstancias atenuantes, ponderó el sentenciante el bajo nivel educativo del acusado, así como que no registra antecedentes penales, por lo que el agravio de la defensa no puede ser acogido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

En relación con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala en relación con el deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos.

Así, me remito, en lo pertinente, a lo expresado en los precedentes **«Mercado Orozco»**, **«Medina Martínez»**, **«Di Cesare Meli»**, **«Zurita»**, entre otros. Por lo expuesto, considero que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«González Pringles»**, **«Cruz Caporiccio»**, **«Ruiz Gutiérrez»**, **«Alaniz Pineira»** y más recientemente, **«Vargas Riquelmes»**, **«Scifo Ruffini»** y **«González Sosa»**, entre otros). En otro orden, y vinculado a la falta de disponibilidad de los registros audiovisuales de la audiencia celebrada el día siete de diciembre del 2021, donde declaró la testigo J. S. P. I., el tribunal de origen informó sobre la posibilidad de un problema técnico informativo (ver informe de fecha diecisiete de marzo).

Si bien –como lo analizó el ministro preopinante– la imposibilidad de controlar esta testimonial no tiene incidencia en la solución que se propugna, me interesa destacar que resultan aplicables al presente caso, en lo pertinente, los conceptos desarrollados en el precedente **«Sánchez Gutiérrez»**.

En efecto, en el citado precedente sostuve que la falta de un adecuado control y preservación de los registros audiovisuales afecta el debido proceso digital, entendido éste « [...] como una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y/o sede digital, y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la

administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuaria/usuario digital [...] el debido proceso digital implica el respeto por los principios rectores que enmarcan el entorno digital: inclusión, accesibilidad, trazabilidad, transparencia, publicidad, protección de datos personales, interoperabilidad y ubicuidad tecnológica».

También señalé que «[...] si bien la diversidad de herramientas tecnológicas ofrece la ventaja de hacer más eficiente la gestión judicial, de anverso, entiendo que requiere una mayor especificidad y capacitación en el manejo de cada plataforma por parte de los operarios con protocolos que detallen las modalidades de cada sistema».

En función de ello, entendí que «[a] tales fines es prioritario habilitar sistemas telemáticos que, a través de sus características y protocolos, permitan el resguardo de los datos e información que se suministra, conforme las normativas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso digital y en particular asegurando la confianza de cada justiciable y la sociedad toda.

Es decir, el uso de cada plataforma o sala virtual debe ir acompañado de reglas básicas preestablecidas, en lenguaje claro y accesible, con protocolos o guías de actuación, capacitación permanente y continua, lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, requerimientos técnicos descriptos y de fácil interpretación, reglas e instrucciones de responsabilidad y de seguridad.

La innovación en los procesos de transformación digital de las administraciones de justicia se encuentra no solamente en el uso de nuevas tecnologías y en la incorporación de las plataformas digitales, sino fundamentalmente en la formación permanente y continua del capital humano para operar tecnologías digitales cada vez más complejas y avanzadas.

Ello requiere, en estas etapas iniciales de la capacitación en competencias, conocimientos, habilidades y estrategias básicas de los entornos digitales».

Por otro lado, me interesa destacar que la videograbación es la grabación electromagnética que requiere registrar a un tiempo la imagen y el sonido a través de tecnologías o herramientas digitales especializadas, cuyo fin específico es el archivamiento o captura de imágenes y sonidos en distintos medios que servirán como dispositivo de almacenaje.

De ello surge, que la videograbación siempre tiene tres elementos que desde nuestra óptica son tanto esenciales como funcionales, el primero es el grabar una información, el segundo es el elemento visual, el registrar una imagen y el tercero el registro del sonido (Conf. Palomino Ángeles, Elisa, Conservación y resguardo de las videograbaciones judiciales, El Dial, México, p. 6).

Para ello es fundamental contar con sistemas fiables que realicen el soporte y resguardo de video y audio grabación. Pero también que las/los operadores judiciales que tienen la función de la gestión y registro de las audiencias grabadas, instrumenten mecanismos o medidas que resguarden la cadena de custodia de los elementos de grabación, esto es, tanto la imagen como el sonido.

A ello debe sumarse que las medidas de control y resguardo de la información, en este caso los fundamentos de la resolución vertidos de manera oral, deberán ser previas, durante/concomitante y posteriores a la audiencia oral; lo que permitirá que ante alertas de que la grabación presenta fallas o no es de calidad tanto en sonido como imagen, permitan realizarse los ajustes necesarios, a fin de lograr la integridad y resguardo de las audiencias, evitando el dispendio procesal y la posible afectación de garantías constitucionales.

En definitiva, entiendo que a partir de una adecuada implementación y control de las nuevas herramientas tecnológicas se pueden mejorar los procesos y hacer más eficiente y confiable el servicio de la administración de justicia. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. Q. P..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz, obrante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art. 412 del C.P.P.). Secretaría, 17 de mayo de 2023.-

21- PEREZ CASTRO. 17-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcPCJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Valoración de la prueba. Perspectiva de género y etárea. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el encargado de la guarda –hechos reiterados– en concurso real (arts. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Sus agravios: 1- valoración de la prueba 2- determinación de la pena

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2.223, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros; específicamente sobre condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y el abordaje del caso en función de su consideración, ver, «Bravo Díaz»
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06940137-0/1((038601-707045)) FC/ PEREZ CASTRO JORGE JAVIER P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (707045) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106184947

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06940137-0 caratulada “F. C/ P. C., J. J. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de J. J. P. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.697, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-707.045/19, a la pena de nueve años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser el autor encargado de guarda en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el autor encargo de la guarda (art. 119, quinto párrafo, en función con el art. 119, cuarto párrafo, letra b, art. 55 y art. 119, cuarto párrafo, letra b en función con el art. 119, tercer párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] en día y hora no precisado, del mes de octubre de 2.018, en circunstancias en que [C.D.Z.], menor de 14 años de edad, se encontraba al cuidado de C. O. y J. J. P. C., en el domicilio de Barrio ..., localidad de ..., del departamento de ..., se trasladó junto a éste último en un automóvil al centro de ..., y en el viaje el encausado le tocó su pierna y la espalda por encima de la ropa, situación que provocó que la menor corriera su miembro inferior y le dijo que no la tocara porque le iba a decir a su progenitora, habiendo obtenido como respuesta por parte de P. C. que no dijera nada o iba a matar a su mamá y a sus hermanos. Asimismo, el mismo día y ya encontrándose en el domicilio aludido ut supra P. C. ingresó al baño de la vivienda donde se encontraba la menor y la agarró con fuerza y le expresó “vos vas a ser mía”, situación que provocó que la víctima saliera inmediatamente de la habitación. Por su parte, en horas de la madrugada, siendo las 04 horas aproximadamente del día siguiente y cuando la menor [C.D.Z.] se encontraba pernoctando, P. C. se le aproximó e intentó acostarse con ella, quien al advertir la situación le expresó “No” y lo empujó, por lo que el incuso se retiró al comedor del hogar.

Que el mismo día, siendo las 07:00 horas, en circunstancias en que C. O. y sus hijos en edad escolar se retiraron del domicilio y cuando la menor víctima en autos se encontraba cambiando de ropa a un bebé en la cama, dentro de la habitación, P. C. se le aproximó por detrás y la agarró con fuerza. Inmediatamente y a pesar de que la menor [C.D.Z.] lo empujó de la cama, el enrostrado P. C. le bajó la ropa interior, la tomó de sus brazos, por debajo de los hombros con fuerza, le expresó que abriera las piernas y le introdujo

el pene en su vagina, al tiempo que le manifestó que se callara, toda vez que la menor gritaba. Acto seguido y una vez terminado el suceso, P. C. tomó al bebé y se retiró de la habitación».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones de C.D.Z. en Cámara Gesell, de F.C. –madre de la niña–, de M. P. D., de S. A. y de C. O., el informe psicológico del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EdeAAS) realizado a C.D.Z., el examen físico de la niña del Cuerpo Médico Forense (CMF) y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- El recurso de casación

interpuesto por la defensa La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del CPP.

En primer orden, y como vicios de forma, alega que la sentencia cuestionada deviene arbitraria, en tanto no existieron en autos elementos suficientes para sustentar la decisión condenatoria. Alega que no hay un solo elemento objetivo que demuestre que el acusado P. C. haya abusado sexualmente de la supuesta víctima.

Señala que la única prueba que incriminaría a su defendido, y en la cual se basa la sentenciante para llegar a la solución que se cuestiona, es la denuncia de la madre de la menor, F.C., y la declaración en Cámara Gesell de C.D.Z. Asegura que de las demás probanzas de autos surge que los hechos investigados no existieron.

En este sentido, explica que todos los testigos de descargo negaron categóricamente la historia relatada por la menor y por la madre, en cuanto a cuándo, cómo y dónde se habrían cometido los abusos. Advierte que si bien existe un informe médico del Cuerpo Médico Forense que acredita que C.D.Z. tenía el himen desflorado, no existe manera de vincular ese hecho con la conducta de su defendido.

Sostiene que la jueza de sentencia no tuvo en cuenta ninguno de los argumentos defensivos de P. C.. Agrega que la magistrada tampoco tuvo en cuenta la conducta del acusado y la niña C.D.Z. luego del supuesto hecho de abuso, ni el informe psicológico realizado a P. C..

En virtud de estas consideraciones solicita que se revoque la resolución cuestionada y, en su lugar, se absuelva a su defendido J. J. P. C. en orden a los delitos por los que resultó condenado.

Como vicio sustancial, y en el caso de considerarse que su defendido cometió los hechos atribuidos o algunos de ellos, sostiene que la pena impuesta por la sentenciante no tiene ningún fundamento sustancial. Sostiene que el monto de pena impuesta a P. C. se aleja del mínimo sin causa alguna.

En este sentido, se agravia porque –según entiende– la jueza de la instancia anterior infiere circunstancias que no surgen de autos, como el daño que el supuesto abuso causó a la niña. Asegura que esta cuestión fue debidamente controvertida y que se probó todo lo contrario.

Agrega que también llegaron a esta conclusión los organismos técnicos que intervinieron en el caso. Por ello, y en el caso que se entienda que la sentencia recurrida es correcta en cuanto a la solución condenatoria, solicita se revise el monto de la pena impuesta a su defendido, y se aplique el mínimo legal previsto, es decir, ocho años de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

Sostiene que de la atenta escucha y análisis de los fundamentos vertidos por la jueza de sentencia se advierte una motivación minuciosa y detallada, abarcativa de todos los aspectos que surgen del plexo probatorio, y que de ninguna manera puede calificarse como arbitraria.

Destaca que la sentenciante no sólo valoró la declaración de la víctima, sino que la misma fue cotejada con el resto de las declaraciones rendidas, permitiendo demostrar qué testigos mentían y quiénes no, como por ejemplo la declaración de C. O., en su intento de proteger al encartado.

Entiende que los argumentos de la sentenciante son claros, coherentes, y exhaustivos en cuanto al análisis y valoración de todo el plexo probatorio. En cuanto a la pena impuesta, sostiene que el alejamiento del mínimo está claramente explicado y fundado.

Señala que la pena se advierte muy cercana al mínimo y muy alejada del máximo previsto para los delitos cometidos, no siendo desproporcionada en relación con el hecho acreditado. En razón de ello, sostiene que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto, la defensa de P. C., al exponer sus fundamentos, reiteró –en lo sustancial– los agravios y posiciones oportunamente planteadas. A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Preliminarmente, cabe señalar que en su recurso la defensa expone de modo genérico los cuestionamientos sin indicar ni precisar, de manera expresa y concreta, aquellos aspectos de la sentencia que exhibirían los vicios que denuncia.

En este sentido, si bien afirma que la prueba reunida contrarresta la hipótesis acusatoria, no detalla los elementos probatorios que enervan los hechos que la juzgadora consideró acreditados.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido.

a.- Sobre los supuestos vicios en la valoración de la prueba efectuada por la jueza de instancia anterior

a.1.- Previo ingresar al análisis de los elementos de juicio que dieron sustento a la solución condenatoria adoptada por la sentenciante, entiendo necesario destacar que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género y que –conforme los estándares internacionales y regionales que he tenido oportunidad de destacar en diversos precedentes, como en «Concha»–, quien fue víctima de abuso sexual por parte del acusado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto.

También, de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Además, se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres y niñas el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de

la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

En este sentido, en numerosos precedentes he destacado que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «**Galdeano Reyes**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente «**González Sosa**», «**Scifo Ruffini**», entre otros). A su vez, en el precedente «**Alaniz Pineira**» señalé, en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Agregué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este orden, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)» (ver, al respecto, «**Concha, Jesús**»).

b.2.- Conforme a lo expuesto, debe señalarse que en el caso analizado la jueza de la instancia anterior valoró la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales y regionales referidos y, en esa tarea, consideró como un elemento de juicio relevante el testimonio brindado por C.D.Z., en tanto entendió que su relato era creíble y concreto. De manera tal que le permitió a la defensa defenderse correctamente de los hechos que le fueron atribuidos (ver registros audiovisuales, día 30/06/22, minuto 4:77).

Consideró también la sentenciante –en criterio que comparto– que la credibilidad del testimonio de la niña también se sustentaba, además del informe psicológico del EdeAAS que concluyó en el mismo sentido, en el contexto en que ésta develó los abusos. En efecto, la sentenciante refirió que C.D.Z. manifestó que fue víctima de abusos por parte del acusado en oportunidad de participar de un curso de educación sexual que realizó en el colegio donde asistía y, aclaró, que esta circunstancia no fue cuestionada por la defensa.

Agregó que estos espacios «generalmente funcionan como un estímulo para el develamiento de este tipo de hechos, en tanto [las víctimas] toman, en muchas ocasiones, registro de la situación de abuso vivenciada» (ver, a partir del minuto 47:00). A ello, debe sumarse que tanto M. P. D. –directora del colegio albergue n° 4254 donde asistía la niña– como la maestra, S. A., confirmaron las circunstancias en que C.D.Z. manifestó haber sufrido abusos por parte del acusado.

Con base en estas consideraciones la jueza de sentencia entendió que la declaración de C. O. –pareja del acusado P. C. y hermanastra de la víctima– en cuanto negó las circunstancias en que acontecieron los hechos, no tenía la virtualidad para desestimar el testimonio de la niña C.D.Z.

En efecto, la testigo negó que C.D.Z. haya pernoctado alguna vez en la vivienda que compartía con el acusado P. C. y donde ocurrieron los hechos. Del mismo modo, negó que el accidente de su sobrino T. O., y por el cual tuvo que dirigirse al Hospital Noti a cuidar a su sobrino, ocurriera en esa fecha, la que –a su vez– coincidía con el cumpleaños de T..

Esta última circunstancia resulta relevante ya que C.D.Z. refirió que el primer abuso ocurrió en ocasión que se dirigían con el acusado en el auto a comprar los elementos para hacer la torta de cumpleaños de T.. También desestimó la jueza de sentencia la versión de los hechos brindada por el acusado al momento de ejercer su defensa material, en cuanto sostuvo que la denuncia en su contra tuvo como causa la existencia de un conflicto entre la madre de C.D.Z. y el acusado por un supuesto vínculo sentimental entre ambos y que el acusado no habría querido mantener.

Al respecto, la jueza de la instancia anterior, al analizar la credibilidad del relato de la víctima C.D.Z. –como ya se explicó– tuvo en consideración varios aspectos. En particular, y vinculado con la posible influencia que pudo tener la madre de la niña C.D.Z. para que ésta formulara una denuncia falsa en contra del acusado, la jueza dio adecuadas explicaciones que la defensa no ha podido refutar. En efecto, la jueza consideró que el hecho tuvo lugar en octubre del año 2018 y que la niña C.D.Z. recién habló en el contexto señalado nueve meses después.

Sostuvo al respecto la sentenciante que «si Carla y su mamá hubiesen querido pergeñar algo en contra del acusado, ningún sentido hubiese tenido esperar todos esos meses» (ver, minuto 8:11).

Agregó también que F.C. no tenía una ascendencia sobre su hija, es decir, que no había una interacción entre madre e hija, y esto quedó demostrado porque la niña en nueve meses no le contó sobre los abusos sufridos, para recién manifestárselos a sus maestras en el ámbito escolar.

A ello, sumó que la testigo C. O. corroboró que entre F.C. y la niña C.D.Z. no había un vínculo cercano, ya que ésta fue criada por su abuela, y vivió en forma alternada en un albergue y su casa (ver, a partir del minuto 11:49). Conforme con lo analizado debe desestimarse el agravio sugerido por la defensa en cuanto señala –pero no explica– que la sentenciante no consideró la conducta posterior entre el acusado y la niña C.D.Z.

En este punto, la jueza de la instancia anterior señaló que conforme surge de los distintos testimonios, la niña C.D.Z. junto a su madre, F.C., asistió al cumpleaños de C. O. con posterioridad al hecho, pero que éste tuvo lugar antes de que se develaran los abusos.

Al respecto, la magistrada consideró –en criterio que comparto– que «hasta el momento del develamiento del hecho suele surgir un secreto entre víctima y victimario que hace que la niña se muestre desinteresada respecto del autor del hecho» (ver, a partir del minuto 34:05).

En este sentido, en el precedente «Agüero Pérez» hice referencia a «[...] las posibles reacciones de NNA víctimas de abuso sexual, que pueden influir en la investigación de este tipo de hechos. Así, por ejemplo: a) el secreto, por el temor a las posibles consecuencias si se llega a revelar la verdad; b) la desprotección, en tanto NNA sienten que sus progenitores no los/as protegen, si en el caso el abusador es un conocido de la familia; c) la acomodación o adaptación, donde el o la NNA víctima no puede evitar ser abusado y, por esta razón, termina aceptando y culpándose a sí mismo por su consentimiento; d) la revelación tardía, conflictiva y poco convincente, donde el develamiento de un abuso sexual puede tener lugar cuando el o la NNA llega a la adolescencia y este presenta desordenes de conducta; e) la retractación, en la fuerza que

pueden ejercer los familiares, el abusador y aun por los profesionales en la víctima, pueden agobiar al/la NNA abusado/a y obligarlo/a a retractarse» (ver, MONTELEONE, Romina, «Abuso sexual infantil. La retracción de la víctima y sus consecuencias procesales», 2009).

Del mismo modo, entiendo que no puede prosperar en esta instancia el agravio vinculado a que el informe físico del CMF realizado a la niña, que sostiene que ésta presenta el himen desflorado, no acredita la autoría de P. C.. Ell, en tanto la defensa llega a esa conclusión a partir de un análisis aislado del resto del plexo probatorio y ceñido a sus intereses. Ahora bien, la defensa –como ya advertiera– frente a los argumentos precedentemente referidos, articula adecuados argumentos que demuestren qué aspecto del razonamiento del juzgador ha sido arbitrario, por ilógico o por omisión de abordaje de puntos relevantes de la causa.

En definitiva, en base a las razones expuestas, considero que la valoración probatoria realizada por la jueza de la instancia anterior se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, donde resulta un elemento fundamental para la acreditación de los hechos la declaración de la víctima. A ello, debe sumarse, en el caso en análisis, la existencia de elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato.

b.- Sobre la pretendida arbitrariedad en la determinación del monto de la pena

Como vicio sustancial, y de manera subsidiaria, la defensa sostiene que la pena impuesta a P. C. resulta arbitraria, en tanto se aleja del mínimo establecido para el tipo penal en cuestión sin causa alguna. Asegura que la jueza de la instancia anterior infiere circunstancias que no surgen de autos, como el daño que el supuesto abuso causó a la niña.

Entiendo que el agravio esgrimido en este tópico no puede prosperar, en tanto la pena aplicada al acusado por la sentenciante no adolece de los vicios que le adjudica la defensa.

Preliminarmente, debo señalar que la defensa se limita a afirmar la existencia de una fundamentación aparente en el proceso de determinación de la pena impuesta a P. C., sin que de sus argumentos se desprenda un análisis crítico de las razones consideradas por la jueza para llegar al monto de pena aplicado.

Así, estimo que esta afirmación, carente de mayores precisiones, no resulta suficiente para conmovir la decisión en crisis.

En efecto, de los fundamentos cuestionados, se desprende que la jueza de sentencia luego de establecer la escala legal aplicable a los delitos en el que se encuadraron los hechos –de ocho años a veinte años de prisión– impuso la pena de nueve años de prisión.

Es decir, determinó la pena aplicada al acusado P. C. dentro del primer tercio dentro de la escala penal, y muy cercana al mínimo legal.

Por otra parte, la jueza de la instancia anterior, contrariamente a lo sugerido por la defensa respecto de la valoración, como una circunstancia agravante, del supuesto daño que el hecho habría provocado en la niña, sostuvo que para determinar el monto de la pena «no [evaluaría] elementos del tipo».

Aclaró así en este sentido que «el tipo penal que habla de violar a un niño trae inserto el concepto de que violar a un niño le produce un profundísimo daño, por eso no le agrava la pena» (ver, minuto 43:42).

Así también, al analizar las circunstancias agravantes que le impedían aplicar el mínimo legal, no obstante la falta de antecedentes del acusado, la sentenciante consideró el modo en que se cometió el hecho.

Al respecto, entendió que «en este hecho hubo un plus de violencia porque no fue un hecho aislado, fue una persecución de una niña que había quedado a su cuidado» (ver, a partir del minuto 45:46).

De acuerdo con lo analizado, estimo que la juzgadora tuvo en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución adecuada en el caso.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los ocho y los veinte años, la pena impuesta se encuentra dentro del primer tercio de ella, cercana al mínimo legal, brindando la sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse de ese mínimo.

En definitiva, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o meramente dogmática, sino que la jueza ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que la sentencia cuestionada debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes **«Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita»**, entre otros.

En función de ello, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita» y «Gómez Ayala»**, por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. J. P. C..

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de mayo de 2023.-

22- FREDES PONCE. 19-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-3°	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230519_FcFPJ.pdf

Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, 67 inc. 2° del CP. Ley 6722.

Vox: Abuso. Prescripción. SA: Fuerza policial. Estado de cesantía. Exoneración. Expulsión. Cargo público. Funcionario público. Suspensión del curso de la prescripción. Nulidad.

Summa:

El **TPC** no hizo lugar a la prescripción de la acción penal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 67, inc. 2° del Código Penal.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, anular la resolución cuestionada, remitiendo la presente causa al TPC, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Tapia Cuello. 17-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220817_FcTCD.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Mirabile Santillán.

Parágrafos destacados

“...En este sentido, este Cuerpo ha sostenido en el precedente «Mirabile Santillán» que «[...] lo que motiva la persecución penal no es la condición de funcionario público en sí sino la participación de esa persona en la comisión de un hecho presuntamente ilícito, cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que se derivan del cargo que aquella desempeña, circunstancias que claramente justifican que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido inter tanto el funcionario continúe en ejercicio de su cargo, evitándose así que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que él pueda articular con esa finalidad»...”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05434165-7/1((018601-118973)) F C/ FREDES PONCE JUAN ANTONIO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (118973/13) (118973) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105612093*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05434165-7/1 caratulada "F. C/ F. P., J. A. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE S/ CASACIÓN".

La defensa del acusado J. A. F. P. interpone recurso de casación contra la resolución de fs. 204, en cuanto no hizo lugar a la prescripción de la acción penal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 67, inc. 2° del Código Penal.

El pronunciamiento fue dictado en autos N° P-118.973/13 por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal de grado, actuando en Sala Unipersonal, resolvió del modo antes referido, en el sentido de rechazar el planteo de extinción de la acción penal por prescripción por considerar que «[...] J. A. F. P. no ha sido exonerado de manera definitiva de la fuerza policial por lo que se encuentra en estado de cesantía [...].

Por tal motivo, y en estricta remisión a los preceptos legales estipulados en el art. 67 segundo párr. in fine del CP, el curso de la prescripción de la acción penal se encuentra formalmente suspendido toda vez que el imputado aún goza de su condición de funcionario público» (ver, fs. 196).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa técnica del acusado J. A. F. P. promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc, 1 del CPP, por considerar que existen vicios sustanciales en la resolución que cuestiona.

Así, refiere que en fecha 6 de mayo del 2019 solicitó la prescripción de la acción penal en estos obrados por haber transcurrido desde el auto de citación a juicio (dictado en fecha 24/04/15) el máximo de la pena prevista en abstracto para el delito atribuido a su defendido (cuatro años de prisión).

Destaca que el juez de grado rechazó lo solicitado, en tanto entendió que el acusado no había sido exonerado de manera definitiva de la fuerza policial, por cuanto se encontraba en **estado de cesantía**, conforme la sanción impuesta en fecha 29 de julio de 2016 en el marco del sumario administrativo en la Inspección General de Seguridad.

Sostiene que de acuerdo con ello, no presentó recurso contra dicha resolución, sino que, posteriormente, y habiendo transcurrido cuatro años desde la sanción de cesantía impuesta a F. P., solicitó nuevamente el pedido de sobreseimiento de su defendido, ello por considerar que a partir de la referida sanción el acusado **había dejado de desempeñar un cargo público**.

La defensa se agravia que el representante del Ministerio Público Fiscal, al contestar la vista respectiva, reiteró el criterio según el cual el acusado **no había sido exonerado, y que en esas condiciones no sería definitiva, todavía, su exclusión de la fuerza policial.**

Agrega que el juez de la instancia anterior resolvió en el mismo sentido en la resolución ahora impugnada. Conforme a ello, la defensa entiende que se ha aplicado de manera errónea la ley sustantiva, ya que es el ejercicio de la función pública la causa de la suspensión de la acción penal.

Sostiene que desde el resolutivo que dejó cesante a F. P., éste no ejerció la función pública, por lo que debe tomarse esa fecha como inicio del plazo de prescripción.

Cita doctrina en apoyo de su postura.

En razón de lo expuesto solicita se disponga el sobreseimiento de F. P. por haber operado la prescripción de la acción penal.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado debe ser rechazado, en tanto entiende que **éste sólo ha sido cesanteado, y que no ha recibido la sanción de exoneración, que es la más grave y le haría perder definitivamente su relación laboral y, por lo tanto, la calidad de funcionario público.**

Aclara que esta sanción es expulsiva y termina con el estado policial.

Por lo expuesto, entiende que corresponde tener por suspendida la prescripción de la acción penal mientras permanezca el estado de cesantía, y continuar el proceso según su estado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa de F. P., entiendo que el recurso debe ser acogido en esta instancia.

Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

a-Contexto de violencia de género

a.- Previo a ingresar en el tratamiento de los puntos de agravio esbozados por el recurrente, corresponde señalar que en la presente causa se investiga la presunta comisión de un hecho de violencia sexual contra una mujer, enmarcado en un **contexto de violencia por razones de género.**

Ello, en tanto se le atribuye al acusado la presunta comisión del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del CP).

Asimismo, y vinculado al contexto en que tuvo lugar el hecho y la relación de subordinación laboral que tenía la presunta víctima respecto del acusado, debo advertir sobre la particular necesidad de investigar este tipo de hechos donde se advierte la posible existencia de violencia laboral ejercida sobre una mujer, lo que adquiere mayor relevancia en tanto el acusado pertenecía al momento de los hechos a las fuerzas de seguridad (ver, al respecto, mis votos ampliatorios en los precedentes «**Montenegro Fisigaro**», «**Tapia Cuello**», entre otros).

Así, de acuerdo a los hechos determinados en el requerimiento de citación a juicio, «[e]l día [...] de 2013, en horas de la tarde, el Subcomisario P.P. J. A. F. P. se encontraba en la Subcomisaría [...], a cuyo cargo se encontraba en ese momento, sita en calle [...], Guaymallén. En un determinado momento siguió a la Auxiliar C. M. P. A. hasta un armario que se encontraba en el interior de la cocina, lugar donde la arrinconó y le apoyó sus partes íntimas en el costado izquierdo de su cadera» (ver fs. 115/119).

En función del hecho investigado, debe señalarse la obligación de los Estados partes en la aplicación de los estándares internacionales vinculados a la debida diligencia reforzada en la investigación, sanción y erradicación de los hechos contra las mujeres que se enmarcan en un contexto de violencia de género.

Al respecto, me he pronunciado en numerosos precedentes en el sentido de que las falencias en los distintos operadores del derecho que redundan en la vulneración de un efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población, implica la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad (conf. «**Concha, Jesús**»).

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que «[e]n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (Corte IDH, **Caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 152**).

De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento, lleven adelante con diligencia y eficacia su tarea, ello con el objeto de dar cumplimiento con las obligaciones del Estado de sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones. Ello con el objeto de brindar a las víctimas una respuesta justa y en un plazo razonable, como también fortalecer la confianza de este sector vulnerable de la población, en las instituciones estatales encargadas de aplicar los estándares que en materia de género imponen los compromisos internacionales en la materia (ver, al respecto, mi voto en los fallos en pleno «**Acuña**» e «**Hisa**» y en el precedente «**Reyes Cortelezzi**», entre otros).

Al respecto, la Comisión Internacional de Derechos Humanos entiende que la aplicación de los estándares del sistema interamericano «[e]xige de los Estados esfuerzos concretos, deliberados e inmediatos para cerrar la brecha entre los compromisos de derechos humanos que han asumido, y la protección plena y real de los derechos humanos» (Comisión IDH, Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 2011-2014, párr. 13).

Conforme con lo expuesto, y de acuerdo a lo que se explicará, estimo que en el presente caso la falta de diligencia de los distintos operadores del derecho que intervinieron en el proceso, constituyó un obstáculo para que C.M.P.A. accediera a la justicia.

Ello, en definitiva, no se condice con los compromisos convencionales asumidos por el Estado, y contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

[b-Cesantía. Interpretación. Suspensión del curso de la prescripción.](#)

b.- Tal como se adelantó al reseñar los agravios casatorios, el núcleo del planteo recursivo gira en torno a la interpretación que el juez de la instancia anterior ha efectuado en relación a la sanción de cesantía impuesta al acusado en sede administrativa, como causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal contenida en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal.

En primer orden, cabe recordar que esta norma establece, en lo que aquí interesa, que «[l]a prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos lo que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público» **(art. 67, segundo párrafo del CP)**.

Esta causal de suspensión implica –como claramente surge del texto legal transcrito– que si un presunto ilícito ha sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, el curso de la prescripción correspondiente a la respectiva acción penal se suspenderá en relación a todas aquellas personas sospechadas de haber intervenido en el hecho investigado mientras cualquiera de ellos que ostente la condición de funcionario público se mantenga en el cargo.

La previsión aludida encuentra fundamento en la necesidad de evitar que la especial posición funcional ocupada por aquella persona investigada por un determinado delito constituya un impedimento para que el proceso penal se desarrolle con normalidad y así ha sido expresado en el debate parlamentario que tuvo lugar en ocasión de discutirse las modificaciones introducidas a la norma de mención por la ley 25.188, denominada de Ética Pública.

En ese sentido, se sostuvo que «[...] la función pública puede actuar como un inhibidor de la persecución judicial en un determinado delito, y que en definitiva éste termine prescribiendo, favoreciéndose de ese modo la impunidad [...]» **(cfr. Ley 25.188, Antecedentes Parlamentarios, La Ley 2000-A, Buenos Aires, pág. 694)**.

En este sentido, este Cuerpo ha sostenido en el **precedente «Mirabile Santillán»** que «[...] lo que motiva la persecución penal no es la condición de funcionario público en sí sino la participación de esa persona en la comisión de un hecho presuntamente ilícito, cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que se derivan del cargo que aquella desempeña, circunstancias que claramente justifican que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido inter tanto el funcionario continúe en ejercicio de su cargo, evitándose así que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que él pueda articular con esa finalidad».

Se sostuvo también en el citado precedente que «[...] la norma bajo análisis no regula una suspensión de la prescripción sine die, sino que dispone que la misma operará mientras el funcionario que haya participado en la comisión de un ilícito continúe desempeñando un cargo público».

Ahora bien, a fin de aplicar de manera adecuada la norma del **art. 67, segundo párrafo, del CP**, y en razón de la función que tenía el acusado al momento del hecho, corresponde acudir a los preceptos de la **ley 6.722, de las policías de la provincia de Mendoza**.

En esta normativa resulta clara la conceptualización de las categorías de cesantía y exoneración los que, en definitiva, constituyen el centro de la controversia. Al respecto, el art. 85 de aquella ley establece que «[l]a cesantía y la exoneración serán sanciones expulsivas e implicarán la pérdida del estado policial y la separación definitiva de las Policías de la Provincia».

De acuerdo con los conceptos expuestos, y contrariamente a lo sostenido por el juez de la instancia previa en sus fundamentos, resulta claro que ambas sanciones resultan ser expulsivas de las fuerzas policiales. En este orden, debe señalarse que el acusado F. P. a partir de la **resolución n° 1.868-S del día 29 de julio del 2016**, que dispuso su cesantía de las fuerzas policiales de la provincia de Mendoza –y de acuerdo con

la naturaleza expulsiva de la sanción ya referida– no continuó en el desempeño de su cargo como funcionario de la Policía de la provincia de Mendoza.

Esta sanción hizo cesar la causa de suspensión de la acción penal prevista en la norma analizada y, con ello, el curso de la prescripción de la acción penal –en atención al máximo de la pena previsto para el tipo penal atribuido (cuatro años)– habría operado en fecha 29 de julio del 2020.

En virtud de las razones antes señaladas, considero que debe anularse la resolución impugnada y remitir los obrados al subrogante legal a fin de que resuelva el planteo formulado por la defensa de J. A. F. P. de acuerdo al criterio aquí desarrollado.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador General, corresponde dar respuesta positiva a la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 204 de autos, debiendo remitir el expediente al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. F. P. y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 204 de estos obrados.
- 2.- Remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de mayo de 2023.- P.). Secretaría, de mayo de 2023.-

23- ORTUBIA. 01-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230601_FcUJL.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 y 141 del CP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Violencia de género.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con privación ilegítima de la libertad en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, art. 55 y art. 141 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Sus agravios: 1- valoración de la prueba 2- determinación de la pena

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2193, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ver «Villegas», «Álvarez Vega», «Donoso», entre muchos otros; específicamente sobre condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y el abordaje del caso en función de su consideración, ver, «Bravo Díaz»
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06944680-3/1((018601-92240)) FC/ URTUBIA JORGE LUIS POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL CON PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (92240) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106189330*

En Mendoza, el día primero del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06944680-3/1 caratulada “F. C/ U., J. L. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL CON PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de J. L. U. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.193, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-92.240/20, a la pena de seis años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con privación ilegítima de la libertad en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, art. 55 y art. 141 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSE V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] el día 7 de diciembre de 2020, a las 2:30 hs., en el domicilio ubicado en ... de ..., J. L. U. previo increpar a la víctima C. S. C., le propinó un golpe en la mejilla del lado izquierdo, la tomó del cabello y la arrojó a la cama. Seguidamente, U. le sacó a la fuerza el pantalón, la insultó y cuando la víctima trató de solicitar ayuda, le dio una piña en el brazo izquierdo, ocasionándole una equimosis de 1 cm. en dicho miembro. Luego, U. le pegó patadas en las piernas, la tomó nuevamente del cabello y la tiró al piso, le dio unas patadas en la cola, la levantó, la subió a la cama, le sacó la bombacha a la fuerza, se le tiró arriba, se bajó el pantalón y la penetró por la vagina, mientras le tapaba la boca para que no gritara. Luego, U. eyaculó sobre el pecho de la víctima. Posteriormente, la víctima trató de salir del domicilio, pero U. se lo impidió porque cerró la puerta y ejerció sobre ella vigilancia continua. Luego, a las 7:30 hs. del día siguiente, la denunciante pudo salir corriendo para pedir auxilio porque aprovechó que el encartado había ido al baño».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones de la víctima C.S.C., de Virginia Cobos –psicóloga de la Subdirección de la mujer, género y diversidad de la municipalidad de Guaymallén–, del licenciado Leandro Silvestre del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), de la médica Andrea Brahim del Cuerpo Médico Forense (CMF), de la licenciada Ana Carolina Cucchi del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EdeAAS), del médico José Profili Suarez del CMF, el informe psicológico del EdeAAS realizado a C.S.C., así como los demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2 del CPP. En este sentido, alega que el juez de la instancia anterior al fundar la responsabilidad del acusado J. L. U. en los hechos atribuidos, hizo un manejo desafortunado de los elementos probatorios incorporados al debate. Asegura que el sentenciante no reparó en los hechos que quedaron probados, los que demuestran que la víctima incurrió en falsedad al brindar su versión de los hechos en debate.

Señala que el juez de sentencia sólo valoró los informes científicos de carácter psicológico, que se practicaron en función de los dichos de la presunta víctima, sin que los profesionales tuvieran la posibilidad de analizar al acusado. Sostiene que se verifica una situación probatoria de equivalencia.

Por un lado, los informes elaborados por el EPI y por el EdeAAS realizados a C.S.C. y, por el otro, el informe psicológico del CMF realizado al acusado, que descarta parámetros de violencia de género en el acusado U..

Entiende que aun dando legitimación científica a las conclusiones de cada grupo de informes, existe una contradicción evidente en un aspecto esencial de las cuestiones que debían ser resueltas.

Destaca que no es posible sostener que el relato de la presunta víctima es creíble y, a la vez, sustentar que el presunto autor de dichas agresiones tiene una personalidad incompatible con el tipo de violencia que la misma manifestó haber sufrido.

Menciona que es grave la situación de contradicción porque la acusación se ha sustentado en conclusiones científicas formuladas en su propio ámbito institucional y que además se anulan unas a otras.

Explica que esta prueba, no sólo no es pericia y carece de rigor científico al proponer conclusiones manifiestamente contradictorias, sino que es producida inaudita parte, sin el control técnico del acusado y consecuentemente en franca vulneración del principio de bilateralidad procesal.

Afirma que se formula un diagnóstico o criterio de peligrosidad, de estructura de la personalidad, del modo de gestión del vínculo de pareja, sin indagar a la persona sobre la cual se dictamina o se formula la conclusión.

Agrega que en el caso del EPI, se construye un diagnóstico de personalidad de un sujeto, sobre los dichos de otra persona.

En el caso del EdeAAS, se atribuye credibilidad a un relato, sin tener en consideración en forma directa, a la persona que se somete o vincula a dicho relato.

Señala que, por el contrario, el informe elaborado por el CMF presupone un contacto directo con el sujeto que se evalúa y sobre el cual se practican en forma directa las operaciones científicas o técnicas, que brindarán la información necesaria al profesional para que pueda formular con un rigor científico aceptable o plausible. Resalta que evidentemente el CMF descartó de plano que U. tenga un perfil psicológico proclive a desarrollar comportamientos sexualmente violentos o abusivos.

En tanto que los otros informes, que suponen una examinación velada del sujeto a conocer, hacen referencia a un perfil de personalidad proclive al comportamiento violento y que, incluso, resulta riesgoso.

Afirma que, como se puede ver, la contradicción es medular y por ello para poder superarla se requería de una nueva prueba que no fue realizada en el marco del debate, aun existiendo esta posibilidad; o bien, justificar de modo acabado por qué razón al tribunal no le resultó creíble lo que señaló la licenciada Mathus, o en todo caso, consideró que se equivocó al formular las conclusiones.

Sostiene que el informe del examen físico realizado a la supuesta víctima, descarta de plano la declaración de la denunciante, por cuanto la médica Brahim descartó cualquier tipo de lesión o indicio físico que fuera revelador de un abuso sexual de la naturaleza del relatado por la presunta víctima.

Aclara que la constatación de una equimosis en el brazo izquierdo, no constituye una circunstancia idónea para asignarle a los dichos de la presunta víctima eficacia conviccional. Considera que dicho informe pudo ser utilizado para superar la contradicción suscitada entre los informes contruidos en base a las ciencias de la psicología y la psiquiatría.

Que el tenor de este informe impide asignar a las conclusiones del EPI y del EdeAAS el valor que se le atribuyó en la sentencia.

Concluye que el decisorio impugnado se aparta de las reglas de la sana crítica y de la experiencia común e implican una valoración deficitaria del material probatorio, ya que para poder construir el discurso decisorio, el sentenciante debió pasar por alto no sólo las conclusiones del CMF en orden psicológico y psiquiátrico, sino también el propio informe físico llevado a cabo sobre la denunciante.

Se trata de pruebas que no pudieron omitirse en el análisis y que siguiendo el método de inclusión de las mismas, en la labor crítica, conduce a formular una decisión diametralmente opuesta a la que se recurre. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador considera que el recurso de la defensa no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

Sostiene que de la atenta escucha y análisis de los fundamentos vertidos por el juez de sentencia se advierte una motivación minuciosa y detallada, abarcativa de todos los aspectos que surgen del plexo probatorio, razón por la cual no puede calificarse de arbitraria.

Señala que la exposición defensiva no alcanza a demostrar la presencia de vicios o defectos en el razonamiento del juez que ameriten la anulación de la sentencia.

En este sentido, refiere que la impugnación consiste principalmente en una discrepancia con la valoración el plexo probatorio que realizó el sentenciante, presentando una nueva valoración de ciertas pruebas en forma aislada, intentando debilitar la fuerza convictiva que surge de un análisis conjunto.

Considera que el testimonio de la víctima fue considerado confiable por especialistas que intervinieron en las entrevistas y tratamiento, destacando los indicadores que daban cuenta de haber sufrido el ataque de índole sexual denunciado.

Respecto del valor que corresponde dar a los informes y pericias practicadas, señala que los profesionales que examinan a la víctima y al imputado, respectivamente, aportan sus conocimientos y dan cuenta de los resultados de las evaluaciones practicadas para que el tribunal desarrolle su tarea, analizando y cotejando dicha información con el resto del material probatorio reunido. En razón de ello, sostiene que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

a.- Previo ingresar al análisis de los elementos de juicio que dieron sustento a la solución condenatoria adoptada por el sentenciante, entiendo necesario destacar que el **análisis integral de todos los elementos existentes**, permiten comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género.

Además, se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres y niñas el testimonio de la víctima constituye un elemento de valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

En este sentido, en numerosos precedentes he destacado que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la valoración de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente «González Sosa», «Scifo Ruffini», entre otros).

A su vez, en el precedente «Alaniz Pineira» señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Señalé también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este orden, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)»(ver, al respecto, «Concha, Jesús»).

b.2.- Del análisis de la sentencia cuestionada y del recurso interpuesto, advierto que en el caso analizado el juez de la instancia anterior valoró la prueba **recolectada siguiendo los estándares internacionales** y regionales referidos y, en esa tarea, consideró como un elemento de juicio relevante el testimonio brindado por C.S.C., en tanto entendió que su relato «[...] tuvo claridad, espontaneidad y contundencia convictiva en los planos objetivos y subjetivos».

También valoró que C.S.C. refirió haber sufrido episodios de violencia hacia su persona por parte del acusado, con anterioridad al hecho objeto del presente proceso, en tanto sostuvo que la víctima «[...] indicó las acciones desplegadas por el imputado, dando cuenta inclusive que desde el mes de mayo (varios meses antes), la celaba excesivamente y le pegaba [...] C. también hizo referencia a una progresión en la naturaleza e intensidad de las situaciones abusivas violentas» (ver, fundamentos p. 3).

Sostuvo también que el testimonio prestado por C.S.C. reunía los criterios de credibilidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, consistentes en; la persistencia en la incriminación; ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre acusado y víctima, que pusieran de relieve un posible móvil espurio o de venganza que pudiera turbar la sinceridad del testimonio; y la verosimilitud del testimonio, corroborado por otros datos objetivos obrantes en el proceso.

En este último aspecto, el sentenciante consideró, en criterio que comparto, que la credibilidad del testimonio de C.S.C. también se sustentaba, en la declaración prestada por Virginia Cobos, profesional que atendió a la víctima en la Subdirección de mujer, género y diversidad de la Municipalidad de Guaymallén.

Destacó que la profesional refirió que C.S.C. presentaba síntomas compatibles con haber vivido un trauma y que, a lo largo de las ocho entrevistas presenciales y cuatro con seguimiento telefónico, pudo verificar otros síntomas compatibles con episodios de abuso.

Agregó que C.S.C. no manipuló la información para poder conseguir algún objetivo, y que el relato fue real y auténtico. Aseguró también que debió contactar preventivamente a una amiga de la víctima para que la controlara, porque temía que se auto lesionara por su delicado estado de salud mental, a consecuencia de la situación de abuso sufrida (ver, p. 4).

Del mismo modo, el sentenciante valoró lo declarado por Leandro Silvestre, profesional del EPI, en tanto sostuvo que al examinar a la víctima, estimó que el riesgo de violencia era alto. También destacó que el testigo describió un marcado cuadro de asimetría, un estatus de poder pronunciado por el hombre respecto a la mujer.

Agregó el profesional la existencia de un historial de violencia física, sexual y psicológica, insultos, descalificaciones, manipulaciones y coacción para mantener la pareja, bajo apercibimiento de suicidio. Asimismo, el juez considero que las licenciadas Marisa Fusari y Ana Carolina Cucchi, ambas profesionales del EdeAAS, declararon en el mismo sentido sobre la credibilidad del testimonio prestado por la víctima C.S.C. Respecto del testimonio de la licenciada Cucchi, destacó que la profesional aclaró que se logró verificar la sintomatología postraumática a consecuencia del hecho vivenciado.

Agregó que hubo una concordancia entre los indicadores del relato y los indicadores de las técnicas proyectivas.

Sostuvo también el juez de la instancia anterior que la información aportada en debate podía complementarse con el informe del EdeAAS en donde se describe «[...] una relación de pareja caracterizada por patrones de comunicación disfuncional, actitudes del autor de constantes celos y control, imponiendo límites en los intercambios de la red social y afectiva de la víctima que, al fracasar implicaron un incremento progresivo de situaciones de violencia en la pareja» (ver, fundamentos p. 5).

Con base principalmente en estas consideraciones el juez de sentencia entendió que «[...] ni la declaración indagatoria brindada [por el acusado] durante la IPP, ni el alegato de la defensa resultan elementos de descargo atendibles, o que al menos, impongan asumir un temperamento de duda, en tanto y en cuanto no resultan elementos que logren desvirtuar el plexo probatorio cargoso» (ver, fundamentos p. 7).

Ahora bien, la defensa frente a los argumentos precedentemente referidos, no ha articulado adecuados argumentos que demuestren qué aspecto del razonamiento del juzgador ha sido arbitrario, por ilógico o por omisión de abordaje de puntos relevantes de la causa.

En efecto, la defensa afirma que la supuesta víctima C.S.C. incurrió en falsedad al momento de declarar en debate. Ello, con base a **dos ejes centrales**.

En primer lugar, cuestiona que el juez de sentencia corroboró la credibilidad del testimonio de C.S.C. sobre la base de los informes del EPI y del EdeAAS. Entiende que las conclusiones a las que arribaron estos profesionales no tienen un rigor científico aceptable o plausible.

Para ello, sostiene que si bien cuentan con la persona a examinar en condiciones de inmediatez (la supuesta víctima), la indagación no tiene por sujeto de conocimiento final y definitivo a la persona sobre la cual se formula la conclusión (el acusado).

Agrega que, por lo contrario, el informe psicológico elaborado por el Cuerpo Médico Forense al acusado U., presupone un contacto directo con el sujeto que se evalúa y sobre el cual se practican en forma directa e inmediata las operaciones científicas o técnicas. Afirma que estas condiciones aseguran conclusiones con rigor científico.

En segundo lugar, sostiene que aun en la hipótesis de considerar válidas las conclusiones de los referidos informes, éstos se contradicen con las conclusiones a las que llegó el CMF mediante el examen psicológico realizado al acusado.

Ello, en tanto se descartó que J. L. U. presentara distorsiones cognitivas que favorezcan la producción de violencia, como así tampoco, un perfil psicológico proclive a desarrollar comportamientos sexualmente abusivos.

Entiende que frente a prueba contradictoria, en todo caso, debió optarse por aquella que supone un examen directo del sujeto de conocimiento, en tanto ello permite tener un conocimiento científico más completo y adecuado. Con respecto al primer cuestionamiento vinculado al valor científico de los informes brindados por el EPI y EdeAAS, entiendo que no puede prosperar. Ello, en tanto –según advierto– las razones brindadas no logran alcanzar el cometido pretendido.

En efecto, y respecto al primero de los informes, debo señalar que en el precedente **«Guzmán Riveira»** sostuve que «[...] la valoración del riesgo de violencia física grave en la pareja y contra mujeres que realiza el EPI, se lleva a cabo inmediatamente de realizada la denuncia con el fin de evaluar el riesgo de violencia física contra mujer y poder disponer de medidas protectoras para hacer cesar la violencia de pareja contra mujeres y prevenirlas a futuro.

Es decir, es un informe psíquico que evalúa el riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital contra mujeres, a través de un procedimiento de evaluación de riesgo de juicio clínico estructurado, técnicas administradas de entrevista psicológica forense semi-estructurada y guías de valoración de riesgo «Escala de predicción de violencia física grave en la pareja revisad (ERV-R), Spousal assault risk assessment guide (SARA)».

Este informe psíquico recaba la mayor información posible sobre diversas circunstancias por la que atraviesan las mujeres en situaciones de violencias y arroja un resultado de riesgo en una escala de alto, moderado o bajo, según los indicadores detectados y evaluados por el equipo profesional interdisciplinario dependiente de la Unidad Fiscal de Violencia de Género del Ministerio Público Fiscal». Estas consideraciones son extensibles al informe realizado por el EdeAAS.

Ello, en tanto la licenciada Cucchi explicó que tuvo cinco entrevistas con la víctima, a las que se le aplicaron técnicas y entrevista psicológica semi-dirigida, «[...] en las que no se habla de cualquier cosa que ella desea, sino que se circunscriben al hecho.

Las técnicas fueron el test de Bender, Pareja y Hombre bajo la lluvia, reuniendo el relato que describe los hechos, altos criterios de credibilidad» (ver, fundamentos p. 5). De tal manera, y según entiendo, no se advierte la ausencia de rigor científico que le atribuye a dichos exámenes cuestionados.

Por otra parte, cabe tener presente que los informes cuestionados fueron incorporados al debate con la conformidad de las partes.

Es decir, la entonces defensa del acusado U. no cuestionó su validez en el momento procesal oportuno.

En otro orden, tampoco puede prosperar el segundo planteo de la defensa, vinculado con las supuestas conclusiones contradictorias entre los exámenes psicológicos y psiquiátricos realizados a la víctima y al acusado y, como consecuencia de ello, la pretendida equivalencia probatoria que, según la defensa, debió favorecer al acusado.

En primer lugar, y como fue analizado, el juez de la instancia anterior consideró la responsabilidad del acusado por los hechos atribuidos sobre la base de una valoración integral del acerbo probatorio y con la necesaria perspectiva de género que la temática impone, conforme a los compromisos convencionales asumidos por el Estado.

En segundo lugar, entiendo que la interpretación que realiza la defensa sobre las conclusiones del informe psicológico realizado a U., no se condicen con lo declarado por el médico Profili –profesional del CMF que intervino en el referido informe–, como así tampoco tiene la relevancia probatoria que pretende el censurante.

Al respecto, y como lo sostuvo el juez de sentencia en sus fundamentos, el médico Profili aclaró que, más allá de las conclusiones del informe psicológico realizado al acusado, se sugirió a U. tratamiento psicológico debido a la disfuncionalidad de los rasgos de personalidad.

Ello, por cuanto en la entrevista apareció una cuestión de disfuncionalidad en el ámbito puntual de la pareja y que para individualizar las razones se requería un abordaje interdisciplinario. Sostuvo el sentenciante al respecto que al ratificar el informe de la licenciada Mathus, explicó las diferencias en los trabajos de exámenes entre violencia de género y aquellas cuestiones relativas al abuso sexual.

Precisó el profesional que el acusado «[...] no ejerce violencia hacia una mujer por una situación propia de sometimiento hacia ella, sino que se trata de un tipo de violencia que obedece a una particularidad de la relación de pareja» (ver , p. 6).

Agregó el juez, que frente al examen de la parte querellante, el profesional aclaró que «no hay perfil criminal asociado a este tipo de delitos, de manera que cualquier persona puede cometer este tipo de delitos, y es el caso de U.» (ver, p. 6 y registros audiovisuales del día 10/06/22, a partir del minuto 5:18).

En este sentido, en el **precedente «González Pringles»** me he pronunciado sobre los conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual.

Señalé en tal oportunidad, que entre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos comenten este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que pueden restringir los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconcepciones ni estereotipos discriminatorios. Con base a lo expuesto, y como adelantara, corresponde desestimar los agravios tratados, en tanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

Del mismo modo, entiendo que no puede prosperar en esta instancia el agravio vinculado con que el informe físico del CMF realizado a la víctima C.S.C., en tanto sólo se le constató una equimosis de un centímetro en el brazo izquierdo. Esto, por cuanto esa lesión carecería de relevancia probatoria, por resultar incompatible con la modalidad violenta del abuso descrito por la víctima.

En efecto, contrariamente a lo sugerido por la defensa, las lesiones constatadas se condicen con los hechos descritos por la víctima, en tanto sostuvo que el acusado le pegó una «piña» en el brazo izquierdo.

Si bien la defensa pretende sostener su postura alegando que la C.S.C. debió tener mayor cantidad de lesiones por la violencia que habría desplegado U. hacia ella previo a perpetrar el abuso, lo cierto es que tal razonamiento prescinde de los demás elementos ya analizados.

Es decir, no se advierte la trascendencia del planteo de la defensa frente a la relevancia de los elementos de juicio periféricos que le otorgan credibilidad al testimonio de la víctima C.S.C.

En definitiva, con base en las razones expuestas, considero que la valoración probatoria realizada por el juez de la instancia anterior se corresponde con el método de abordaje que reclama este género de conductas delictivas, donde resulta un elemento fundamental para la acreditación de los hechos la declaración de la víctima.

A ello, debe sumarse, en el caso en análisis, la existencia de elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros. En función de ello, entiendo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. L. U..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, 01 de junio de 2023.-

24- YERKIN. 12-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc.	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcYBS.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en fc. del 4° párrafo inc. b) y 5° párrafo; 26, 40; 41 del CP. Arts. 700 y 700 bis inciso c) del CCyCN

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual simple agravado. Ascendiente. Vínculo. Guarda. Privación de la responsabilidad parental del acusado respecto de la niña.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional**, como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo y por la guarda (arts. 119 inc. 1° en función del 119, cuarto párrafo inc. b); 26; 29 inc. 3°; 40; 41 del CP y ss.; 557 y 558 del CPP).

Asimismo, la sentencia le impone reglas de conducta por un plazo de dos años a partir de quedar firme la resolución y ordena la privación de la responsabilidad parental del acusado respecto de la niña SFY (arts. 700 y 700 bis inciso c) del CCyCN

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2539, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
-

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. (Licencia) Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06833918-3/1((038601-770609)) F C/ YERKIN BACARAT SERGIO FERNANDO P/ ABUSO SEXUAL (770609) (770609/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106085377*

Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06833918-3/1 caratulada “F. c/ Y. B., S. F. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y LA GUARDA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de S. F. Y. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.539 y sus fundamentos, en cuanto lo condena a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo y por la guarda en la causa N° P770.609/19 (arts. 119 inc. 1° en función del 119, cuarto párrafo inc. b); 26; 29 inc. 3°; 40; 41 del CP y ss.; 557 y 558 del CPP), dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial. Asimismo, la sentencia le impone reglas de conducta por un plazo de dos años a partir de quedar firme la resolución y ordena la privación de la responsabilidad parental del acusado respecto de la niña SFY (arts. 700 y 700 bis inciso c) del CCyCN.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado el siguiente hecho motivo de acusación: «[...] el día 6 de noviembre de 2019, sin poder precisar el horario, mientras la víctima SFY se encontraba bañándose en el domicilio de su padre S. F. Y., sito en Barrio [...] de Junín, éste entró al baño de la vivienda y le tocó la vagina y la cola [...]» (ver registro audiovisual de fecha 17 de noviembre de 2021, a partir del minuto 14:05).

Para así decidir, el tribunal de la instancia anterior valoró las pruebas instrumentales y testimoniales recibidas en la audiencia, tales como declaraciones de SFY, de su progenitora y profesionales de la salud que elaboraron informes psíquicos de la niña y del acusado, entre otras (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, a partir del minuto 03:37).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Y. B. interpone recurso de casación contra la sentencia mencionada por entender que se ha vulnerado el inc. 2° del art. 474 del CPP, al realizar una valoración parcial de la prueba y desconocer la presunción de inocencia establecida en el art.18 de la Constitución Nacional.

Se agravia porque en el examen psicológico de su asistido –realizado por la Lic. Ayala y obrante a fs. 617/618 de autos– el tribunal de la instancia previa no valoró la parte que lo favorece en cuanto no presentaba dificultad en la esfera sexual, tenía control de sus frenos inhibitorios, capacidad de comprensión, discriminación, abstracción y análisis y no presentaba riesgo para sí mismo o terceros. Cuestiona también la valoración del examen psíquico efectuado por la Dra. Sonia Mónica González de fs.

235, porque en la sentencia no se dice nada en relación a que su defendido tolera la frustración, no sufre descontrol emocional, internalizó pautas culturales en orden al comportamiento sexual, no es peligroso, no denota sentimientos de venganza.

Esgrime que al valorarse en la sentencia el testimonio de la licenciada Arancibia Nery no se tuvo en cuenta su escasa experiencia profesional en temas sexuales, y que en el expediente N° P-38069/19 el Fiscal solicitó compulsas por falso testimonio que fue rechazado. Señala que la profesional dijo que la niña no quería revincularse con el padre, en contra de lo manifestado por profesionales de la Fundación Accionar. Se agravia también porque el tribunal le asignó credibilidad al testimonio de L. –madre de SFY– sin tener en cuenta sus actitudes obstruccionistas en el proceso de revinculación con el padre y por el que se la condenó.

Relacionado con ello, la defensa expresa que está en desacuerdo con el tribunal de la instancia anterior en cuanto afirmó con desconocimiento de las profesionales de la Fundación Accionar- que la homologación del acuerdo firmado en el tribunal de familia fue en un contexto de violencia de género y de maltrato infantil.

Expresa que en la sentencia se desconoció el «síndrome de alienación parental SAP» informado en el examen psicológico efectuada a SFY en el expediente N° P-149.442/17, para restarle valor probatorio a exámenes psíquicos en los que se hace referencia. Indica que la niña le habría contado a su tía lo que le pasó el día 6 de noviembre de 2019, pero que la tía afirmó que se enteró por la Lic. Arancibia Nery varios días después.

Por último, expresa que el fiscal en el alegato sostuvo que tenía dudas que no fuera estructurado el relato de SFY en la entrevista en Cámara Gesell, porque la Lic. Merlo –perito de la defensa– expuso que no había resonancia emocional y que difería de los puntos 1 y 3 de las conclusiones del EDeAAS, y no obstante ello, en la sentencia se sostuvo que el relato fue categórico, preciso, consistente, coherente. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General afirma que si bien el recurso de casación es admisible formalmente, corresponde rechazar las pretensiones defensivas.

En tal sentido, sostiene que en casos de abusos sexuales que ocurren en contextos familiares la valoración de la prueba es más amplia que en los delitos comunes, y el testimonio de la víctima y los informes psicológicos cobran un valor esencial para constatar si el relato es creíble o fabulatorio.

Afirma que el tribunal de la instancia previa aplicó la normativa convencional y legal y valoró las pruebas a partir de una perspectiva de género, y llegó a la conclusión que era creíble el testimonio de L. por su coherencia y consistencia a través de los años, por cuanto consultó en primer lugar a un psicopedagogo que la derivó a la Lic. Santarelli y que la niña tuvo que abandonar la terapia a raíz de actitudes amenazantes de Y. Agrega que existen dos denuncias por abuso sexual contra Y., una en el año 2017 y la presente causa del año 2019, lo que denota la coherencia de L. con respecto a la defensa y protección de su hija, como también, su presencia en distintos escenarios institucionales en busca de protección para su hija, conforme prueba acompañada.

En cambio, Y. con su conducta ha demostrado hostilidad hacia esos valores y negación de los mismos con descalificación constante de la progenitora de la niña.

Expone que coincide con la aseveración del tribunal de la instancia anterior en cuanto la revinculación se ordenó en el marco de la violencia de género y maltrato infantil, y con la existencia de una causa penal por abuso sexual abierta, por lo que el Juzgado de Familia no debió autorizar la medida de revinculación.

Señala que el tribunal interviniente analizó la falta de valor probatorio del síndrome de alienación parental (SAP), en base a argumentos científicos y normas constitucionales y convencionales sobre violencia de género y maltrato infantil.

Expresa que en la sentencia se dieron razones suficientes del valor atribuido al proceso terapéutico realizado a la niña por la Lic. Arancibia, y en cuanto a los informes del Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) de Junín de los que surgió un relato claro atravesado por sintomatología de maltrato y abuso sexual.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado considero que se impone su rechazo. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

De conformidad con el hecho contenido en la acusación y el delito penal por el que fue condenado el acusado procederé a la revisión de los agravios a partir de la aplicación del marco normativo internacional y nacional de protección de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales en contexto familiar, establecido en anteriores precedentes que se sustentaron en jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) basada en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– entre otras (véase, por ejemplo, «Paz Parra», «Agüero Pérez», «Tapia Castillo», «Baltazar Cruz», entre otros).

De modo entonces que el análisis de las argumentaciones defensivas se canalizarán a fin de resolver si la sentencia en crisis, al juzgar el hecho contenido en la acusación, cumplió o no con el deber de debida diligencia reforzada y medidas integrales de protección especial en procesos penales por violencia sexual en perjuicio de la niña SFY y el deber de no revictimización institucional (cfr. **Corte IDH. «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua». Sentencia de 8 de marzo de 2018** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 139 y 153).

Ello, con el resguardo del principio de inocencia en juicio del acusado y sin perder de vista que el hecho aconteció en un contexto familiar y en una relación asimétrica y desigual de poder etaria y de género, como expondré seguidamente.

Ello así, en cuanto en el fallo de la Corte IDH citado se subraya la aplicación de los estándares internacionales en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, y en particular, «de un enfoque interseccional por la condición de género y la edad en situaciones de niñas víctimas de violencia sexual en contexto familiar» (párrafos 154/155). Se destaca también, que las medidas de protección especial en la esfera familiar se sustentan en la condición de vulnerabilidad por la edad y en factores de discriminación histórica, de las que derivan –conforme el art. 19 de la Convención Americana– «[...] garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto» (párrafos 156 y 158).

De ahí que el deber de debida diligencia reforzada y el derecho de acceso a la justicia a la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales, no se cumplen solo con la admisión de la denuncia, sino que implica también la participación activa, el derecho a ser oída/o «[...] con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez» (**Corte IDH. «Caso**

V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua». Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161).

Esto, porque la violencia sexual en niñas, niños y adolescentes, «[...] es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas» (párr. 163; cfr. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255**).

Ahora bien, de una recapitulación de los agravios esgrimidos por la defensa, advierto que confluyen a restarle credibilidad al relato de SFY, con sustento en el alegato fiscal y éste, a su vez, en la apreciación de la Lic. Merlo –perito de control de la defensa– de los puntos 1 y 3 de las conclusiones del informe psíquico final presentado por las profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS), y argumentaciones de la teoría del «síndrome de alienación parental (SAP)». Veamos.

a.- En primer lugar, procederé a la **revisión de la valoración del relato de la niña** SFY realizada por el tribunal de la instancia previa. En este análisis, en la sentencia se afirmó que la agresión sexual a SFY –ocurrida a los nueve años de edad– presupone la aplicación de un enfoque de género e interseccionalidad, la aplicación de los **casos «Maza» y «Zurita»** de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia –entre otros–, y el deber de diligencia con la aplicación de principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño de no discriminación, interés superior de la niña, respeto a la vida y a su desarrollo (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 03:57).

Asimismo, el tribunal de la instancia anterior analizó las vivencias de SFY en relación con su progenitor –el acusado– con sustento en las declaraciones de la Lic. María Agustina Arancibia Nery, profesional especialista en abuso sexual infantil que llevó a cabo un proceso terapéutico a la niña de tres meses de duración aproximadamente.

En tal sentido, se ponderó creíble el relato de SFY en base a indicadores que surgieron de hechos de violencia, amenazas y cosas malas que el acusado le decía a SFY respecto de su progenitora y de su familia –tía y abuela– durante el proceso de revinculación judicial.

Se destacó que el relato de SFY fue espontáneo porque provino de un vínculo de confianza con la profesional que la atendió en el proceso terapéutico mediante técnicas específicas –como por ejemplo, la técnica del juego– y de la valoración integrada con las pruebas psíquicas de Y. realizadas por la Lic. Natalia Ayala y la psiquiatra Mónica González Ferriz –profesionales del Cuerpo Médico Forense (CMF)– (registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 18.24).

También se hizo referencia en la sentencia a los indicadores específicos e inespecíficos de abuso sexual que surgieron de los informes psíquicos y declaraciones de la Lic. Arancibia –fs. 15; fs. 68/70; fs. 9 del principal y fs. 224 del Expte. 48.403–.

Al respecto, se explicitó en cuanto a los indicadores específicos –el relato de la niña– que la profesional declaró que durante el proceso terapéutico SFY le detalló en un momento de ansiedad y angustia cómo ocurrió el abuso sexual –revelación del hecho de violencia sexual–: mientras estaba con su progenitor en su casa él la obligó a bañarse y cuando estaba desnuda en el baño, su padre abrió la puerta del baño, corrió la cortina y empezó a tocarla en las partes íntimas de abajo, «en la vagina, en la cola y en las tetitas» (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 31:20; declaración testimonial de fecha 14 de noviembre de 2019 agregada a fs. 15/16 vta. en Expte. P-770.609/19).

Además, se expuso que la profesional informó entre los indicadores inespecíficos la presencia de sintomatología de ansiedad, angustia, impulsividad, pesadillas posteriores al día 6 de noviembre de 2019, insomnios, recurrentes dolores de cabeza y amenazas que Y. le profirió a la niña, por ejemplo, que «iba a violar a su mamá y a matar al Fabián» –pareja de su progenitora– (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 33:45).

En la sentencia también se subrayó que la Lic. Arancibia intervino dentro de los estándares éticos profesionales y en cumplimiento del interés superior del niño –arts. 3, 9, 22 y 30 de la ley 26.061– al comunicarse con la Dra. Virginia Pantone –coordinadora del PPMI Junín– después de la revelación del hecho de abuso sexual por parte de SFY; al presentar un informe al Equipo Técnico e Interdisciplinario de Junín y al poner el hecho de abuso en conocimiento de M. L. –madre de la niña– para que procediera a realizar la denuncia correspondiente (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir de minuto 37:40; informe de la Lic. Arancibia Nery de fecha 12 de noviembre de 2019 y su declaración testimonial de fecha 19 de noviembre de 2019 del Expte. P-770.609/19 incorporadas en la audiencia).

En efecto, de la revisión de las constancias de los registros audiovisuales de la audiencia, advierto que la Lic. María Agustina Arancibia Nery declaró que la niña tenía un psiquismo frágil postraumático por situaciones familiares que había vivido, que utilizó técnicas proyectivas para el diagnóstico donde observó indicadores de ansiedad, de mucha angustia, impulsividad esperable, técnicas con el juego que tienen estructuras discursivas analíticas, porque niños y niñas son sujetos de experiencias más que de palabras, y por eso el juego fue importante sobre todo en SFY debido a las situaciones traumáticas y defensivas que se desplegaron a través del juego.

Explicó la profesional que a través de un juego de las escondidas detrás de un sillón observó una conducta defensiva de la niña en una instancia donde transitaba un proceso de revinculación que le desencadenaba sintomatología orgánica secundaria, como por ejemplo, dolores de cabeza, dolores estomacales, que siempre acompañaba y eran contemporáneos al proceso de revinculación (ver registro audiovisual de fecha 19 de noviembre de 2021, a partir de minuto 04:35 hasta 10:13).

Agregó la testigo que la técnica del juego tenía que ver con las vivencias internas de la niña en una situación que ella se sentía amenazada, desprotegida, vulnerable, con cuestiones vinculadas con su progenitor.

Afirmó que arribó «a un diagnóstico de abuso», que la niña quedó atrapada en una situación de vulneración sexual y que observó el síndrome de acomodación que es bastante característico en estas situaciones de vulneraciones graves en las que si bien niños y niñas desde el aspecto social no presentan características significativas llamativas, ese síndrome aparece después de un tiempo de maltrato y vulneraciones.

Manifestó que a partir que tomó conocimiento del abuso activó el protocolo de protección a través de una denuncia, porque entendió que se trataba de un delito de abuso sexual que requiere de un abordaje interdisciplinario, interinstitucional e intersectorial y realizó la derivación al PPMI que trabaja con las problemáticas de abuso (desde minuto 11:37 hasta 14:40).

Declaró que la niña siempre venía a la consulta semanal, nunca faltaba, que ese día la niña pidió ir al baño y cuando ella fue a buscar la llave para habilitarlo se había escondido nuevamente, le preguntó si sentía que debía ser protegida y le respondió que sí, y en relación con ello enfatizó: «cuando un niño o niña habla de una situación de abuso no lo hace con cualquier persona, lo hace con esa persona que entiende que puede tomar lo que va a decir» (ver registro citado, desde minuto 16:02 hasta minuto 17:48).

Además, en la audiencia la Lic. Arancibia Nery aclaró que se trataba de una situación de abuso sexual intrafamiliar de una complejidad mayor para quien tenía que develarlo, porque se trataba de su progenitor, no de otra persona, ni de un desconocido o alguien que pasó por la calle, sino que existía un vínculo tanto por la relación de parentesco como por el psiquismo donde en el entramado alguien entró como hija y alguien como padre (ver registro audiovisual de fecha 19 de noviembre de 2021, a partir del minuto 17:48 hasta 18:33).

En cuanto al momento de la develación del abuso, la Lic. Arancibia Nery refirió que SFY salió detrás del sillón donde se había escondido, y llorando y angustiada le relató que había sido abusada, que al principio le costaba hablar un poco, que tomó un fibrón negro y empezó a rayar una hoja hasta que le dijo que había estado con su progenitor en la casa de él, que le había dicho que se bañara, que ella no quería bañarse, que la obligó a bañarse y que cuando se estaba bañando entró al baño y la empezó a mirar y que habló de situaciones de tocamientos.

La profesional aclaró que la niña empezó a romper la hoja mientras relataba el hecho llorando, «con toda una resonancia orgánica correlativa al relato que estaba haciendo, porque estaba muy atravesada por la angustia» (ver registro audiovisual de fecha 19 de noviembre de 2021, a partir del minuto 19:00 hasta minuto 21:58). Señaló también que hasta ese momento había realizado más de diez entrevistas con la niña.

Cabe destacar que durante la audiencia, la Lic. Arancibia Nery declaró con claridad que el relato de SFY era un indicador altamente específico y que era creíble. No obstante, el fiscal le preguntó si era una opinión «personal» y la Lic. Arancibia le respondió que era una opinión «profesional claramente», y le explicó al fiscal que dentro de las situaciones de abuso.

Específicamente, dijo que habían indicadores específicos e inespecíficos que acompañan un diagnóstico de abuso, que «en S habían muchos indicadores de abuso sexual» y nuevamente los mencionó: angustia, ansiedad, impulsividad, agresividad, sintomatología orgánica secundaria, pensamientos intrusivos de recordar situaciones de vulneración –flashback o fenómenos postraumáticos– desorganización del pensamiento con relación al entramado del abuso, añadidos a indicadores altamente específicos como el relato, masturbaciones frecuentes y precoces, conocimiento y lenguaje sexualizado no acorde a la edad de la niña, picazón en la zona vaginal y genitales, (ver registro audiovisual de fecha 19 de noviembre de 2021, desde minuto 26 a 29:15).

Luego el fiscal le preguntó nuevamente cuáles eran los indicios o indicadores de abuso sexual y la Lic. Arancibia Nery respondió nuevamente que era «el relato, las conductas masturbatorias, precoces, picazones en las zonas genitales de manera más compulsiva, la angustia, la ansiedad, la impulsividad, el rendimiento académico, la sintomatología orgánica secundaria recurrente desencadenada por una causa psíquica -dolores estomacales y de cabeza-» (ver registro citado, a partir de minuto 29:44 hasta 31:12).

También agregó «enuresis y terrores nocturnos, pesadillas» (ver registro citado, a partir de minuto 53:12). Aclaró la Lic. Arancibia Nery que había realizado un diagnóstico de proceso –no una pericia donde se hace un recorte– y de ahí la importancia de la articulación con otras instituciones, como también que SFY tenía conocimiento que su padre trabajaba en el Poder Judicial y todo lo que tenía que ver con este ámbito le representaba una situación de amenaza y desprotección, por lo que si una Cámara Gesell es difícil para una víctima de abuso, en la singularidad de SFY representaba al progenitor a quien la vulneraba y era una situación amenazante para su psiquismo (ver registro citado, a partir de minuto 38:33 a 42:16).

En atención a ello, considero que en los segmentos señalados de la sentencia se valoró tanto el informe y declaración de la Lic. Arancibia Nery como el resto de pruebas incorporadas al debate, según estándares

probatorios en materia de abusos sexuales de la niñez para sustentar la credibilidad del relato de SFY, como expondré seguidamente.

b.- Ahora bien, la defensa técnica cuestiona también la valoración realizada en la sentencia del relato de SFY con apoyo en el alegato del Ministerio Público Fiscal que le **restó credibilidad en base a un contexto de revinculación y argumentos del síndrome de alienación parental (SAP)**.

Sobre el particular, el tribunal de la instancia previa expuso que el contexto en que ocurrió el hecho que se investigaba era un ámbito familiar de violencia de género y maltrato infantil en el que se encontraban inmersas M. L. y SFY, que Y. estaba posicionado como rival en el conflicto y sospechado de abuso sexual contra su hija porque había una causa penal abierta, por lo que la medida de revinculación era inaceptable jurídicamente por ser violatoria de los derechos humanos de la niña y de su progenitora.

Agregó que lo afirmado se comprobó posteriormente, por medio de indicadores específicos e inespecíficos de violencia psicológica y sexual durante el proceso terapéutico que realizó SFY con la Lic. Arancibia en cuanto a la situación de vulnerabilidad de la niña, las amenazas que recibía por parte de su progenitor y sintomatología mencionada por la profesional de la salud mencionada (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, III video, a partir del minuto 02:38 y registro citado, IV video, a partir de minuto 00:35). Explicó –con cita de la experta en género y en abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes Eva Giberti– que los procesos revinculatorios no deben ordenarse por imposición institucional sino entre dos personas deseantes que quieran tener una acción recíproca y estar juntas, pues, «la imposición de mediaciones al margen de la ley y de contactos obligatorios con los niños y niñas para mantener vínculos parentales generan víctimas» (ver registro audiovisual citado, IV video, a partir del minuto 02:54).

Asimismo, el tribunal de la instancia anterior argumentó que era inaceptable la revinculación en tanto fue forzada y se basó en el «síndrome de alienación parental (SAP)» atribuido a Marina L. en la resolución de fecha 27 de junio de 2019 del Juzgado de Familia en Expte. 48.403/17 y el examen psíquico basada en el SAP (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 06:04). Vinculado a ello se expuso en la sentencia: «el SAP es una teoría ideada por un médico estadounidense sexista, pedófilo y misógino que es Richard Gardner, coincidimos así con la licenciada Eva Giberti al considerar de este modo al promotor del SAP [...]. Gardner consideraba el incesto y la pedofilia como benignos, como conductas no abusivas, y defendía la pedofilia como un modo de orientación sexual posible [...] uno de los efectos de la misoginia es el éxito que obtiene entre jueces y determinados profesionales del derecho y de la psicología para la revinculación y regímenes de visitas de niños víctimas de abusos con sus progenitores y familiares cercanos a pesar de la resistencia de las víctimas -esto lo dice Giberti-.

Los argumentos que Gardner esgrimía afirmaban que los hijos de matrimonios que cursaban juicios de divorcio padecían [...]«el lavado del cerebro» por parte de las madres y negaba toda clase de abuso por parte del padre, su prédica [...] adquirió vigencia no solo en Argentina, también en Gran Bretaña, Canadá y España donde se formaron grupos de padres comprometidos con las denuncias de las madres que pretendieron y pretenden mantener vínculos cercanos con los hijos a pesar de las evidencias periciales que advierten acerca del abuso padecido y a pesar de la resistencia de los niños [...].

De esta lectura se desprende, que tanto la motivación del autor de esta tesis, como la ideología que la sustenta, es un obstáculo insalvable para quien [...] aspire a ajustar su praxis jurídica y axiológica al marco constitucional y convencional ya indicado y a los principios que rigen la debida diligencia, incluidos los

derechos y garantías consagrados en la ley de salud mental 26.657» (ver registro citado, IV video, a partir del minuto 11:30 al minuto 15:02).

También se explicó en la sentencia que el SAP ha sido cuestionado científicamente por instituciones médicas y de psicólogos y por jurisprudencia que se pronunció en contra de la validez de esta teoría (ver registro citado, a partir del minuto 15:03). En cuanto a la resolución judicial dictada por el fuero de familia que dispuso la revinculación, la Lic. Romano en la audiencia declaró que la medida judicial fue promovida por la fundación Accionar –organismo de la sociedad civil que era convocado por ámbitos judiciales para realizar revinculaciones– y que cuando SFY fue derivada al PPMI de Junín, del diagnóstico realizado por el equipo interdisciplinario surgió que atravesaba una situación de revictimización institucional, que se manifestó en sintomatologías debido a su tránsito por diversas instituciones judiciales y del ejecutivo a raíz del abuso que ya la había victimizado.

Relacionado con esto, la Lic. Romano enfatizó que SFY desde la primera entrevista manifestó –con mucho enojo con los adultos por obligarla a la revinculación– su deseo de no participar de ninguna instancia de revinculación, y que fue por ello que solicitaron la prohibición de acercamiento, la que no se administró hasta un año después (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir del minuto 14:56).

Al respecto, téngase presente estándares específicos en materia de violencia sexual y deber reforzado de investigar estatal establecidos por la Corte IDH a saber: i) «[e]n casos de violencia sexual debe garantizarse la seguridad del niño, niña o adolescente, para que pueda ser escuchado en un ambiente que no se intimidante»; ii) «[t]odas las actuaciones relacionadas con la investigación de esta clase de delitos requieren el consentimiento informado de las víctimas, a quienes no podrá obligárseles a practicarse exámenes o participar de procedimientos que la revictimicen»; iii) «[e]l testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas es crucial, dado que estas conductas se caracterizan por la privacidad en que son realizadas»; iv) «[s]e debe garantizar la confidencialidad y privacidad de la información»; v) «[e]n materia de reparaciones para estos casos, la Corte ha ordenado a los Estados no sólo corregir el rumbo de algunas investigaciones, sino que resulta indispensable el proporcionar una adecuada atención en salud, tanto física como psicológica» (**Corte Interamericana de Derechos Humanos y Fondo las Naciones Unidas para la Infancia. Violencias contra niñas, niños y adolescentes en América Latina y el Caribe. San José, C.R.: Corte IDH, 2019, p. 33**).

En lo relativo a la teoría del SAP, en lo que aquí interesa, haré las siguientes apreciaciones. El psiquiatra norteamericano Richard Gardner lo definió como un «trastorno» que se presentaba en niños y niñas en contextos de disputas por la guarda y custodia en procesos de separación y divorcios, mediante manipulaciones de uno/a de los/las progenitores para denigrar al otro/a progenitor/a.

Si bien los sectores clínicos, sociales y judiciales están divididos en cuanto a su aceptación, hay que señalar que entre los organismos internacionales de derechos humanos se explica que no fue reconocido como un «trastorno de relación» en el DSM-IV de la Asociación Americana de Psiquiatría para ser catalogado ni por la Organización Mundial de la Salud, y que Gardner con esta teoría promueve el abuso de menores en violación a los derechos humanos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, y pretende la culpabilización de las mujeres a partir de una posición patriarcal y machista (Ruíz Carbonell, R. «La llamada alienación parental: La experiencia en España». En: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Alienación Parental. 2011. México. pp. 119-143).

En el mismo sentido, se sostiene que no es reconocido ni avalado en el Manual Diagnóstico y Estadístico de las Enfermedades Mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana (DSM-IV) ni en la Clasificación

Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-10), y que su utilización es impulsada por un movimiento conocido como Backlash, que se opone a la perspectiva de género y a los derechos humanos. (Miranda, C. «Síndrome de alienación parental: Aportes para la reflexión». En: **Comisión Nacional de Derechos Humanos, Alienación Parental. 2011. México. pp. 211- 220).**

Es así que Ruiz Carbonell en primer lugar propone escuchar a niñas, niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales, y no partir de la premisa que el rechazo es motivado por las madres, ya que ello conlleva discriminación directa por razón de género porque la violencia doméstica se origina en la desigualdad de poderes y el sexismo, y como regla general no debe culpabilizarse a las progenitoras de manipulaciones y predisposiciones de su descendencia contra sus progenitores (autor y ob. cit., pp. 139/140).

De modo entonces que como las pruebas recibidas en la audiencia deben valorarse a partir de la sana crítica racional con perspectiva de género e interseccionalidad y a la luz de los estándares mencionados, también los informes psíquicos y declaraciones de profesionales de la salud que los realizaron deben ser atravesados por esta metodología de análisis valorativo.

Entiendo importante mencionar también aportes doctrinarios relativos al momento del develamiento de los hechos de abusos sexuales en menores de edad, para un mayor entendimiento de la situación y relato de SFY según las pruebas referidas.

En tal sentido se explica que al hablar del relato de víctimas de abuso sexual, también hay que analizar el «silencio» para comprender la capacidad discursiva de la víctima y el momento de su develamiento, y entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza y el riesgo por el estado de vulnerabilidad, entre otros (Ulf Christian Eiras Nordenstahl. **¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica).**

Pues, los abusos sexuales perpetrados en contextos familiares tienden a mantenerse en secreto, de ahí que pueda salir a la luz de una forma accidental cuando la víctima puede revelar lo sucedido (E. Echeburúa Odriozola y C. Guerraechevarría. «Especial consideración de algunos ámbitos de victimización: Abusos sexuales de menores». En: E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Coords.), **Manual de Victimología, 2006. pp. 131/132. Valencia: Tirant Lo Blanch).**

De la revisión de los segmentos de la sentencia aludidos, advierto que el tribunal de la instancia anterior no se apartó de la sana crítica racional ni estándares internacionales en materia de niñez, en razón que de la ponderación de las pruebas psíquicas del acusado, de la niña y de la declaración de su progenitora y profesionales de la salud y de trabajo social especialistas en abusos sexuales, demostró a mi entender, la existencia del hecho de abuso sexual que se investigaba y un trato de violencia de Y. basado en una relación asimétrica y desigual de poder sobre la niña. En efecto, observo que en la sentencia también se efectuó una ponderación del momento del relato de la develación del abuso sexual ocurrido el día 6 de noviembre de 2019, no solo con sustento en informes y declaraciones de la Lic. Arancibia, sino también con el testimonio de M. L. y los informes correspondiente a la intervención realizada por el PPMI del departamento de Junín durante los meses de diciembre de 2019 a marzo de 2020, entre los cuales se destacaron dos informes (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 40:35).

En cuanto al informe del 15 de enero del 2020 –fs. 570/571– se señaló que el PPMI consignó: «se visualiza sintomatología de salud mental que incluye erotización, relato de situaciones específicas, impulsividad, entre otras, coincidente con lo mencionado en el informe de derivación recibido por parte de la Lic. Arancibia [...] se evidencia un discurso claro sin impresionar influencia adulta en la elaboración del mismo, pero fuertemente atravesado por la historia de conflictiva entre los adultos y vivencias negativas en la

vinculación con su padre [...] se evidencia la existencia de sintomatología de salud mental que remite a vivencia de episodios de maltrato y abuso sexual.

En igual sentido, se señaló que en el informe del 28 de mayo de 2020 – fs. 569 vta– se hizo referencia nuevamente a que S presentaba «sintomatología compatible con vivencias de maltrato y abuso sexual» (registro citado, a partir del minuto 41:24 a minuto 42:46).

Asimismo, en cuanto a las entrevistas llevadas a cabo por la profesional del EDeAAS, Lic. Yamila Díaz en Cámara Gesell, se afirmó en la sentencia que SFY habló nuevamente sobre el hecho abusivo que sufrió, fue un relato preciso, detallado, categórico, consistente, espontáneo, coherente y contextualizado, con interacciones con su progenitor y referencia al tocamiento por parte del mismo (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 42:53).

Expuso el tribunal de la instancia previa: «[...] cuando estaba en la casa de su papá, un día miércoles -el día del ensayo en la escuela- ella tenía nueve años y tenía que estar con él por la revinculación, fue preciso porque detalló cómo sucedió, él -el Sr. Y.- le dijo que tenía que bañarse - esta es la voz de S- y cuando se estaba bañando desnuda él abrió la puerta del baño como así nomás corrió la cortina y empezó a tocarle las partes íntimas, la tocó con la mano pasándosela por sus partes íntimas -esto es lo que se ve en la Cámara Gesell, es decir, la niña nos muestra pasando una mano suya por el dorso de la otra como frotándosela-, la ducha es pequeña dijo S y esto sucedió estando parados, él estaba en calzoncillos, fue detallista este relato porque dijo cuándo, cómo y dónde, en qué parte de su cuerpo la tocó, la tocó en la cola, la tocó en parte de abajo pero de adelante y en la parte de arriba de adelante haciendo un gesto hacia su pecho.

Fue un relato descriptivo de experiencias subjetivas, cuando su papá la tocó -dijo S- tenía ganas de llorar pero no solté una lágrima, dijo que su progenitor la había tocado muchas veces pero que ésta fue la más fuerte, la más intensa, la que más daño me hizo, como la que más me sorprendió.

Dijo S que cuando su papá la tocó sintió miedo, vergüenza y odio a la vez [...] porque estaba haciendo cosas que yo no quería [...] expresó S que su progenitor le dijo [...] que iba a violar a su mamá y a matar al Fabián», y es un relato sostenido porque lo mantuvo en las diversas instancias donde fue escuchada y en la entrevista de Cámara Gesell casi nueve meses después de ocurrido el hecho (registro citado, desde minuto 44:50 a 47:59; registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2020, I video, a partir del minuto 35:10).

Sobre el particular, a lo expuesto cabe agregar que SFY en la Cámara Gesell respondió a las preguntas formuladas por la Lic. Yamila Díaz para que explicara con detalles cómo hacía su progenitor para tocarle sus partes íntimas: «en el caso de la ducha [...] no hacía nada porque yo ya estaba sin ropa, pero en los otros casos él me sacaba la ropa [...] no solo una vez, muchas veces [...] pero la más fuerte fue cuando me bañé en la casa de él [...] como la más intensa, la que más daño [...] como la que más me sorprendió» (ver registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2020, I video, a partir del minuto 40:47).

A otras preguntas de la Lic. Díaz realizó a la niña para que brindara mayores explicaciones sobre cómo era el baño y cómo hizo su progenitor para tocarle las partes íntimas, SFY se puso de pie y le indicó con gestos que la ducha era pequeña, que él entró al baño, corrió la cortina y estando de pie, él se agachó porque ella era petisa y estaba parada (ver registro citado, a partir del minuto 43:20).

A nuevas preguntas de la Lic. Díaz, la niña relató que comieron, fueron al hipermercado Tadicor y antes de llevarla la hizo bañar y ahí es cuando entró y empezó a hacerle esas cosas (ve registro citado, a partir del minuto 53:04).

Asimismo, la Lic. Díaz le pidió a la niña que le mostrara y le explicara cómo hacía “esas cosas” su progenitor y qué entendía por sus partes íntimas, a lo que SFY le respondió que las partes íntimas era la cola, la parte de abajo pero de adelante y las partes de arriba de adelante –a la vez que las señalaba con sus manos– (ver registro citado, a partir del minuto 53:05).

A continuación la Lic. Díaz le dijo a la niña que habían muchas formas de tocar y le pidió nuevamente a la niña que le dijera cómo era la manera que su padre la tocaba y SFY le respondió que la tocaba con la mano y para demostrarlo se frotó con la mano derecha la mano izquierda frente a la Lic. Díaz (ver registro citado, a partir del minuto 55:53).

A preguntas de la Lic. Díaz sobre qué sintió y por qué, la niña respondió que sintió miedo, vergüenza y odio a la vez porque su progenitor le hacía cosas que ella no quería, que no sabía si era normal que los padres le hagan eso a sus hijas y que para ella eso no era normal y no le gustaba (ver registro citado, a partir del minuto 56:40).

Aunado a lo anterior, de constancias audiovisuales de la audiencia, advierto que la Lic. Yamila Díaz explicó que para evaluar la credibilidad de un relato de niños, niñas y personas adultas utilizan la técnica del CBCA –análisis de contenido basado en criterios– que contiene diversos ítems y según la situación particular algunos niños presentan unos y otros niños presentan otros, no siempre presentan todos los ítems. Hizo referencia al punto 1 del informe final y expuso que SFY tanto en Cámara Gesell como en la entrevista post Gesell refirió en relación con el acusado: «[...] me pegaba y tocaba las partes íntimas [...] asimismo logra circunscribir un episodio que ella habría vivenciado como una transgresión a su corporalidad consistente en un tocamiento en las partes privadas de abajo, por lo tanto el relato evaluado contiene algunos elementos que lo torna creíble según **criterios de la técnica CBCA**, análisis de contenido basado en criterios» (ver registro audiovisual de fecha 26 de noviembre de 2021, I video, a partir del minuto 04:45 hasta 12:51).

Posteriormente, el fiscal le solicitó que diera lectura al punto 3 del informe citado, y expuso al respecto que se refería a indicadores de abuso sexual, y en cuanto a los indicadores específicos mencionó el relato y el grado de psicoafectación que se originó con dicha vivencia, como la presencia de elevados montos de ansiedad y malestar al tener que hablar de la temática del hecho investigado (registro citado, desde minuto 12:56 hasta minuto 13:40).

Luego el fiscal le preguntó a la Lic. Díaz si la credibilidad del relato debe entenderse como una certeza o como una probabilidad, y la profesional de la salud le explicó que de acuerdo a la técnica utilizada del CBCA cuando se evalúa credibilidad del relato alude a la probabilidad porque en psicología la evaluación no se dirige a obtener certeza (ver registro citado, desde minuto 13:45 a minuto 14:33).

En igual sentido declaró la Lic. Mariana Molina, profesional de EDeAAS que intervino en las entrevistas post Gesell y en el informe final (ver registro citado, II video, a partir del minuto 02:37). Dado lo que antecede caben las siguientes consideraciones.

Por un lado, según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la certeza es la «firme adhesión de la mente a algo conocable, sin temor a errar» (segundo supuesto), y lo probable es lo «verosímil, o que se funda en razón prudente, que se puede probar [...] con buenas razones para creer que se verificará o sucederá» (RAE, actualización 2021, <https://dle.rae.es/>).

Por otra parte –como se argumentó en la sentencia y explicó la Lic. Díaz– las funciones de profesionales de la salud son diferentes a la función de valoración de informes y/o pericias psíquicas –elaboradas por profesionales de la salud, valga la redundancia– por parte de fiscales y jueces/zas dentro del sistema de

sana crítica racional y estándares internacionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 206 del CPP en consonancia con el art. 75 incisos 22º y 23º de la CN).

En tal sentido, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en el **caso «Zubieta Duchén»** en cuanto a la valoración de las pericias e informes técnicos recibidos durante el proceso penal, y en los **casos «Cugini Gómez», «Melendre», «González Brizuela»**, –entre otros– acerca de la certeza en el proceso penal de juzgamiento.

De tal manera, y en lo que aquí respecta, entiendo oportuno aclarar que la «probabilidad» en los exámenes psicológicos realizados a víctimas de abusos sexuales de niños, niñas y adolescentes es un grado de verosimilitud a la que llegan profesionales de la salud –por ejemplo, psicólogos/as especialistas - en procesos de evaluaciones psíquicas realizadas mediante la utilización de técnicas propias de sus saberes particulares por los que son convocados/as en el ámbito judicial.

De ahí que, si bien por la formación disciplinar que desempeñan se les asigna el rol de «auxiliares de la justicia» porque el rol tiene objetivos judiciales –en tanto su fundamento es un sujeto del derecho– no puede soslayarse, al mismo tiempo, la lectura particular que aportan esos saberes interdisciplinarios referida al sujeto del padecimiento psíquico.

Pues, en el desempeño del rol hay que considerar también una variable que es propia de las prácticas en salud mental que está vinculada al resguardo de los aspectos subjetivos y afectivos del niño o niña víctima de abuso sexual, por lo que hay que diferenciar el rol de la función específica del/a profesional de la salud. Así, la función hace referencia «[...] a esta lectura específica que releva lo singular del caso, a partir de categorías propias de la dimensión subjetiva», la que a su vez se articula con el rol en la evaluación de testimonios de niños y niñas centrada en la particularidad del caso y en el resguardo del sujeto (cfr. Salomone, G. Rol y función en la intervención psicológica: Algunas consideraciones éticas sobre su articulación en la declaración testimonial de niños, niñas y adolescentes en casos de abuso sexual. Anuario de Investigaciones, vol. XXVII, pp. 437-443, 2020. Universidad de Buenos Aires. Argentina).

Lo referido permite diferenciar, claramente, el ámbito de la «**probabilidad**» propia de los exámenes psicológicos, de la «certeza» que se exige al juzgador al momento de condenar.

Esta «**certeza**» puede ser alcanzada en función de la valoración de la declaración de una niña, un niño o adolescente, que relata las circunstancias de tiempo, modo y lugar de hechos de abusos sexuales de los que ha resultado víctima, y a la que suma de la ponderación de elementos periféricos que verifican aquel relato.

Todo, dentro de la sana crítica y de los estándares probatorios de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. En este orden de ideas, también señalo que la Lic. Ortubia –en respuesta a pregunta de la defensa– declaró en la audiencia que pudo observar en Cámara Gesell que escuchó que la niña dijo que cuando tenía 5 o 6 años de edad su papá se acercaba, la golpeaba, la maltrataba, le pegaba y le tocaba las partes íntimas, afirmó que había connotación emocional cuando hacía referencia al abuso sexual, también nerviosismo, llanto, ansiedad, deseos de querer morirse, que SFY deseaba no estar más sujetas a procesos judiciales y no deseaba ver a su padre porque ella comparaba lo que le pasaba en su vida con la de otros compañeritos del colegio que algunos tenía padres separados y otros no –fue lo que relata en la última entrevista–.

Subrayó la testigo que el relato de la niña presentó suficientes parámetros de credibilidad para poder establecer que hubo abuso sexual, la niña siempre dijo «fue mi papá, yo estaba en el baño, estaba desnuda, él tenía un bóxer, repitió un lugar, un momento, fue antes de un acto escolar o a la salida de un acto escolar, dijo una fecha aproximada en la entrevista», relató el hecho, el momento en la casa de su

progenitor, hizo referencia a diálogos con él que tenían que ver con secretos y daño que le haría a Fabián –pareja de su progenitora– o a su progenitora si se los contaba» (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir de la hora 1:06:54).

Por tanto, la credibilidad del relato de SFY se demostró con el informe psíquico de fs. 585/589 elaborado por la Lic. Natalia Ortubia y su declaración en la audiencia, como se argumentó en la sentencia. Aún más, el tribunal de sentencia hizo hincapié para demostrar la credibilidad del relato de la niña en circunstancias externas y horarios en que el acusado la retiró de la escuela y la dejó en casa de su tía Antonia, y precisó que el hecho abusivo fue el día miércoles 6 de noviembre de 2019 después del ensayo escolar y antes de que su progenitor la llevara a casa de su tía Antonia (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 49:27).

E incluso, en cuanto al informe psíquico realizado por el EDeAAS en fecha 8 de marzo de 2021 –fs. 554/556 vta.– destacó el tribunal interviniente que tiene un valor añadido porque fue realizado aproximadamente después de diez meses de ocurrido el hecho, SFY fue entrevistada en cuatro oportunidades –13 de julio de 2020; 3 de agosto de 2020; 26 de agosto y 27 de agosto de 2020– después de su trayectoria por diversas instituciones, y «que a pesar de ello mantuvo el relato sobre el hecho de abuso sexual perpetrado por su progenitor» (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 52:55).

En lo relativo al agravio defensivo con apoyatura en el alegato fiscal, en la sentencia se expuso: «[...] a la luz de lo aquí desarrollado entendemos que el argumento expuesto en el alegato del Ministerio Público incumple con estándares mínimos exigidos por el mandato constitucional y convencional antes citado [...] solo centrado en cuestiones procesales ha desatendido por completo el enfoque de géneros y los principios que de él se derivan.

Más allá de esta puntualización -no menor obviamente- debemos subrayar que ese enfoque por su recorte dejó en la más completa invisibilidad una serie de actos agresivos del imputado y de efectos de esos actos que recayeron tanto en SFY como en personas significativas para ella» (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, desde minuto 09:23 a minuto 10:51).

También se argumentó en la sentencia que las afirmaciones del fiscal estuvieron enfocadas en la medida de revinculación dispuesta por el Juzgado de Familia y argumentos de profesionales que avalaron la teoría del SAP –en forma contradictoria con la posición del fiscal de no haberle atribuido valor científico– y que omitió la ponderación de pruebas recibidas en la audiencia penal, tales como las condiciones estructurales y subjetivas en que fue entrevistada SFY en Cámara Gesell, el informe del PPMI, los indicadores explicados por la Lic. Arancibia, entre otras, por lo que a criterio del tribunal incumplió con los estándares convencionales y constitucionales en perspectiva de género y medidas especiales de protección de niñas, niños y adolescentes.

En relación con ello, se afirmó también que en el punto 1 del informe citado del EDeAAS se consignó que el relato era espontáneo, con engranaje contextual, interacciones que había mantenido con su progenitor y que vivenció el episodio como una transgresión a su corporalidad consistente en un tocamiento «en las partes privadas de abajo», aunque –según el tribunal interviniente– se informó menos de lo que dijo en la Cámara Gesell según desgrabado de fs. 285 e informe de la perito de control Lic. Ortubia. Se argumentó en la sentencia que también se informó que no se obtuvieron indicadores de fabulación y/o mitomanía –l o que también fue reconocido por la Lic. Merlo a fs 577 vta.– y en cuanto al trastorno de estrés postraumático, el tribunal explicitó que se evaluó según diagnósticos DSM-V –criterio biologicista– y no desde un enfoque integral al que hicieron referencia las licenciadas Ortubia y Arancibia quienes señalaron

–respectivamente– que lo traumático para la niña fue el episodio en el baño y la presencia de pensamientos intrusivos (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 55:50).

En cuanto a la revisión de este segmento de la sentencia, advierto que la Lic. María Gabriela Merlo –perito de control de la defensa– declaró en la audiencia que presentó un informe con disconformidad parcial en relación con el informe psíquico elaborado por el EDeAAS, porque si bien no encontró todos los detalles que hallaron las profesionales oficiales, acordó en que la víctima no presentaba rasgos de fabulación ni mitomanía, –punto 2 del informe oficial– y aclaró que SFY no tenía una personalidad fabulatoria (ver registro audiovisual de fecha 26 de noviembre de 2021, II video, a partir del minuto 34:22).

Por su parte, a lo expuesto anteriormente en relación a la intervención de la Lic. Natalia Lucía Ortubia en el proceso, agrego que la perito realizó el control en la entrevista preliminar, en la Cámara Gesell y entrevistas post Gesell y también declaró que pudo observar desde su intervención y como un todo que hubieron «elementos suficientes como para comprobar que había habido abuso sexual en el caso de la menor».

Aclaró que se utilizaron técnicas de entrevista semiestructurada, diversos test como el HTTP, persona bajo la lluvia, técnicas proyectivas, y que del relato de la niña surgieron criterios para afirmar que fue víctima de abuso sexual porque «la niña mencionó en varias oportunidades un lugar, un momento, un espacio, una persona, interacciones, un contexto donde se había dado la situación y esto se mantuvo a lo largo de todas las entrevistas».

Agregó que compartió las conclusiones a las que arribó la Lic. Yamila Díaz, porque fue lo mismo que ella pudo evaluar en tanto a los criterios de credibilidad y las conclusiones arribadas, y que no tomaba como criterio diagnóstico el SAP porque carecía de rigor científico y no figuraba en el DSM-IV ni en el DSM-V.

Asimismo, la defensa procedió a leer el punto 1 del examen del EDeAAS –suscripto por las licenciadas Yamila Díaz y Mariana Molina y agregada a fs. 554/556 vta.– para corroborar si la Lic. Ortubia lo compartía plenamente, y la Lic. Ortubia respondió afirmativamente y explicó que en su informe además describió los criterios del CBCA e informó que la mayoría de los criterios estuvieron presentes en el relato de SFY, y reiteró que compartió el informe oficial en cuanto a la credibilidad del relato del abuso sexual, (ver registro citado, a partir de la hora 1:16:29 e informe de fs. 585/590 señalado).

A lo expresado, otra de las profesionales que intervino en el abordaje y acompañamiento interdisciplinario de SFY fue la Lic. Melisa Romano, trabajadora social del PPMI del efector de Junín, especialista en derechos de niños, niñas y adolescentes y con formación en abuso sexual, cuya declaración fue valorada en la sentencia en la valoración del relato de SFY.

La profesional declaró en la audiencia que realizó un diagnóstico de abuso sexual desde comienzo del año 2020, para lo cual entrevistó a SFY y a su progenitora a fin de reconstruir su situación a partir de la denuncia de abuso sexual.

Subrayó que la niña llegó dañada por su trayectoria de múltiples intervenciones institucionales –tanto en el ámbito judicial como del ejecutivo– por lo que se dispuso con el equipo interdisciplinario brindarle un abordaje y acompañamiento terapéutico dirigido a la reparación de revictimizaciones institucionales y no enfocado en la búsqueda de pruebas como había ocurrido en otros espacios institucionales, para brindarle contención en función de sus características y necesidades.

Explicó que SFY fue derivada con sospecha de abuso sexual con indicadores claros evaluados desde el ámbito privado por la Lic. Arancibia, y que a partir del diagnóstico propio visualizaron sintomatología y

discurso compatible con vivencias de abuso sexual en el marco de una trayectoria conflictiva familiar donde la niña también estaba inmersa.

Aclaró la profesional que «el abuso sexual es diferente a cualquier otra dinámica, y por eso el eje de la intervención del equipo de PPMI se enfocó ahí, ya que si bien existía un conflicto entre los adultos, en el diagnóstico y sintomatología la evaluación se realizó en relación con la sospecha de abuso sexual» (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir del minuto 07:35). Expuso también la Lic. Romano que a mediados del mes de enero del año 2020 pidieron al ETI de Junín una medida de protección conexas de prohibición de acercamiento para avanzar en el proceso terapéutico en condiciones mínimas de protección –también las solicitaron en el mes de mayo y en septiembre– e incluso en el mes octubre enviaron informes al ETI Junín porque hubieron sucesos que reactivaron la sintomatología en SFY a raíz del proceso de Cámara Gessel y los exámenes a que estuvo sometida la niña, a lo que se sumó un mensaje de Y. que le envió en octubre a la niña que le generó un altísimo nivel de impacto psíquico. La Lic. Romano enfatizó en la audiencia que «durante todo el año 2020 pidieron la medida de prohibición de acercamiento correspondiente y no fue tomada sino hasta principios del año 2021 después que estuvo en una audiencia en la Unidad Fiscal y a partir de ahí lograron el otorgamiento de la medida conexas, lo que se relaciona con la trayectoria de revictimización institucional que evaluaron y una revinculación a través de la Fundación Accionar que fue dispuesta en contra de un diagnóstico y sintomatología de sospecha de abuso sexual.

Manifestó que la revinculación es una de las formas más graves de violencias contra niñas y niños víctimas de abusos sexuales» (a partir del minuto 14:56).

Agregó que los síntomas de ansiedad, angustia y temores de la niña –que había mejorado con el acompañamiento– se agudizaron nuevamente frente al miedo de ser obligada nuevamente a revincularse con su progenitor, a partir que fue sometida a Cámara Gesell y exámenes psíquicos en el ámbito judicial y haber recibido un mensaje que manifestó provenía de su progenitor, y que comenzó a aliviarse la sintomatología a partir que se dispuso la prohibición de acercamiento, por lo que si se hubiera dictado cuando la solicitaron le habrían ahorrado muchas situaciones de sufrimiento (registro citado, a partir del minuto 23:25).

Asimismo, a preguntas de la defensa sobre el «vocabulario» que utilizó la niña en las entrevistas, la Lic. Romano respondió que se realizó un diagnóstico amplio donde se tuvo en cuenta la forma de vincularse, los gestos, lo que se dice y lo que no se dice, la sintomatología.

Sobre esa base señaló que la niña tuvo relatos específicos en los que planteaba que su progenitor le había tocado sus partes íntimas en el baño, que la había mirado, y aclaró que el discurso debe co-construirse con la sintomatología –la ansiedad, la angustia, episodios vivenciados como traumáticos como ruptura de dibujos– el derecho a ser oído, la forma de expresarse –apretones– y aclaró que lo declarado es una parte de todo un proceso realizado en el que evaluaron el daño psíquico de lo que la niña había vivido, ya que no es solamente lo discursivo literal (ver registro citado, a partir del minuto 38:31).

Sentado lo que antecede, en cuanto a la intervención del representante del Ministerio Público, advierte que si bien en la audiencia solicitó al tribunal que para evitar la extensión del debate no se realizaran preguntas de las partes relacionadas con las actuaciones realizadas en el fuero de familia, porque eran ajenas al objeto procesal de investigación de un abuso sexual (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir del minuto 27:37), durante los alegatos expuso que solicitaba la absolución por la duda del acusado ante la falta de certeza sobre la credibilidad del relato de la niña.

Ello, porque la denuncia del abuso sexual se hizo durante el proceso de revictimación, la niña fue revictimada y en su criterio lo que tenía valor convictivo fue el abordaje pericial porque el terapéutico fue solo de acompañamiento de la víctima y servía solo para contextualizar el hecho.

En relación con el informe del EDeAAS el fiscal alegó que le dio más confianza la declaración de la Lic. Merlo –perito de control de la defensa– que las profesionales del EDeAAS –licenciadas Díaz y Molina– porque no aplicaron técnicas neurolingüísticas, la niña no utilizó un lenguaje sexualizado en la Cámara Gesell sino respuestas automáticas y sin detalles del hecho por influencia de su progenitora y no se informó acerca de las etapas de Roland Summit.

En cuanto a los exámenes realizados al acusado, el fiscal alegó que eran favorables porque se informó que no presentó dificultades sexuales, no era peligroso para terceros y no era un pedófilo (ver registro audiovisual de fecha 10 de diciembre de 2021, a partir del minuto 01:26).

Dado lo anterior, entiendo –como se expuso en la sentencia– que de haber aplicado el fiscal los estándares específicos en materia de medidas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, una perspectiva de género e interseccionalidad y jurisprudencia citada, habría realizado otro análisis de las pruebas recibidas en la audiencia a fin de ponderar el relato de la niña, de las que emergieron –reitero– indicadores específicos e inespecíficos de abuso sexual evaluados conforme técnicas científicas aplicadas –y explicadas en la audiencia– por profesionales de la salud especializadas en abuso sexual de niñas, niños y adolescentes. Adicionalmente a lo expuesto hasta el momento en cuanto a la jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia reseñada, en la que se aplica el marco convencional, legal y jurisprudencia de la Corte IDH, destaco también los precedentes de esta Sala en los **casos «Oliva», «Gómez Ayala», «Ficara»**, en los que se hizo hincapié en las condiciones de vulnerabilidades en que se encuentran niños, niñas y adolescentes, por la vinculación afectiva con el denunciado, la falta de testigos presenciales en muchas ocasiones y dificultad probatoria, en las relaciones desiguales de poder por la asimetría etaria, roles y capacidad de manipulación del autor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, entre otras circunstancias.

Entiendo también que la situación de revictimación institucional detectada por las profesionales del PPMI Junín –explicada en la audiencia por la Lic. Romano– no pone en duda la credibilidad del relato de la niña –como alegó el fiscal– sino que valida la credibilidad de su relato y arroja certeza a su testimonio al ser ponderado con el resto del material probatorio valorado en la sentencia.

Pues, la revictimación institucional o secundaria fue detectada por las profesionales del PPMI Junín, al realizar un diagnóstico por sospecha de abuso sexual por el que fue derivada la niña por la Lic. Arancibia Nery.

Dicho de otro modo, la niña transitó por diversas instituciones a raíz de la sospecha de abuso sexual develado durante el proceso terapéutico realizado con la Lic. Arancibia Nery, luego durante el proceso terapéutico realizado en el PPMI Junín se realizó el abordaje interdisciplinario de su situación de revictimación, la que posteriormente se incentivó al someterse a diversos exámenes en el ámbito judicial y Cámara Gesell.

En tal sentido, la Victimología aporta conceptos básicos acerca de definiciones y dimensiones de la victimización primaria y secundaria.

Así, la victimización «primaria» es definida como «el daño directamente producido por el delito a la víctima».

El hecho delictivo y la experiencia de victimización generan, directa o indirectamente, a la víctima una serie de daños (como lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo

sustancial de sus derechos fundamentales, en expresión de la DPFJ de ONU de 1985), que pueden ser de diversa índole, variar en intensidad, frecuencia y duración y ocasionar diferentes y graves consecuencias en los distintos ámbitos de su vida: personal, familiar, social, laboral, económico» (**Daza Bonachela, M. Escuchar a las víctimas: Victimología, Derecho Victimal y Atención a las Víctimas. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016. p. 113**).

A su vez, la victimización «secundaria» es el daño que le causa a la persona la estigmatización social en su trayectoria forzada por los sistemas judiciales, policiales, sociales, sanitarios, etcétera, es decir, en su tránsito por diversas instituciones con las que debe entrar en contacto y la mecánica de los procedimientos que utilizan que añaden daño al ya producido por el hecho delictivo.

La autora citada brinda los siguientes ejemplos: obligar a la víctima a «rememorar el hecho en reiteradas ocasiones, interrogada y examinada, sentirse enjuiciada debido a la necesidad de prueba de los hechos para enervar la presunción de inocencia, verse forzada al contacto con el ofensor en dependencias judiciales o en el juicio, el temor a represalias de éste y/o de sus allegados, las presiones sociales y familiares, la lentitud del proceso –que le impide pasar página–, la falta de información, la utilización de un lenguaje técnico que no entiende, etc., son factores que causan muchas veces en la víctimas efectos tan traumáticos y desagradables, en ocasiones más incluso, que los producidos por el propio hecho delictivo».

Al mismo tiempo explica que es particularmente grave en delitos contra la libertad sexual, en los que la desprotección de las víctimas se encuentra muy relacionada «con la aquiescencia social, la minimización del delito y sus efectos, o la negación social a asumir su misma existencia» (autora y ob. cit., p. 114).

Asimismo, la Corte IDH en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, advirtió también que cuando niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales participan en un proceso penal, pueden experimentar una nueva victimización por los órganos estatales –cuya función es justamente proteger sus derechos– por lo que la intervención estatal debe limitarse a las diligencias y actuaciones estrictamente necesarias, porque la violación sexual tiene un impacto profundo al sufrir un trauma diferenciado al de personas adultas, particularmente cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con niñas, niños y adolescentes (párrafo 163).

En similar sentido, se pronunció en el caso «**Rosendo Cantú y otra vs. México**» –sentencia de 31 de agosto de 2010– al afirmar que para garantizar la obligación del interés superior del niño (art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño) por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran niños, niñas y adolescentes, se debe aplicar en los procedimientos en los que se encuentren involucrados medidas especiales de protección para dar respuesta a sus necesidades particulares, entre las que menciona la de «procurar que los niños y las niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño» (párr.201).

Además, en el párrafo citado hace referencia al párrafo 24 de la Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009) que establece: «El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos.

El proceso de “escuchar” a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño». Asimismo, en el caso «Veliz Franco y otros vs. Guatemala» –sentencia de 19 de mayo de 2014– subrayó que en la situación de las niñas, el artículo 19 de la Convención Americana relativo a las medidas de protección debe complementarse con la Convención de Belém do Pará en relación a la violencia contra la mujer, por lo que el deber de garantía adquiere especial intensidad debido a la vulnerabilidad consustancial a la niñez y la

condición de ser mujer, en razón que son «particularmente vulnerables a la violencia» (párrafos 133 y 134). De acuerdo con lo expuesto, considero que la descalificación del informe del EDeAAS por parte del fiscal –porque en su opinión no incluyó técnicas neurolingüísticas ni se consignaron las etapas desarrolladas por Roland Summit– no es un argumento suficiente para restarle valor probatorio, en razón que en el informe cuestionado se utilizaron técnicas científicas específicas como Análisis de Contenido basado en Criterios (CBCA) que se utiliza en la evaluación de la credibilidad y validez de testimonios de niños y niñas víctimas de maltrato infantil y de abuso sexual en el ámbito judicial (Medina, J., Soriano, L. y Negre, M. Sistema de análisis de validez de las declaraciones (Protocolo SVA) en un caso de abusos sexuales entre menores: Descripción de criterios y su aplicación. Gaceta Internacional de Ciencias Forenses. N° 12, Julio-Setiembre, 2014. España https://www.uv.es/gicf/5C3_Presentacion_GICF_12.pdf). Asimismo, como he referido anteriormente, no debe valorarse esta prueba en forma aislada, sino que por aplicación de los estándares internacionales en materia de prueba de abusos sexuales contra niñas en contexto familiar, deben ponderarse también con los informes y declaraciones de profesionales del PPMI y de la Lic. Arancibia Nery que intervinieron en el abordaje de sospecha de abuso sexual contra la niña. En tal sentido, observo que de las argumentaciones de la sentencia antes referida, el informe del EDeAAS y las declaraciones de las licenciadas Díaz y Molina fueron debidamente ponderadas por el tribunal de juicio.

Téngase presente también, que surge de las constancias audiovisuales de la audiencia, que cuando el fiscal le preguntó a la Lic. Ortubia si las profesionales del EDeAAS incurrieron en alguna falencia durante el proceso pericial, le respondió con firmeza: «el procedimiento fue muy prolijo desde el inicio hasta el final [a cargo de las profesionales del EDeAAS] siguieron todos los criterios nacionales, internacionales para cuidar a un menor y cuidarlo en Cámara Gesell y en la post Gesell» (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir de la hora 1:05:50 a 1:06:10). Conforme lo expuesto, los agravios que se remiten a los alegatos fiscales para descalificar la credibilidad del testimonio de la niña deben desestimarse.

c- Ahora bien, en cuanto a la intervención de la Fundación Accionar, en la sentencia se analizó la interrelación entre SFY y profesionales de la misma, y se argumentó en tal sentido que la niña no les contó nada a las profesionales porque no le creyeron, no guardaban los secretos, y que dijo: «la Vilma para nada me gustó porque maltrataba a mi mamá» (registro del 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir del minuto 48:50; ver registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2020, I video, a partir del minuto 58:56). Relacionado con este segmento de la sentencia y en revisión del cuestionamiento defensivo, advierto que surge de las constancias audiovisuales que la Lic. Romano declaró en la audiencia que SFY en las entrevistas aludió a la Fundación Accionar «como un espacio donde ella no quería asistir y donde no se sentía cómoda y escuchada» (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir del minuto 33:17).

Agregó que no tenía claro cuál era el funcionamiento de la fundación mencionada y que, en su entendimiento, era convocada por ámbitos judiciales para realizar procesos de revinculaciones (ver registro citado, a partir del minuto 50). Relacionado con ello, surge de la entrevista en Cámara Gesell que SFY relató en varias oportunidades que no quería ir a la Fundación Accionar durante el proceso de revinculación a pesar que le insistían que fuera, y que en una ocasión le dijo a la psicóloga Paula de la mencionada fundación: «pero si vos no me creés, ¿para qué vengo [...] para qué me charlás si vos nunca me escuchás, no me creés» (ver registro de fecha 3 de agosto de 2020, II video, a partir del minuto 19:26).

Al respecto entiendo que la actuación de la mencionada fundación en el hecho que se investiga en la presente causa debe ser ponderada de acuerdo a los estándares aplicables mencionados, es decir, a partir de la valoración del relato de la niña y con relación al resto de los elementos probatorios relevantes recibidos en la audiencia, y no en forma aislada como pretende el recurrente, por lo que el agravio tampoco puede prosperar (ver «**Gómez Ayala**», «**Luna**», entre otros).

d.- En cuanto al cuestionamiento del testimonio de M. L., el tribunal de la instancia anterior lo valoró como creíble por su consistencia y coherencia. Destacó al respecto que la progenitora de SFY realizó consultas a profesionales de la salud –licenciadas Virginia Vignani, Santarelli y Arancibia– ante necesidades y malestares reiterados de la niña a través del tiempo, y que la Lic. Marianela Santarelli no continuó con el tratamiento de SFY por amenazas que le profirió Y.. Se argumentó también en la sentencia que L. denunció por abuso sexual a Y. después de ver a la niña masturbarse con un osito –hecho que también fue visto por la abuela de SFY– y por recomendación de profesionales a quienes consultó, e hizo hincapié en que la credibilidad de su testimonio se sustentaba en su conducta parental adulta, flexible y empática, ya que incluso consultó durante cinco entrevistas a la Lic. Barrios Lohaiza por el bienestar de su hija en el año 2019 a raíz de la denuncia que Y. le realizó por impedimento de contacto (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 33:20). El tribunal de juicio aclaró que no le asistió razón al defensor al restarle valor probatorio a la denuncia de abuso sexual contra Y. en la causa P-149.542/17, porque a pesar del tiempo transcurrido se encontraba abierta conforme lo dispuesto por el art. 346 del CPP (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, III video, a partir del minuto 00:30). En efecto, según consta en los registros audiovisuales, M. d. C. L. declaró en la audiencia que tomó conocimiento del hecho de abuso –que denunció en la presente causa– por medio de la psicóloga Agustina Arancibia Nery, quien la llamó por teléfono y le informó que iba a activar el protocolo porque SFY le había manifestado que el papá le había realizado tocamientos. Agregó que anteriormente la niña estuvo con tratamiento con la Lic. Santarelli, y que tenía episodios de terror nocturno –no podía ver ni una imagen de un tiburón– y enuresis a partir del año 2016, época que tenía comunicación con su progenitor quien la pasaba a buscar por su casa. Manifestó que en relación al abuso en un primer momento SFY no dijo nada y después le dijo que le había contado a Agustina, ella le preguntó qué le contó y le respondió: «¿Qué va a pasar?, lo que pasa siempre, mi papá me había tocado [...] me hizo bañar, me hizo bañar y se me metió en la ducha», declaró que estaba enojada y con bronca mientras se lo contaba, le dijo que su papá la amenazaba y no podía defenderse, que como había una orden de un juez la iban a mandar a la fundación y por eso no tenía que saber nada (ver registro audiovisual de fecha 17 de noviembre de 2021, a partir del minuto 51:13). Asimismo, y en concordancia con L., la Lic. Agustina Arancibia declaró en la audiencia y expresó que: «[...] la mamá había anotado algunas cosas que le llamaba la atención, refería que S. tenía muchos dolores, como que era recurrente el dolor de cabeza, eran recurrente los dolores de estómago [...] manifestaba algunas cuestiones en el rendimiento escolar que había tenido intervención [...] la psicopedagoga de la institución y porque [...] escuchaba que S. le decía que no quería verlo al papá pero existía una orden de revinculación con la cual ella tenía que cumplir, y bueno, le preocupaba desde ese aspecto la salud psíquica y emocional de su hija» (ver registro audiovisual de fecha 19 de noviembre de 2021, desde minuto 22:35 hasta 23:25). Agregó la testigo que le informó a L. de la situación de abuso de SFY, realizó un informe que presentó en el ETI Junín y habló de la situación con Virginia Pantone que era la coordinadora. Por su parte, la Lic. Romano declaró que en entrevistas realizadas en el PPMI Junín con la progenitora de SFY para reconstruir su historia socio-histórica de vulneración de derechos, se procedió al reforzamiento de medidas de protección hacia la niña, «porque

el centro de vida de la niña funcionó como continente y la acompañó en el proceso de crianza y desarrollo». También declaró que de las entrevistas con la niña observó que las personas con las que vivía eran adultas significativas, protectoras y referentes afectivos para SFY (ver registro audiovisual de fecha 24 de noviembre de 2021, a partir del minuto 18:08). Se afirmó también en la sentencia que Y. ejerció violencia psicológica en su vínculo con L. a través de la negación, devaluación, tergiversación de los valores y ética que nutrió su actuar con relación a su hija (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, desde minuto 41:19), y que denunció en forma compulsiva nueve veces a L. entre los meses de marzo a mayo de 2017 mientras cursaba un embarazo, sin haber podido contar con asistencia legal efectiva ni ser oída en juicio en violación a sus derechos humanos, lo que a criterio del juzgador puso de manifiesto otra manifestación de violencia que le ejercía a la niña a través de su progenitora, posicionado en una relación jerárquica de poder machista y de rivalidad, si se interpretan en contexto de géneros y a la luz de las garantías constitucionales en el sistema penal argentino (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 45). Además, se argumentó en la sentencia que L. manifestó en la Dirección de la Mujer «[...] él siempre fue violento, me gritaba, me menospreciaba, no aportaba nada en la casa, fumaba todo el tiempo adentro de la casa sin importar que estaba nuestra bebé en casa, en una ocasión se enfermó me echaba la culpa a mí [...]. En una oportunidad me pegó una patada, cuando fui a llevar a la nena al hospital él me quiso ahorcar en el nosocomio, estuve con mi hija internada en el [...], quiso hacer lío allí y lo sacaron [...]. Desde que nos separamos iba a ver a la nena cuando quería, si algún día mi hija no quería ir él le decía que hasta que no lo llame y le pida perdón no iba a volver a verla, mi hija ha ido a ver al padre varias veces a la fuerza, obligada, porque no quiere ir con el padre, dice que el padre le llena la cabeza, que le habla mal de mí y de toda mi familia. En una ocasión la obligué a ir al cumpleaños de su padre para no tener problemas y cuando volvió estaba toda brotada y con vómitos, a la noche casi se me broncoaspira, el médico me explicó que ella manifestaba así su bronca, no le gusta ir a la casa del padre, dice que su padre le enseña a pelear, que le muestra los mensajes que yo le envío, él cuando la va a buscar a mi hija, corre y se encierra en el baño, cada vez que viene un auto gris y se para en la puerta de la casa o toca bocina mi hija se va a esconder y se pone a llorar porque piensa que es su papá, le tiene pánico». Agregó el tribunal interviniente según el relato de SFY y las declaraciones de L., que las violencias que Y. ejercía en cada una de ellas repercutía de modo circular entre ellas (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 47:18 a 51:29). Relacionado con ello, el tribunal de la instancia previa resaltó que Y. denunció nueve veces a L. por impedimento de contacto entre los meses de marzo, abril y mayo de 2017, mientras cursaba veintisiete semanas de embarazo, para movilizarla, tener que acudir a citaciones judiciales y ser imputada, denuncias que también impactaron en la niña – causas P-20.443/17; P-20.536/17; P-20.586/17; P-29.684/17; P-29.703/17; P-37.927/17; P-38.069/17; P-37.927/17 y P-38.069/17–.

Enfatizó: «[...] en un juicio ofrecido como prueba en estos principales [M. L.] no tuvo una asistencia legal efectiva, no fue defendida idóneamente su posición en el conflicto, a punto tal que ella por sí misma intentó defenderse al hacer uso de la última palabra, fue condenada sin ser oída en abierta violación a reglas esenciales de nuestro sistema penal empezando por el art. 18 de la CN» (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 51:35) Sobre este segmento de la sentencia, hay que tener presente que en anteriores precedentes he afirmado que entre los estándares internacionales vigentes en materia de violencias contra mujeres y por razones de género, corresponde garantizarles el asesoramiento y patrocinio gratuito especializado en violencias de género antes y durante

todo el desarrollo de los procesos judiciales (art. 3 inciso g), art. 10 inciso c) y art. 25 de la ley 26.485; art. 30 de la ley 8.008; art. 3 de la ley 8.653/2014).

Ello así, los cuestionamientos defensivos tampoco pueden prosperar en razón que la sentencia no se apartó del sistema de la sana crítica racional ni de los estándares en materia de violencias contra niñas y mujeres adultas. Por el contrario, dentro del marco convencional, legal y jurisprudencial vigente en la materia, se argumentó en la resolución impugnada sobre la credibilidad del testimonio de M. L. con apoyo en pruebas recibidas en la audiencia. e- En otro orden de ideas, la defensa técnica esgrime que no se valoraron en la sentencia los informes psíquicos realizados a su asistido por la Lic. Ayala de fs 617/618 y por la Dra. Sonia Mónica González Ferriz de fs. 235, en cuanto favorecían al acusado al consignar que no presentaba dificultad sexual, no era peligroso, ni ponía en riesgo a terceros ni a sí mismo. Sobre este punto, advierto que en la sentencia también se analizó el contexto y el modo de vinculación interpersonal del acusado con su hija SFY desde los seis años de edad y las vivencias de ésta que surgían de las pruebas recibidas en la audiencia. Así, se comenzó con la pericia psíquica incorporada a fs. 617/618 elaborada por la Lic. Natalia Ayala –profesional del Cuerpo Médico Forense (CMF)– de la que se indicó que Y. presentaba una actitud rígida, estereotipada, defensiva, con dificultad para reconocer situaciones problemáticas a nivel intrapsíquico, tendencia a sostener una imagen virtuosa de sí mismo, extremo centramiento en sí mismo que dificultaba su capacidad de insight, necesidad de atención que lo tornaría demandante, con utilización de mecanismos defensivos de negación y control, escasas relaciones interpersonales y predominio de sentimientos de desconfianza hacia los demás y actitud irritable y hostil (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 12:50 y declaración de la Lic. Ayala en registro audiovisual de fecha 26 de noviembre de 2021, III video, a partir del minuto 04:15). Vinculado con ello, se destacó que, según el informe incorporado a fs. 235 vta. –realizado por la Dra. Mónica González Ferriz, psiquiatra del CMF– Y. presentaba rasgos que podrían resultar desadaptativos, exageración del tacto social, manipulación a través del lenguaje, tendencia a la soberbia, esfuerzo por la exaltación de sus aspectos positivos, dificultad para canalizar emociones adecuadamente, mantenimiento de distancia afectiva y rasgos de personalidad de tendencia paranoide (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, I video, a partir del minuto 12:50 a 17:55).

Asimismo, de las constancias de la audiencia surgió que la Lic. Natalia Ayala –profesional del CMF de San Martín– declaró que intervino en el examen realizado los días 6 y 7 de noviembre de 2020 y utilizó las técnicas de entrevista, el MMPI2, persona bajo la lluvia, test del animal, mediante las cuales observó que Y. no presentaba dificultades en el área sexual. El fiscal le preguntó si las características de la personalidad del acusado eran compatibles con una persona pedófila y respondió negativamente. También declaró la profesional –a pregunta de la defensa– «que no se podían asociar características de personalidad a un delito que se atribuye a una persona, porque como peritos solo describen características de personalidad, pero no atribuyen ni descartan que pueda cometer un ilícito porque no les incumbe». Posteriormente, la Lic. Ayala leyó el informe del examen y expuso que Y. presentaba las características que fueron descriptas en la sentencia y mencionadas en el párrafo anterior (ver registro audiovisual de fecha 26 de noviembre de 2021, III video, a partir del minuto 04:15).

En lo relativo al informe elaborado por las licenciadas Cozzari y Moreno, que consignó que no se percibieron indicadores psíquicos de abuso sexual, se afirmó en la sentencia que se utilizaron técnicas que no evalúan la presencia de abuso sexual (MMP12, Machover, persona bajo la lluvia, test del animal). En cuanto al alegato fiscal sustentado en la duda que Y. haya podido abusar de su hija porque no era un pedófilo, se argumentó en la sentencia que era inadmisibile el argumento, porque según la guía de UNICEF

se indica que debe desterrarse el mito de que los abusos sexuales contra niños, niñas o adolescentes son cometidos por personalidades anormales o pervertidas, porque no existe un perfil ni test específico para detectar o excluir a quien agredió sexualmente a niños y niñas (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV video, a partir de hora 1:20:35).

Sobre el particular, entiendo que no es asertiva la afirmación del fiscal y corresponde también desestimar el agravio que se apoya en su alegato. Pues, en lo que aquí interesa, considero que en el proceso valorativo de pruebas relativas a la investigación y juzgamiento de un hecho de abuso sexual contra una niña por su progenitor –como es el caso que nos ocupa– la ausencia del trastorno de la pedofilia del acusado en informes o pericias psíquicas realizadas no es por sí misma determinante para descartar la conducta abusiva, tal como explicó la Lic. Ayala en la audiencia en respuesta a preguntas realizadas por el Fiscal.

Pues, existe una amplia discusión en relación con establecer un perfil del abusador sexual, por lo que a partir de modelos teóricos unifactoriales, multifactoriales y de una interacción entre distintos factores, se hace referencia a características y factores asociados sin caer en generalizaciones, y se afirma que «[l]os abusadores sexuales son heterogéneos en las características de personalidad y psicopatología. Pueden o no tener trastorno de personalidad» (**González, E. y otras. Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6-14. Chile**).

En igual sentido, investigaciones criminológicas empíricas de varones condenados por delitos sexuales indican que no se pretende realizar clasificaciones de tipologías de violadores sino una categorización de situaciones donde un eventual autor se encuentra con una víctima potencial. Se ejemplifica con una investigación española sobre sujetos condenados en prisión por violación, el 70 % negaron los delitos, «la mayoría no presentaban clínicamente patologías», tenían pocos antecedentes penales y presentaban más participación laboral que otros condenados (**Redondo Illescas, S. y Garrido Genovés, V. Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714**).

Sumado a ello, entiendo que la exigencia de la presencia del trastorno de pedofilia como presupuesto para la existencia de un abuso sexual de una niña cometido por su progenitor, se encamina a la aplicación de un derecho penal de autor violatorio de las garantías del acusado establecidas en el art. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Relacionado con lo anterior, la defensa técnica cuestiona también la valoración del examen psíquico realizado por la Dra. Sonia Mónica González Ferriz de fs. 235, en cuanto se omitió tener en cuenta que su asistido tolera la frustración, no sufre descontrol emocional, no es peligroso e internalizó pautas culturales en orden al comportamiento sexual.

Al respecto, y en razón que durante la audiencia de fecha 7 de diciembre de 2021 se desistió de la declaración de la Dra. González Ferriz y se omitió la lectura del informe respetivo, me resta señalar que de acuerdo a lo informado por la perito en Psicopatología del CMF mencionada -a fs. 235 en fecha 26 de mayo de 2020- los rasgos de personalidad informados de Y. en los puntos 6, 7 y 8 del informe referido y señalados por la defensa técnica deben valorarse en conjunto con los puntos 3 y 4. Sobre el particular, la Dra. González Ferriz informó «3- Denota algunas características o rasgos que podrían resultar desadaptativos.

Exagera el tacto social. Manipulador a través del lenguaje. Tendencia a la soberbia. Se esfuerza por exaltar sus aspectos positivos. Detallista en cuanto a fechas y elementos precisos. Dificultad para canalizar emociones adecuadamente. Mantiene distancia afectiva. Podría configurar un perfil de personalidad de tendencia paranoide. 4- Reprime sus aspectos sexuales. Para esclarecer mayores detalles sobre su personalidad y sobre aspectos sexuales, se deberán efectuar los test psicológicos que correspondan».

Consecuentemente con ello, entiendo que los informes psíquicos realizados a Y. fueron ponderados en la sentencia dentro de la sana crítica racional, por lo que también corresponde rechazar el agravio examinado, toda vez que la defensa no explica fundadamente la relevancia del agravio. f.- En definitiva, considero que en la sentencia se demostró con certeza la credibilidad del relato de SFY en cuanto a la existencia del abuso sexual contenido en la acusación, con sustento en pruebas recibidas en la audiencia y valoradas dentro del marco legal, convencional y jurisprudencial citado, a partir del develamiento de los tocamientos abusivos por parte de su progenitor que se produjo durante el proceso terapéutico realizado por la Lic. Arancibia Nery, lo informado y declaraciones de profesionales del equipo interdisciplinario del PPMI, el informe final y declaraciones de las profesionales del EDeAAS, la entrevista en Cámara Gesell a SFY, la declaración de M. L. y el informe y declaración de la Lic. Ortubia de fs. 585/589, entre otras (ver registro audiovisual de fecha 30 de diciembre de 2021, IV cuerpo, a partir de hora 1:04:15).

Con base en todo lo expuesto, no puedo dejar de subrayar que la niña fue entrevistada y habló del hecho de abuso sexual infligido por su progenitor en diversas instituciones lo que evidencia claramente la existencia del abuso dentro de las circunstancias de modo, lugar y tiempo y elementos del delito penal agravado aplicado por el tribunal de la instancia anterior. Asimismo, observo que la cultura patriarcal aún enraizada en prácticas de operadores y operadoras judiciales promueven la revictimización secundaria de niñas víctimas de abuso sexual, sin adecuar sus procedimientos al marco normativo vigente que obliga a operadores y operadoras institucionales a prevenir revictimizaciones y disponer medidas de protección especiales e integrales en atención a la vulnerabilidad en que se encuentran por razones de género y otras categorías sociales como la edad, pobreza, educación, nacionalidad, etnia, etc., en cumplimiento del deber de debida diligencia reforzada (art. 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional). **Sobre el particular la Corte IDH en el «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua»** citado, afirmó que «[...] la debida diligencia del Estado no solo abarca las medidas de protección antes y durante el desarrollo de las investigaciones y proceso penal, sino que debe incorporar también medidas a ser adoptadas con posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social de la niña, niño o adolescente, teniendo en cuenta su derecho a la supervivencia y al desarrollo integral. Aquellas medidas deberán ser extendidas también a los familiares de las víctimas, en lo que corresponda» (párr. 170).

Así también la Corte IDH en el mismo fallo hizo hincapié en la atención integral y multidisciplinaria y un enfoque coordinado e integrado a la niña víctima de abuso sexual. Al respecto afirmó que «[...] la atención integral no solo se circunscribe a las actuaciones de las autoridades judiciales durante el desarrollo del proceso penal con el fin de proteger sus derechos y asegurar una participación no revictimizante, sino que esta atención debe ser integral y multidisciplinaria antes, durante y después de las investigaciones y proceso penal. Asimismo, la Corte ha considerado que debe existir un enfoque coordinado e integrado que brinde distintos servicios de atención y apoyo a la niña para salvaguardar su bienestar actual y posterior desarrollo» (párr. 194).

En consecuencia con ello, entiendo oportuno recomendar a operadores y operadoras judiciales que intervienen en investigaciones y juzgamientos de hechos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes, la aplicación de los estándares internacionales de medidas especiales de protección y evitar revictimizaciones institucionales desde el inicio de procesos judiciales, durante el desarrollo y con posterioridad.

Adicionalmente, el cumplimiento de la obligación de debida diligencia reforzada conlleva la realización de capacitaciones continuas y actualizadas sobre la temática a través de programas de formación específicos implementados por áreas y especialistas con experiencia en el abordaje de abuso sexual contra la niñez y

la adolescencia. Por todo lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia impugnada y rechazar el recurso defensivo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En particular, y respecto a las consideraciones sobre el abordaje y la valoración de las pruebas con perspectiva de género me remito, en lo pertinente, a lo referido en los precedentes «**Di Césare Morales**», «**Reyes Cortelezzi**», «**Di Césare Meli**» y «**Mejía Salvador**».

De acuerdo con lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de S. F. Y. B.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2023.- P.). Secretaría, de junio de 2023.-

25- CORIA TARI. 13-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	Arm.	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230613_FcCTM.pdf

Lex: Art. 129, 2° párrafo, 55, 119, 3° párrafo en función del 119, 4° párrafo, inciso d del CP.

Vox: Exhibiciones obscenas. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Arma.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años** de prisión por considerárselo autor penalmente responsable del delito de exhibiciones obscenas dos hechos en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma (arts. 129 segundo párrafo, 55, 119 tercer párrafo en función del 119, cuarto párrafo, inciso d del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2696, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06960992-3/1((038601-47825)) FC/CORIA TARI MARCELO DAVID P/ EXHIBICIONES OBSCENAS... (47825) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106204777*

En Mendoza, a los trece días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06960992-3/1 caratulada "F. c/ C. T. M. D. P/ EXHIBICIONES OBSCENAS... (47825) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de M. D. C. T. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.696, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-47.825/20, a la pena de ocho años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de exhibiciones obscenas dos hechos en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma (arts. 129 segundo párrafo, 55, 119 tercer párrafo en función del 119, cuarto párrafo, inciso d del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida por la defensa

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho en los siguientes términos: «[...] M. C. llegó a este juicio acusado de haberle exhibido los genitales, en dos ocasiones, a la menor [G.G.C.]. Estos hechos sucedieron, según la acusación, alrededor de los primeros meses del año 2020 en el domicilio donde vivía C.. Es decir, en la intersección de calle, San Martín, Mendoza. C. fue acusado, además, de haber tocado a esta misma joven en sus pechos y genitales y de haberla accedido carnalmente por vía vaginal. Este otro hecho sucedió en días posteriores a los otros relatados, y según la acusación ocurrió un domingo, en horas de la noche, también en el domicilio de C.. En este caso el imputado [...] se valió para consumar el abuso sexual de un arma con la cual amenazó a la víctima para lograr su propósito».

Para así resolver, valoró la declaración del acusado durante la investigación penal preparatoria y las declaraciones testimoniales producidas durante el debate oral de M. M., D. V., G. A. C. A., S. G., N. E. A., D. E. R., Y. D., K. D. A., M. Y., Y. C., junto a la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de C. T. interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474, en sus dos incisos, del CPP. Estima que se han aplicado erróneamente los arts. 119 y 55 del CP debido a importantes vicios de subsunción.

Además, considera que se ha vulnerado el art. 416 inc. 4 del CPP por poseer la sentencia motivación contradictoria, arbitraria y haber transgredido las reglas de la sana crítica racional.

Destaca la inobservancia de los arts. 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.c y 8.2.f de la CADH y el principio de inocencia previsto por la Constitución Nacional. Critica que la sentencia ha restado credibilidad a los testigos favorables al acusado por ser sus vecinos y no haber considerado que todas las declaraciones coinciden en que la madre de G.G.C. no se encuentra «apta», desde el punto de vista de su salud mental, por encontrarse enamorada de C. T., lo que justificaría haber inventado todo el suceso denunciado.

Destaca que la sentencia ha realizado una valoración parcializada de la prueba y que no se ha dedicado a la comprobación fáctica de los hechos. Afirma que solamente constituye un juicio moral o ético sobre la persona acusada.

Denuncia la omisión de considerar prueba relevante y significativa apta para obtener una conclusión diversa sobre la acreditación del hecho y la culpabilidad. Realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso interpuesto. Considera que si bien el remedio casatorio procede formalmente, no debe admitirse desde el punto de vista sustancial. Estima que en la sentencia se ha expresado una motivación minuciosa y detallada de todo el cúmulo probatorio producido en el debate. Destaca que se valoró la declaración de la víctima contrastada con el resto de las testimoniales producidas.

Además, que el informe del EDeAAS concluyó que no detectó tendencia a la fabulación. Agrega que en el caso del testimonio de la madre de la niña, el examen psíquico realizado por el Cuerpo Médico Forense afirmó la credibilidad de su relato y que tampoco fabulaba. En relación con los testimonios vecinales, menciona que la sentencia les ha asignado el debido valor que poseen.

En función de lo referido, propicia el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de grado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado C. T., corresponde adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos a continuación. Las críticas de la defensa a la sentencia de condena pueden ser resumidas en dos líneas argumentales.

La primera, que posee motivación contradictoria y arbitraria por no haber cumplido con la sana crítica racional al valorar la prueba. La segunda, que tiene un importante error de subsunción normativa de los arts. 119 y 55 del CP. Pasaré a abordar cada uno en detalle.

En primer lugar, estimo que corresponde el rechazo del cuestionamiento vinculado con arbitrariedad en la valoración de la prueba por parte del juez de la instancia anterior.

En efecto, la defensa cuestiona cómo se valoró la credibilidad de los testimonios producidos en el debate oral que favorecen al acusado y que sostienen, sobre la base de criticar su estado de salud mental, que la madre de G.G.C. ha realizado la denuncia como venganza amorosa contra C. T.. Al respecto, debo señalar que advierto que estos argumentos han sido específicamente tratados por el tribunal en la sentencia con

suficiente razones para asignar el peso probatorio correspondiente.

En este sentido, se destacó que se presentaron a declarar cuatro mujeres (la esposa del acusado –N. E. A.–, dos sobrinas del acusado y tías de la víctima –K. D. A. y M. J. C.– y una amiga del núcleo familiar del acusado –J. C.–) que no aportaron dato específico alguno acerca de los hechos atribuidos.

Como debidamente valoró el tribunal, sus aportes resultaron generales sobre los vínculos familiares, sobre la cantidad de personas que usualmente circula por la casa del acusado y que la vivienda era de tamaño pequeño.

Las declarantes refirieron de forma contundente descalificaciones y críticas respecto de la madre de G.G.C., denunciante en las presentes actuaciones. En relación con los planteos sobre la salud mental y animosidad de G. A. C., madre de G.G.C., el tribunal contextualizó las declaraciones testimoniales con el examen psíquico que confeccionó el licenciado D. V., profesional perteneciente al Cuerpo Médico Forense.

En virtud de que configuró un eje central del litigio, se solicitó la realización de un examen psíquico a la madre de G.G.C. y se citó al profesional a declarar en el debate oral. En esa ocasión, V. explicó que el lenguaje de C. había sido amplio, fluido, coherente, seguía una directriz clara, que ubicaba detalles en tiempo y espacio, lo que le permitía concluir a favor de la credibilidad de su relato. Además, agregó que no detectó un fin ganancial en su discurso. Agregó que G. C. mencionó experiencias psicotraumáticas de su infancia de contenido sexual.

Ello, a criterio del especialista podría haberle impedido percatarse de ciertas situaciones que su hija pudo vivenciar, por operar como mecanismo defensivo la negación (ver registro audiovisual de la audiencia desarrollada en fecha 3 de mayo de 2022 a partir del minuto 18:00).

De tal manera, al analizarse la salud mental de C. y su animosidad en el proceso penal, el examen psíquico constituyó un argumento central a favor de la credibilidad de su relato en la sentencia.

En este sentido específicamente se destacó que no presentó tendencia a la fabulación o mitomanía y que su relato poseía criterios de credibilidad, era espontáneo, coherente y lógico.

Además, el juez de instancia anterior debidamente valoró respecto de las declaraciones testimoniales de las familiares, tanto del acusado como de la víctima, que, en casos de abusos sexuales intrafamiliares, suele producirse un fenómeno de «[...] abroquelamiento de los miembros del grupo familiar» con un fin completamente defensivo a favor del acusado.

Agregó que esta actitud a nivel familiar se sostiene sin ningún análisis por parte de cada miembro y que respecto a la tesis de que G. C. habría denunciado falsamente en contra del acusado, no se explica cómo ello se conjugaría con el interés amoroso que se le atribuye.

En especial, el juez contrastó esa pretendida animosidad con lo informado por el licenciado V. que afirmó no haber observado ganancialidad en su relato y le otorgó preeminencia a este último.

Para concluir que el hecho investigado y la responsabilidad de C. T. se encontraban acreditados, el juez de sentencia también valoró el relato de G.G.C. acerca del hecho. La adolescente mencionó que en dos ocasiones en la vivienda del acusado C. T. le exhibió sus genitales.

Que en una tercera ocasión, un día domingo, se presentó en el domicilio de ella el hijo del acusado y le pidió que la acompañara hasta su vivienda. Que cuando ingresaron, el hijo se retiró y en ese momento C. T. mientras la amenazaba con un arma acerca de que si contaba lo que ocurría la iba a matar le tocó los

pechos, la hizo sacarse el pantalón, le tocó la vulva y la penetró por vía vaginal.

El juez de sentencia valoró que la estructura central y las circunstancias y detalles del hecho investigado fueron relatados por G.G.C. en tres ocasiones de forma coincidente. La primera a su madre –lo que dio lugar a la denuncia–, la segunda en la entrevista preliminar ante el EDeAAS y la tercera en la declaración en Cámara Gesell. Destacó en su valoración que G.G.C. expresó sentimientos acerca de cada uno de los sucesos que describió, como es el miedo que le generó la amenaza con lo que refirió como «escopeta».

El juez de instancia anterior debidamente consideró que el relato era coherente, espontáneo, que poseía estructura lógica y no poseía contradicciones de relevancia. También tuvo en consideración el secuestro de la vivienda del acusado de un rifle de aire comprimido, lo que acredita las menciones que realizó la víctima respecto a haber sido amenazada con un arma.

A ello agregó, el examen psíquico a G.G.C. en el que se afirmó la existencia de indicadores específicos de que la niña había sido transgredida en los límites de su corporalidad y que mencionó haber vivenciado episodios de contenido sexual –exhibiciones de genitales y penetración–.

En este sentido, considero se valoró correctamente el material probatorio incorporado durante el juicio que acreditó la existencia del hecho y la responsabilidad de C. T. por el mismo.

En segundo lugar, en relación con la crítica defensiva sobre la subsunción normativa del hecho, debe señalarse que la defensa no desarrolla argumentalmente de forma alguna su planteo.

La sola mención de que existe un vicio importante sin explicarlo no permite la revisión exigida a esta instancia. Sin embargo, no advierto vicio alguno en la calificación legal en la que el juez de la instancia previa encuadró los hechos que consideró probados.

En definitiva, estimo que no asiste razón a la defensa cuando afirma que en la sentencia que cuestiona no se valoró adecuadamente la prueba obrante en la causa.

Ello, por cuanto considero de los elementos de prueba obrantes fueron debidamente valorados por el juez de la instancia anterior, de acuerdo con las consideraciones y criterios que ya he expuesto en relación con la valoración de los elementos de prueba en hechos donde las víctimas presentan una situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos «**G. Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», «**Buanueva Avallay**» y, más recientemente, «**Vargas Riquelme**», «**G. Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», «**Agüero Pérez**» y «**M. Fernández**», entre otros.

Por su parte, considero que tampoco le asiste razón a la defensa en relación con el genérico cuestionamiento que expresa sobre la calificación legal de los hechos. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narváez Videla**», «**Brancello Urbón**», «**V.**», «**Zurita**» y «**Montenegro Fisigaro**». ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento

sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR.JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a por la defensa de M. D. C. T..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 13 de junio de 2023.- P.). Secretaría, de junio de 2023.-

26- MERENDA. 28-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230628_FcMDL.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 3° párrafo, inc. b y 55 del CP

Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión**, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) previsto y penado por los arts. 119 segundo párrafo, 119 tercer párrafo y 55 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2107, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez.18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez.25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- González Sosa
- Italiani
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06900601-3/1((018601-35725)) FC/ MERENDA DELICIA, LEANDRO POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (35725) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106147616*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06900601-3/1 caratulada "F. C/ M. D., L. J. P/ ABUSO SEXUAL ... S/ CASACIÓN".

La defensa técnica de L. J. M. D. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.107, y sus fundamentos, emitida por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de siete años de prisión, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) previsto y penado por los arts. 119 segundo párrafo, 119 tercer párrafo y 55 del CP, en la causa N° P- 35.725/20.

El pronunciamiento en la causa referida precedentemente fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El Tribunal de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] en fechas y horas no precisadas pero en un periodo comprendido entre el mes de diciembre del año 2019 y hasta aproximadamente el día 2 o 3 de mayo de 2020, en un número indeterminado de veces y en horarios de la siesta, en el domicilio de calle de Dorrego, y en circunstancias en que la menor A.D.C, de 8 años de edad en aquel entonces, visitaba a su progenitor todos los fines de semana en esa casa, el sindicado, L. J. M. D., quien en las fechas referidas visitaba ocasionalmente a su madre en ese lugar, quitaba las prendas interiores de la menor, le daba besos en la boca y realizaba tocamientos en la vagina de la niña, frotando su pene en la vagina y ano de la menor, introducía un dedo en la vagina de la menor sin lesionarla pero ocasionándole dolor. Asimismo, introducía su pene y eyaculaba en la boca de la misma, preguntándole si le gustaba y manifestándole que no dijera nada porque sus padres la iban a retar».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones de la víctima A.D.C. en Cámara Gesell, de Y.C. – madre de la niña–, de A. M., de D. D., la licenciada J. M. y la licenciada M. F. –ambas profesionales del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EdeAAS)–, el examen físico de A.D.C. del Cuerpo Médico Forense (CMF), el examen psicológico realizado a la víctima por el EdeAAS, y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 1 y 2 del CPP. En primer orden, y como vicios de forma, la defensa alega que la sentencia cuestionada deviene arbitraria, en tanto

el sentenciante valoró de manera parcial y en perjuicio de su asistido, las pruebas rendidas durante el debate.

Del mismo modo, señala que el juez de sentencia también se apartó de manera errada e infundada de la prueba debidamente incorporada. En particular, destaca la inexistencia de pericia médica clínica que pudiera determinar lesiones en la supuesta víctima y la falta de intervención del perito de control.

Agrega que el juez de sentencia arribó a una conclusión propia y personal que en nada se condice con las probanzas rendidas en autos. En este sentido, afirma que el sentenciante le otorgó poder convictivo a la declaración en Cámara Gesell de la menor A.D.C. la que, a su criterio, no se relaciona en absoluto con la prueba indirecta. Asegura que quedó debidamente demostrado el ánimo de la progenitora de la menor, Y. C., de realizar la denuncia contra L. M. D. con fines gananciales.

Explica que este extremo quedó debidamente acreditado con el testimonio prestado por la madre de la supuesta víctima, Y.C., cuando declaró que fue «echada» de la casa de su suegra donde vivía, por una discusión o conflicto que mantenía con su cuñada.

Por tal motivo, entiende que todas estas circunstancias llevaron al sentenciante al dictado de una sentencia condenatoria injusta y carente de sustento probatorio, lo que resulta palmariamente contrario a los principios que rigen la sana crítica racional.

En segundo orden, se agravia de los fundamentos del juez de sentencia para resolver el rechazo de las nulidades planteadas respecto de la pericia del art. 97 del CPP y de la realización de una entrevista post Cámara Gesell, en tanto con la producción de estos elementos de prueba se vulneró derechos constitucionales.

Como vicio sustancial, sostiene que existió una errónea aplicación de la ley sustantiva, al considerar que M. D. incurrió en los delitos por los que resultó condenado. En este sentido, refiere que no se cumplió con los requisitos de los tipos penales aplicados, ni mucho menos se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar exigibles para llegar a una solución condenatoria. Conforme a ello, estima que no debería haberse aplicado una pena teniendo en consideración las circunstancias del caso y la inexistencia de prueba directa y objetiva.

En razón de lo expuesto, solicita se revoque la sentencia impugnada y, en consecuencia, se dicte o se ordene el dictado de un nuevo resolutivo estableciendo las nulidades planteadas y la absolución de M. D..
Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada. En este sentido, estima que el juez de sentencia contó con los elementos probatorios suficientes para alcanzar la certeza requerida a los fines de condenar al acusado, los que fueron analizados y cotejados en su totalidad por el juzgador.

Estima que resulta absolutamente válido el valor probatorio asignado al testimonio de la víctima, al que el juez de sentencia calificó como coherente y creíble, y que se encontraba corroborado por elementos juicios periféricos.

De tal manera, concluye que los agravios de la defensa constituyen una discrepancia propia de la labor defensiva, que no logran menoscabar la contundencia de los fundamentos de la sentencia. En razón de ello, sostiene que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

En primer orden, cabe aclarar que si bien la defensa refiere que su presentación se funda en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal. Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos en tanto, y tal como adelantara, no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido.

En segundo orden, debo señalar que teniendo en consideración el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por la defensa, ello justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, y en primer lugar, analizaré los cuestionamientos referidos a la pretendida declaración de nulidad de la pericia realizada al acusado M. D. y de la entrevista post Cámara de Gesell realizada a la niña A.D.C., por cuanto, según entiende la defensa, se habría vulnerado el derecho de defensa de su asistido (a). En segundo orden, abordaré la crítica referida a la valoración probatoria, lo que constituye el núcleo de los agravios esgrimidos por el censurante (b).

a.- Acerca de la pretendida violación al derecho de defensa

Como se dijo, la defensa se agravia por considerar que el juez de sentencia, al resolver los incidentes de nulidad de la pericia psicológica realizada al acusado M. D. por el CMF, y el examen realizado a la niña A.D.C. por el EDEAAS, no consideró correctamente los motivos y argumentos expuestos en su planteo, los que poseen correlato con la vulneración de garantías constitucionales. En este punto debo destacar dos aspectos.

En primer lugar, de las constancias de autos se desprende que la incorporación de las conclusiones de los informes cuestionados en esta instancia fueron consentidas por la defensa a lo largo de todo el proceso, y que recién en la etapa de los alegatos esa parte interpuso incidente de nulidad.

En efecto, al momento de realizarse la audiencia preliminar, la defensa no planteó las nulidades en análisis (art. 366 del CPP) y en oportunidad del ofrecimiento de pruebas, la defensa adhirió a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal, entre las que se encontraban las ahora cuestionadas.

Ellas, fueron debidamente incorporadas en el debate, con acuerdo de las partes (ver registros audiovisuales, día 4/11/21).

Más allá de ello, no advierto la existencia de vicios formales, en tanto en ambas ocasiones la defensa ejerció la facultad de designar un perito de control y, de esta manera, participar en la elaboración de los exámenes cuestionados (ver expediente digital, fs. 74, 83, 95, 101, 126, 173, 176 y 195).

A ello, se suma que durante el desarrollo de la audiencia oral, la defensa tuvo la oportunidad de controlar el testimonio de las licenciadas Marisa Fusari y Julieta Mama, profesionales que tuvieron a su cargo la elaboración del examen de la niña A.D.C.

En otro orden, cabe señalar que la defensa no realiza una crítica razonada de los argumentos considerados por el sentenciante para rechazar los planteos de nulidad. En su lugar, sólo refiere de manera genérica la afectación del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Dicho de otro modo, la defensa no explica en qué modo la supuesta inobservancia de la ley de procedimiento ha derivado en un perjuicio para el acusado M. D..

Al respecto, este tribunal se ha pronunciado en el sentido que «la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes» (ver, al respecto, y entre muchos otros, el **precedente «Miranda Sosa»**).

En dicho pronunciamiento, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404). Estas consideraciones fueron aplicadas por el sentenciante al momento de desestimar aquellos planteos.

En efecto, respecto de la pericia psicológica realizada al acusado, el juez de la instancia previa, acertadamente a mi criterio, si bien coincidió con la defensa que el contenido del informe pudo resultar escaso, entendió que «[...] la pericia del **art. 97 del CPPMza.** no ha tenido en la presente causa preponderancia en clave probatoria, por lo cual no podría calificarse como prueba dirimente, restando al planteo defensivo, su perspectiva de interés legítimo en su declaración de nulidad, convirtiéndose en las denominadas “nulidad por la nulidad misma”».

Del mismo modo, comparto los argumentos brindados por el sentenciante para desestimar el planteo nulificante del examen psicológico realizado a A.D.C por el EdeAAS. En efecto, en tal oportunidad la defensa se agravió por entender que el perito de control, el licenciado Damalde, no participó en la elaboración del informe final. Al respecto, entiendo acertadas las consideraciones del juez de la instancia anterior en cuanto sostuvo que «[...] el Lic. Demalde no negó la notificación, en efecto, conforme su propio testimonio dado durante el debate, asistió a dicho encuentro de profesionales, y simplemente se agravió porque le pasaron un informe ya elaborado, otorgándole la oportunidad para presentar otro informe en disidencia o para firmar en disconformidad, algo que incomprensiblemente no llevó a cabo».

Destacó también el sentenciante que cualquier planteo de nulidad debe operar en el ámbito de la interpretación restrictiva, máxime en la presente causa donde se pone en consideración el acceso a la justicia de una menor de edad. A ello, agregó que «[...] la preclusión operada desde la incorporación a proceso de aquella prueba definitiva e irreproducible hasta el momento del agravio, aparece diáfana» (ver fundamentos, p. 13)

Por las razones expuestas, y no advirtiendo vulneración a las garantías constitucionales en el desarrollo de los actos cuestionados, considero que corresponde desestimar el agravio expuesto en estos términos.

b.- Sobre los alegados vicios en la valoración de la prueba efectuada por el juez de instancia anterior

b.1. Preliminarmente, entiendo necesario destacar que el **análisis integral de todos los elementos existentes**, permiten comprobar que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género, y que – conforme los estándares internacionales y regionales–, A.D.C., quien fue víctima de abuso sexual por parte del acusado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble **condición de vulnerabilidad** que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto; y de los operadores del

derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Además, se trata –como lo destacó el sentenciante– de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres y niñas el testimonio de la víctima constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

En este sentido, en numerosos precedentes he destacado que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver **«Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente «González Sosa», «Scifo Ruffini»,** entre otros).

A su vez, en el precedente **«Alaniz Pineira»** señalé en relación a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Señalé también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este orden, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a]fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)» (ver, al respecto, «Concha, Jesús»).

b.2. Conforme a lo expuesto, debe señalarse que en el caso analizado el juez de la instancia anterior valoró la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales y regionales referidos y, en esa tarea, consideró como un elemento de juicio relevante el testimonio brindado por A.D.C., en tanto entendió que su relato reunía las características necesarias que permitían otorgarles plena credibilidad a sus dichos. Así, el juez de la instancia anterior –en criterio que comparto– sostuvo que el testimonio de la víctima A.D.C. prestado en Cámara Gesell «[...] reunía parámetros de persistencia en sus dichos y ello surge de confrontar, por un lado, su testimonio y la entrevista preliminar realizada por el EDEAAS y, por el otro, el contenido del examen del EDEAAS practicado a ADC pocos días después del develamiento formulado a su madre, Y. J. C. B. y también, los testimonios de M. F. y J. . (ver fundamentos, p. 6).

Asimismo, el juez de sentencia destacó que la licenciada F. del EdeAAS refirió como criterios de credibilidad del testimonio de la niña, que su relato tenía coherencia interna y que no tenía

contradicciones visibles, más allá de su falta de estructura. Agregó la profesional que un/a niño/a no puede brindar el nivel de detalle que A.D.C. precisó si no hubiese vivido una experiencia sexual directa.

Con base en estas consideraciones el juez entendió que no se advertía en el testimonio de la niña indicios de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre el acusado y la víctima o de otras problemáticas familiares, tal como lo sostiene la defensa al defender su postura (ver, p.7).

Sostuvo también el juez de sentencia que la versión de los hechos brindada por la niña A.D.C. encontraba respaldo en otras pruebas y corroboraciones periféricas.

Al respecto, destacó el testimonio prestado por el licenciado A. B. O., psicólogo particular de la niña, quien sostuvo que trató a A.D.C. por un periodo relativamente prolongado, donde tomó conocimiento de la presencia de abuso sexual en la niña.

A ello, agregó que ésta «[...] transitaba un cuadro de estrés postraumático, le costaba mucho la situación de relatar lo que vivió. El síntoma más claro era la evasión, no quería revivir lo sucedido porque le provocaba mucha angustia, al inicio no podía relatar lo vivido, luego se abrió y comenzó a hablar poco a poco» (ver, p.8). Destacó también el sentenciante que el profesional sostuvo, al igual que la licenciada F., que un/a niño/a a esa edad no puede inventar una historia con esos niveles de precisión, por lo que concluyó que los hechos de abuso fueron vivenciados, sin lugar a dudas. Agregó que la niña no tuvo influencia de terceros en este caso (ver, p.9).

También valoró el sentenciante el testimonio prestado por Y.C., madre de A.D.C., quien relató de qué manera la niña develó los hechos de abuso. Del mismo modo, consideró lo declarado por A.M. y D.D., primas de A.D.C. La primera, que declaró a través de Cámara Gesell, manifestó que A.D.C. le comentó las situaciones de abuso por parte del acusado en ocasión de compartir unas vacaciones con toda la familia. La segunda, sostuvo que al enterarse de lo acontecido con A.D.C., a través del grupo de WhatsApp de la familia, habló con el acusado, que estaba preso y le preguntó por qué lo hizo, a lo que éste le contestó «ya sé, me la mandé».

Con base en todo ello, el sentenciante concluyó en relación con el proceder de los padres de A.D.C. y afirmó que «[...] puede juzgarse la conducta de los padres, [Y.J.C. y S.M.D.], como prudente y meditada, al poner en conocimiento a los integrantes de la familia, proceder a formular denuncia, asistir a través de los efectores a la menor y luego hacerla concurrir con el Licenciado B. a la terapia. No se trató de un arrebato sino de una conducta meditada.

Todo ello constituye un indicador de credibilidad» (ver, p.12). Ahora bien, previo analizar los agravios presentados en el recurso impetrado, debo aclarar que el recurrente alega de manera genérica la existencia de vicios formales.

Así, la defensa frente a los argumentos precedentemente referidos, no ha articulado objeción alguna que demuestre qué aspecto del razonamiento del juzgador ha sido arbitrario, por ilógico o por omisión de abordaje de puntos relevantes de la causa. De este modo, entiendo que no puede prosperar en esta instancia el agravio vinculado con la ausencia de toda evidencia física en la niña A.D.C.

Ello, por cuanto la defensa pretende otorgarle relevancia probatoria al examen físico realizado a la niña por el CMF, a partir de un análisis aislado del resto del plexo probatorio y, sin realizar una crítica razonada de los argumentos considerados por el sentenciante en este tópico.

En efecto, el juez de la instancia anterior sostuvo que «[...] los hechos por los que resulta condenado el causante, tanto en la fase de los calificados como sometimiento gravemente ultrajante, como así también en lo relativo a los dos sucesos más graves de introducción de un dedo en la vagina del menor y la práctica de sexo oral, no guardan relación con dicha probanza».

A ello agregó, en criterio que comparto, que «[...] no sería admisible en un contexto de valoración conglobante como el que he propuesto, tener por descartados los sucesos ante la ausencia de lesiones físicas; una conclusión de esa envergadura es rayana al absurdo» (ver, p.10). En este sentido, sostuve en el precedente «Vargas Riquelme» que «[...] la Corte IDH ha reconocido, a diferencia de otras experiencias traumáticas, que «[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual es sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas.

En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de una violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales»» **(Caso Espinoza González vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 193).**

Del mismo modo, no puede prosperar el agravio vinculado con la existencia de un móvil de venganza por parte de la madre de A.D.C., que habría determinado la realización de la denuncia contra el acusado M. D., postura que constituye la hipótesis sostenida por la defensa.

Al respecto, entiendo acertada la consideración del juez de la instancia previa cuando sostuvo que si bien la relación conflictiva entre la madre de la víctima y algunos familiares del progenitor no era un hecho controvertido, se trataba de un elemento periférico que «[...] no acuña el móvil de venganza que pretende la defensa».

Para ello, no sólo consideró que el conflicto tuvo lugar aproximadamente cinco años antes de la denuncia formulada contra el acusado por los hechos investigados en la presente causa, sino que, principalmente, tal postura no alcanza para desvirtuar el plexo probatorio que acredita la materialidad de los hechos y sindicada a M. D. como su autor (ver, ps. 7 y 8).

En definitiva, en base a las razones expuestas, considero que la valoración probatoria realizada por el juez de la instancia anterior se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, donde resulta un elemento fundamental para la acreditación de los hechos la declaración de la víctima.

A ello, debe sumarse, en el caso en análisis, la existencia de numerosos elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita» y «Gómez Ayala», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de L. J. M. D. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 2.107, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de junio de 2023.- P.). Secretaría, 28 de junio de 2023.-

27- FLORES BLANES. 29-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA Par.	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230629_FcFBS.pdf

Lex: Art. art. 119, 1°, 2°, 3°, 4°, 5° párrafo, art. 142 inc. 2°, 92, 80 incs. 1° y 11° y art. 55 del CP.
del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Abuso sexual simple agravado. Convivencia. Abuso sexual gravemente ultrajante. Privación ilegítima de la libertad agravada. SP: persona la que le debe respeto particular. Acceso carnal. Lesiones leves dolosas calificadas. Violencia de género. Relación de pareja.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **de quince años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años y abuso sexual gravemente ultrajante, todo en concurso real (tres hechos) (arts. 119 primer párrafo, último párrafo en función del inc. f, 119 segundo párrafo y 55 del CP) y por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida contra una persona a la que le debe respeto particular, abuso sexual con acceso carnal (número indeterminados de hechos), lesiones leves dolosas calificadas por mediar violencia de género y por la relación de pareja preexistente (dos hechos), todo en concurso real y en contexto de violencia de género (art. 89 en función con los arts. 92, 80 incs. 1 y 11, art. 142 inc.2, art. 119, tercer párrafo en función del primer párrafo del mismo artículo y art. 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2361, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez.18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez.25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Doctrina citada

GONZÁLEZ, E. y otras. Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6-14. Chile.

REDONDO ILLESCAS, S. y Garrido Genovés, V. Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. (Licencia). Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06983140-5/1((018602-731578)) FC/ FLORES BLANES SERGIO ALEJANDRO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS EN C.R. TRES HECHOS" P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106225780*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06983140-5/1 caratulada "F. C/ F. B., S. A. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO... S/ CASACIÓN". En las presentes actuaciones, la defensa de S. A. F. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.361, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de quince años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con un menor de dieciocho años y abuso sexual gravemente ultrajante, todo en concurso real (tres hechos) (arts. 119 primer párrafo, último párrafo en función del inc. f, 119 segundo párrafo y 55 del CP) en causa n° P-731.578/19; y por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida contra una persona a la que le debe respeto particular, abuso sexual con acceso carnal (número indeterminados de hechos), lesiones leves dolosas calificadas por mediar violencia de género y por la relación de pareja preexistente (dos hechos), todo en concurso real y en contexto de violencia de género (art. 89 en función con los arts. 92, 80 incs. 1 y 11, art. 142 inc.2, art. 119, tercer párrafo en función del primer párrafo del mismo artículo y art. 55 del CP) en la causa la n° P- 733.313/19.

De conformidad con lo determinado en la audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado en la causa n° P- 731.578/19 que «[...] sin precisar con exactitud la fecha pero aproximadamente cuando K.A.G. tenía 12 o 13 años de edad, en momentos en que se encontraba en el domicilio de su progenitora sito ..., S. A. F. B., quién en ese momento era la pareja de su madre [de aquélla] y convivía en el domicilio, aprovechando que la menor se encontraba mirando televisión con sus hermanos pequeños en el domicilio antes referido; que los mismos estaban dormidos y que la progenitora de ésta se estaba bañando, la besó en la boca, mordiéndola, le metió la mano por debajo de la remera y le tocó sus pechos, le sacó el pantalón siendo que K.A.G. no tenía bombacha y ante la negativa de ésta, tomó la mano y el cuello de su hermano que se encontraba junto a ella, ocasionando miedo en la víctima para posterior chuparle la vagina. Asimismo, en dos ocasiones anteriores, una de ellas en el domicilio antes detallado, el incuso le tocó los glúteos y la vagina a K.A.G., introduciendo su mano por debajo de su bombacha con el pretexto de hacerle masajes y en una fiesta de 15 años el incuso le apoyó por detrás su pene mientras bailaba». Del mismo modo, el juez de sentencia entendió que en la causa n° P733.313/19 quedó probado que «[...] sin poder

precisarse una fecha exacta, pero en el lapso de tiempo comprendido entre los años 2015 y junio de 2019, en horas de la madrugada, S. A. F. B., en la vía pública, intersección de ..., luego de una discusión golpeó con el puño a [A.C.G.R.] en sus costillas del lado derecho, cayendo [A.C.G.R.] al piso, para luego seguir golpeándola con el pie en el suelo, causándole una fisura en una de sus costillas. En otra oportunidad, sin poder precisar fecha y hora y en el domicilio ... antes mencionado, F. B. empujó contra la pared a su pareja [A.C.G.R.], sacó un cuchillo grande del comedor, lo llevó al dormitorio, rompió el celular de la víctima y arrinconó a la misma contra uno de los roperos y comenzó a darle puntazos con el cuchillo cerca de su cara, impactando una de las veces en el espacio intercostal derecho en intersección en tercio medio de línea clavicular derecha. Asimismo, en varias oportunidades, en el mismo domicilio, fin de semana por medio, cuando sus hijos se iban a la casa del padre y se retiraban del lugar, F. B. encerraba a su pareja, poniendo una traba en la puerta y haciendo permanecer a la víctima en esa vivienda, permaneciendo allí por temor a represalias del sospechado si salía del domicilio. Por último, en un número indeterminado de veces, cuando estaban acostados en esa vivienda, F. B. obligaba a la víctima a tener relaciones cuando ésta no quería hacerlo por estar en camas contiguas con los tres menores y por temor a represalias ésta accedía».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de las víctimas K.A.G en Cámara Gesell y de A.C.G., de J. G., de M. R., de la Lic. Paola Bombini del Programa Provincial de Maltrato Infantil (P.P.M.I.), de las licenciadas Ana Carolina Cucchi y Andrea Riveros, ambas profesionales del Equipo de abordaje de abuso sexual (EdeAAS), el informe psicológico realizado a ambas víctimas, el examen físico de la víctima A.C.G. del Cuerpo Médico Forense (CMF) y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP. En primer orden, la defensa cuestiona la falta de fundamentación de la pena impuesta al acusado F. B..

En este sentido, señala que advierte un notorio desapego del juez de sentencia de las reglas más básicas y elementales de la fundamentación de los actos procesales.

Sostiene que el juez sólo dedicó dos párrafos para meritar las causas de agravamiento y atenuación de la pena, para concluir –sin más– que el reproche ajustado a la culpabilidad del autor se situaba en los quince años de prisión.

Cuestiona que como circunstancias agravantes, sólo mencionó la naturaleza y características de los hechos, los que calificó de extrema gravedad, y la extensión del daño causado, a lo que agregó su falta de reparación.

Expresa que el sentenciante sólo consideró como circunstancias atenuantes, el escaso grado de instrucción formal del acusado (escuela primaria) y, en función de ello, las limitadas posibilidades de internalizar los valores que la ley le reprocha, el medio socio cultural en el que se desenvuelve y la carencia de antecedentes penales.

Destaca que el juez no consideró como una circunstancia atenuante, la situación socio-económica, y el mayor impacto que representa la pena para el acusado, por ser sostén de familia. Señala que tampoco valoró el aporte que realizaron las víctimas a la conducta de su defendido, lo cual si bien no es suficiente para exonerarlo, sí debió considerarse como un elemento relevante al meritar el monto de la pena.

Asimismo, sostiene que no se valoró que el acusado al momento de los hechos, trabajaba para «llevar el pan» a su familia.

Agrega que el juez de la instancia anterior también incurrió en una doble valoración incompatible con el principio ne bis in idem, pues empleó como elementos agravantes de la pena datos que ya se encuentran contenidos en la escala penal prevista en abstracto para el ilícito.

Aclara que el resto de la fundamentación consistió en meras afirmaciones dogmáticas sin sustento en aspectos concretos de la causa. De tal modo, considera que la pena no fue adecuadamente fundada, pues de todos los elementos que le brinda los arts. 40 y 41 del CP sólo considero dos de ellos, omitiendo valorar los demás.

En segundo orden, sostiene que el juez de sentencia valoró de manera arbitraria los elementos de juicio incorporados al debate, ya que estos no fueron suficientes para tener por acreditados en grado de certeza la participación del acusado en los hechos atribuidos. En este sentido, alega que el juez de la instancia previa no valoró las pruebas ofrecidas por la defensa.

Así, y en relación a la causa n° P-731.578/19, destaca que el juez no valoró la historia clínica emitida por el CIPAU, la cual fue incorporada como nueva prueba durante el debate oral. En aquella se hizo mención que la niña K.A.G. escucha voces y refiere que tiene problemas de consumo de distintas drogas, desde que tenía la edad de diez años.

Sostiene que no se valoró que tanto los progenitores como la abuela de la niña, en sus declaraciones no hicieron referencia a esta situación de adicción de K.A.G., como así tampoco se valoró las grandes contradicciones en las que incurrieron estos testigos.

Expresa que los profesionales que declararon en el debate, al ser interrogados sobre las causas que podrían haber producido una esquizofrenia en K.A.G., sostuvieron que generalmente se trata de una predisposición genética. Asegura que las drogas producen alteraciones a nivel cerebral y suelen modificar la realidad vivida, situación que no fue valorada por el sentenciante.

Señala que el juez de sentencia no consideró que el informe psicológico realizado al acusado F. B. por la licenciada Gema Lara Lanteri, profesional del Cuerpo Médico Forense, en ningún momento expresó que el acusado tuviera alteraciones en el área sexual.

Destacó también que el profesional refirió que F. B. era capaz de cumplir con ciertas normativas, lo cual sería un indicio de que el acusado tiene cierto control de sus impulsos.

Expresa que los fundamentos de la sentencia son producto de una valoración arbitraria de la prueba incorporada, carente de motivación razonable y se sustentan en meras suposiciones.

Con respecto a los agravios vinculados a los autos n° P- 733.313/19, alega que la presunta víctima A.C.G.R. relató los hechos de manera distinta a su primera declaración. Agrega que, por tal motivo, se le tuvo que leer la denuncia a fin de que ratificara lo declarado en un primer momento.

Destaca que no se valoró que A.C.G.R. denunció los hechos objeto del presente proceso, con posterioridad a la iniciación de las actuaciones donde se investigó el abuso sufrido por la niña K.A.G. por lo que, a su criterio, resulta evidente que A.C.G.R. intentó cubrirse de una posible responsabilidad penal de su parte con respecto a su hija menor. Agrega que del examen psíquico que se le realizó a A.C.G.R., se desprende que ésta no presenta indicadores de estrés post traumático ni daño psíquico, aspecto que no fue valorado por el sentenciante.

Con base en lo expuesto, concluye que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas se encuentran alcanzadas por el principio de la duda que favorece al acusado F. B.. En función de ello, solicita se revoque la sentencia cuestionada y, en su lugar, se disponga la absolución de F. B.. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia cuestionada. Señala que el recurso defensivo gira principalmente en torno al monto de la pena impuesta por un lado y, por otro, a cuestionar la valoración del plexo probatorio llevada a cabo por el juez de sentencia. Estima que el plexo probatorio fue analizado en su conjunto, contando con pruebas de naturaleza objetiva que respaldan la certeza a la cual llegó el sentenciante.

Así, advierte en primer lugar que el juez analizó el testimonio brindado por la víctima, K.A.G. en Cámara Gesell, teniendo presente que los hechos investigados ocurren en la intimidad y sin la presencia de testigos. Señala que también el juez de sentencia analizó exhaustivamente los distintos testimonios, incluso de la madre del acusado, V. J. B.. Entiende que tal examen y valoración probatoria permitió al juez sentenciante concluir que la víctima brindó un relato claro, coherente, persistente y coincidente en todas las instancias de evaluación y de intervención, y circunstanciado en tiempo y espacio.

Considera que tal proceder minucioso del sentenciante se ha extendido a ambas causas, alcanzándose la certeza necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria tanto, los autos nº P-731-578/19 como en los nº P733.313/19.

Finalmente, y en cuanto a la pena impuesta, sostiene que se puede afirmar que se encuentra debidamente motivada, observándose correctamente aplicados los parámetros que surgen de los artículos 40 y 41 del CP. Por otro lado, entiende que el monto determinado se aleja significativamente del máximo previsto para los delitos endilgados, por lo que la pena aplicada al acusado no surge desproporcionada a luz de los injustos cometidos. En virtud de lo expuesto, concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Por razones de orden expositivo, corresponde comenzar el tratamiento de los agravios vinculados con la valoración de la prueba efectuada por el juez sentenciante, para luego avocarme a las críticas relacionadas con la pena aplicada al acusado.

a.- Consideraciones acerca vicios en la valoración de la prueba efectuada por el juez de instancia anterior alegados por la defensa

a.1.- Análisis integral.

Previo ingresar al análisis de los elementos de juicio que dieron sustento a la solución condenatoria adoptada por el sentenciante, entiendo necesario destacar que el análisis integral de las presentes actuaciones, permiten comprobar que las causas en tratamiento aparecen enmarcados dentro de claros supuestos de violencia de género.

En este sentido, debe tenerse presente los estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

Al respecto me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que señalé la importancia de partir en el análisis de hechos, en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y

sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», «**Reyes Cortelezzi**», «**Di Césare**», «**Acuña**», entre otros).

Asimismo, en el pronunciamiento **en pleno «Hisa»** hice referencia al estándar punto de partida del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la **Corte IDH en el caso «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»**; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485. Además, se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres y niñas el testimonio de ellas constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

En este sentido, en numerosos precedentes he destacado que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «**Galdeano Reyes**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente «**González Sosa**», «**Scifo Ruffini**», entre otros).

A su vez, en el precedente «Alaniz Pineira» señalé, en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Agregué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este orden, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (ver, al respecto, «Concha, Jesús»). A todo ello debe agregarse que conforme los estándares internacionales y regionales que he tenido oportunidad

de destacar en diversos precedentes (ver «Concha», entre otros), la niña K.A.G. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de las que históricamente han sido objeto. También, de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Sentado lo que antecede, realizaré el análisis revisorio de la valoración de las pruebas cuestionadas por el recurrente a través de la sana crítica racional y la aplicación de los estándares probatorios de género, a fin de resolver si la sentencia en crisis contiene o no motivación válida y con perspectiva de género. Veamos.

a.2.- Causa n° P-731.578/19

Conforme a los conceptos referidos en el punto anterior, debe señalarse que en el caso analizado en la presente causa, donde la víctima K.A.G. era menor de edad al momento de los hechos, el juez de la instancia anterior valoró la prueba de la causa de acuerdo con los estándares internacionales y regionales referidos para este sector etario. De este modo, el juez de sentencia entendió que el relato de K.A.G. en Cámara Gesell «[...] resulta de vital importancia, teniendo en especial consideración que los hechos lesivos de la integridad sexual ocurren en la intimidad y sin la presencia de testigos, por lo que esta declaración constituye una prueba esencial y dirimente».

Consideró que a partir del relato brindado por la niña K.A.G., quedaron evidenciados los distintos hechos de abuso sexual a los que el encartado la sometía, como así también, entendió que la niña proporcionó elementos circunstanciales que permitió ubicar los hechos en tiempo y espacio. Sostuvo además, en criterio que comparto, que la credibilidad del testimonio de la niña K.A.G. también se apoyaba «[...] en prueba objetiva de carácter científico que le da sustento, con características de verosimilitud, credibilidad, coherencia interna, resonancia afectiva y ausencia de ganancialidad e influenciabilidad, que permiten tener por ciertos los hechos de abuso sexual que se le endilgan al encartado F. B.» (ver, fundamentos p. 13).

Agregó el sentenciante que la licenciada Paola Bombini integrante del Programa Provincial de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez y Adolescencia hizo referencia a los perjuicios psicológicos que estos sucesos de abuso ocasionaron a K.A.G., tales como la autoflagelación, la ideación suicida, la impulsividad, las complicaciones en sus relaciones interpersonales, entre otras consecuencias. Del mismo modo, el juez sostuvo que la licenciada Cucchi del EdeAAS brindó acabadas razones para concluir sobre la credibilidad del testimonio de la niña K.A.G. Agregó que la profesional advirtió en la niña indicadores específicos de abuso sexual, tales como el relato creíble de la víctima y un correlato emocional acorde a esa vivencia. Dentro de los indicadores inespecíficos, destacó que la profesional señaló la inestabilidad emocional, la irritabilidad, la rebeldía, conductas agresivas propias y hacia terceros, indicadores de angustia vinculados a la erotización que podrían guardar relación directa con el haber transitado las primeras experiencias sexuales en una situación abusiva, debido a la diferencia de edad entre ella y su agresor. Agregó la licenciada Cucchi que estos síntomas daban cuenta del impacto psicotraumático que los hechos han ocasionado en la niña, la que estaba inmersa en una dinámica familiar disfuncional (ausencia de un rol materno protector y asunción de tareas hogareñas propias de sus padres).

Por su parte, el sentenciante sostuvo que la licenciada Andrea Riveros, también del EdeAAS, declaró en el mismo sentido que la licenciada Cucchi sobre las características del relato de K.A.G.. Destacó el magistrado

que la profesional refirió en relación con la niña K.A.G., que al momento del examen en la entrevista preliminar y durante su declaración en Cámara Gesell, se encontraba lúcida y orientada y «[n]o se objetivaron alteraciones senso-perceptivas de tipo psicóticas, como así tampoco en el curso y contenido del pensamiento» (ver, fundamentos p. 14).

Ahora bien, la defensa frente a los argumentos precedentemente referidos, no articula argumentos adecuados que demuestren qué aspecto del razonamiento del juzgador ha sido arbitrario, por ilógico o por omisión de abordaje de puntos relevantes de la causa. Así, la defensa plantea que el juez de sentencia no valoró el informe remitido por el CIPAU, de donde surgiría que la niña K.A.G. tiene problemas con el consumo de drogas desde que tenía diez años de edad, como así también, que escucha voces. Agrega que este último aspecto no fue referido por los padres y abuela de la niña. Entiendo que los argumentos esgrimidos por la defensa a fin de intentar desvirtuar el relato de la víctima K.A.G. no pueden prosperar. En efecto, si bien el referido informe no fue valorado por el sentenciante, lo cierto es que, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los/as jueces/zas no están obligados a ponderar, una por una y exhaustivamente, todas las pruebas agregadas a la causa sino sólo aquéllas estimadas conducentes para fundar sus decisiones (**Fallos 248:335; 253:461**).

Además, debe señalarse que la defensa no explica de qué manera la omisión en la consideración de tal elemento de prueba hubiese variado el sentido de la decisión final frente al acerbo probatorio analizado. En otros términos, la defensa pretende una solución distinta a la que llegó el sentenciante y, en esta tarea, omite analizar los elementos de juicio que resultaron relevantes para el magistrad, de acuerdo a los criterios que rigen la sana crítica racional y los compromisos convencionales en la materia, tales como la prueba periférica de carácter objetivo que dio sustento al relato de la víctima. Además, cabe agregar, que estos elementos fueron incorporados al debate con la conformidad de las partes, y su validez tampoco es cuestionada en esta instancia.

Del mismo modo, no puede prosperar el argumento vinculado a las supuestas alteraciones a nivel cerebral que las drogas habrían ocasionado a K.A.G y que habrían incidido en la realidad que percibió la víctima. En efecto, según advierto esta conclusión se deriva de una apreciación personal de la defensa, en tanto no se condice con las constancias de la causa.

Al respecto, como ya se refirió, los profesionales que intervinieron en las distintas instancias del proceso coincidieron en concluir acerca de la credibilidad del relato de la niña K.A.G.. Por su parte, la licenciada Riveros del EdeAAS, como ya se analizó, precisó que K.A.G. no presentó «alteraciones senso-perceptivas de tipo psicóticas, como así tampoco en el curso y contenido del pensamiento». De este modo, según entiendo, estos argumentos carecen de razón suficiente como para desgranar los fundamentos con los que el sentenciante tuvo por corroborado el objeto de conocimiento y justificó la calificación impuesta a los hechos.

Por otro lado, la defensa refiere –pero no explica– la existencia de supuestas contradicciones en los relatos prestados por los padres de K.A.G., J.G. y A.C.G.R., como así también, por la abuela de la víctima, M.N.R. Al respecto, debo destacar que el sentenciante, al analizar los mencionados testimonios sostuvo, que «[...] el relato proporcionado por la menor [a los testigos] sobre los distintos episodios de abuso se mantiene incólume en sus aspectos esenciales y sindicó categóricamente al encartado F. B. como el autor de los mismos».

Tampoco puede prosperar el argumento de la defensa vinculado con la valoración que realizó el sentenciante de lo declarado por la licenciada Lanteri, profesional del Cuerpo Médico Forense que intervino en el examen psicológico de F. B.. Así, sostiene que la mencionada profesional en ningún

momento expresó que el acusado tenga alteraciones en el área sexual. De ello, el recurrente infiere, como un indicio desincriminante, que F. B. tendría control sobre sus impulsos. En efecto, en primer orden –y contrariamente a lo sugerido por la defensa–, la mencionada profesional sostuvo en el debate que de la evaluación realizada al acusado pudo observar «inmadurez, pensamiento concreto e impulsividad». A ello, agregó la necesidad de que el acusado F. B. realizara tratamiento psico-terapéutico de violencia de género, como así también, que no mantuviera contacto con menores. Ello, conforme normativa y convenciones internacionales (ver, fundamentos p. 11).

En segundo orden, amén de que la interpretación realizada por la defensa sobre las conclusiones referidas, no se condicen con los elementos de juicio incorporados al debate, lo cierto es que tampoco su interpretación –aun considerándola válida– tiene la relevancia probatoria que pretende el censurante. En este sentido, en el **precedente «González Pringles»** me he pronunciado sobre los conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual.

Señalé en tal oportunidad, que entre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos cometen este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de prejuicios equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que pueden restringir los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

En otras palabras, no es necesario tener por acreditado ningún perfil psicológico particular por parte de personas acusadas para poder considerarlos autores de abusos sexuales.

En este sentido, sostuve en el **precedente «Yerkin»** que «[...] existe una amplia discusión en relación con establecer un perfil del abusador sexual, por lo que a partir de modelos teóricos unifactoriales, multifactoriales y de una interacción entre distintos factores, se hace referencia a características y factores asociados sin caer en generalizaciones, y se afirma que «[!]os abusadores sexuales son heterogéneos en las características de personalidad y psicopatología. Pueden o no tener trastorno de personalidad» (**González, E. y otras. Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6-14. Chile**).

En igual sentido, investigaciones criminológicas empíricas de varones condenados por delitos sexuales indican que no se pretende realizar clasificaciones de tipologías de violadores sino una categorización de situaciones donde un eventual autor se encuentra con una víctima potencial.

Se ejemplifica con una investigación española sobre sujetos condenados en prisión por violación, el 70 % negaron los delitos, «la mayoría no presentaban clínicamente patologías», tenían pocos antecedentes penales y presentaban más participación laboral que otros condenados (**Redondo Illescas, S. y Garrido Genovés, V. Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714**).».

Sumado a ello, entendí que «[...] la exigencia de la presencia del trastorno de pedofilia como presupuesto para la existencia de un abuso sexual de una niña cometido por su progenitor, se encamina a la aplicación

de un derecho penal de autor violatorio de las garantías del acusado establecidas en el art. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.».

Con base a lo expuesto, y como adelantara, corresponde desestimar los agravios vinculados con la valoración de la prueba en la presente causa, en tanto no se verifican los vicios alegados.

a.3.- Causa P-733.313/19

En la presente causa también son extensibles las consideraciones respecto de la manera en que la defensa presenta sus agravios. Ello, en tanto a partir de un análisis parcial del acerbo probatorio y ceñido a sus intereses pretende una solución distinta a la llegada por el sentenciante. La defensa dirige principalmente sus agravios en intentar desvirtuar el testimonio prestado por la víctima A.C.G.R., a partir de supuestas contradicciones o inconsistencias en su relato.

En primer lugar, señala que A.C.G. relató los hechos de manera distinta a su primera declaración. Agrega que, por tal motivo, se le tuvo que leer la denuncia a fin de que ratificara lo declarado en un primer momento. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar.

Ello, por cuanto la defensa no especifica cuáles serían las contradicciones y qué incidencia tendría en la credibilidad del relato de A.C.G.R. No obstante ello, se desprende de los fundamentos de la resolución cuestionada y de los registros audiovisuales (ver, audiencia día 04/07/22, a partir del minuto 40:47), que la víctima A.C.G.R, a requerimiento de la fiscal, ratificó en debate la circunstancia referida en la denuncia y omitida en debate, según la cual previo a ser agredida por el acusado en la calle, los dos estuvieron en la casa de la madre de éste.

Entiendo que tal circunstancia no tiene la relevancia que pretende la defensa frente a los fundamentos que brindó el sentenciante para sostener la credibilidad del relato de A.C.G.R. En efecto, el juez de la instancia anterior entendió que el relato de la víctima A.C.G.R. era «[...] claro, creíble, coherente, contextualizado, carente de fabulación, con correlato emocional, propio de una mujer inmersa en un contexto de violencia doméstica y de género que encuentra apoyo objetivo en los informes psicológicos que se le han practicado y las declaraciones de los profesionales intervinientes que dotan el relato de la fuerza de convicción necesaria para tener por ciertos los hechos que se le atribuyen al encartado» (ver, fundamentos p.23).

Destacó el sentenciante que la licenciada Silvestre del EPI sostuvo respecto a la víctima A.C.G. la existencia de un riesgo vital alto. También señaló que fue víctima de violencia psicológica, física y sexual por parte del acusado F. B.. A ello, agregó que el primer hecho donde el acusado F. B. lesionó a A.C.G.R. en la vía pública, fue presenciado por los testigos R. Y. y R. L., quienes describieron de manera objetiva la situación de violencia a la que fue sometida la víctima por parte del acusado F. B. Del mismo modo, el sentenciante valoró que la versión de A.C.G.R. según la cual fue lesionada en la zona de la clavícula derecha por el acusado, fue también corroborado con el examen físico del Cuerpo Médico Forense, de donde se desprende la presencia de lesiones en la víctima compatible con su relato.

En segundo lugar, la defensa sugiere que A.C.G.R. habría denunciado los hechos objeto de las presentes actuaciones a fin de intentar evadir una posible responsabilidad penal por la causa donde se lo acusa a F. B. por los supuestos abusos cometidos contra la hija de A.C.G.R. Entiendo que estos agravios no pueden prosperar, en tanto no tienen asidero en las constancias de la causa.

En efecto, el sentenciante consideró, en criterio que comparto, que la credibilidad del relato de la víctima fue corroborado con prueba periférica de carácter objetivo, cuya validez no ha sido objeto de impugnación en esta instancia. A ello debe sumarse, que la personalidad de A.C.G.R. descrita por las licenciadas Cucchi y Silvestre no se condice con la interpretación que realiza la defensa de lo acontecido.

En efecto, la licenciada Silvestre del EPI señaló, tal como lo valoró el sentenciante, que la víctima posee una «[...] estructura de personalidad deficitaria, con escasos recursos internos para resolver conflictos, observándose fallas en el proceso de planificación, anticipación y organización de la conducta».

Agregó la profesional que advirtió en A.C.G.R. «[...] nulos niveles de alarma respecto de potenciales situaciones de riesgo y vulnerabilidad tanto para su persona como para sus hijos». De manera tal que la postura de la defensa, carente de mayores precisiones y con omisión de análisis los elementos de juicio relevantes para la causa, no logra conmover los razonamientos sobre los cuales el sentenciante llegó a una solución condenatoria.

Por las mismas razones corresponde desestimar el agravio vinculado con el examen psíquico realizado a A.C.G.R. por el EdeAAS, en tanto la defensa señala que la supuesta víctima no presentó indicadores de estrés posttraumático ni daño psíquico. En efecto, la defensa omite considerar que la víctima se encontraba inmersa en un ciclo de violencia de género y las implicancias que tal situación conlleva. Así también, cabe agregar lo precisado por la licenciada Silvestre del EPI, y que conforman los argumentos expresados por el juez de sentencia, quien refirió que A.C.G.R. «[...] ocupa un rol de inferioridad, con tendencia a la acomodación, adaptación, pasividad y naturalización de la violencia como forma de interacción y comunicación» (ver, fundamentos p. 23).

De acuerdo con lo expuesto, los agravios propuestos de la defensa vinculados con la ponderación de los elementos de prueba realizada por el juez de sentencia en la presente causa no resultan procedentes.

a.4.- En definitiva, con base a las razones expuestas, considero que la valoración probatoria realizada por el juez de la instancia anterior se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, donde resulta un elemento fundamental para la acreditación de los hechos la declaración de la víctima. A ello, debe sumarse, en el caso en análisis, la existencia de elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato. b.- Sobre la pretendida arbitrariedad en la determinación del monto de la pena Como vicio sustancial la defensa sostiene que la pena impuesta a F. B. resulta arbitraria. En este sentido, centra sus agravios en dos aspectos: por un lado, la escasa fundamentación de las circunstancias tanto agravantes como atenuantes que tuvo en consideración el magistrado para determinar la pena.

Por otro lado, la circunstancia según la cual el juez de sentencia no habría valorado todos los elementos enumerados en el art. 41 del CP. Agrega que el juez de la instancia anterior también incurrió en una doble valoración incompatible con el principio *ne bis in idem*, pues empleó como elementos agravantes de la pena datos que ya se encuentran contenidos en la escala penal prevista en abstracto para el ilícito. Entiendo que los agravios esgrimidos en este tópico no pueden prosperar, en tanto la pena aplicada al acusado por el sentenciante no adolece de los vicios que le adjudica la defensa. En primer orden, debo señalar que la defensa se limita a afirmar la existencia de una fundamentación aparente en el proceso de determinación de la pena impuesta al acusado F. B., sin que de sus argumentos se desprenda un análisis crítico de las razones consideradas por el juez para llegar al monto de pena aplicado.

En segundo orden, y con relación al cuestionamiento vinculado con que el sentenciante no valoró todos los elementos enumerados en el art. 41 del CP, cabe aclarar que este Tribunal en anteriores pronunciamientos ha sostenido que «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo “de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso”» (ver, al respecto, «**Córdoba**», entre otros).

No obstante ello, la defensa tampoco demuestra cómo la valoración de las circunstancias que no fueron consideradas por el sentenciante, debieron impactar en el monto de la pena, por lo que también, por esta razón, debe desestimarse el agravio planteado.

Del análisis de la sentencia se advierte que el juez de la instancia previa determinó en la escala penal aplicable, aquellos criterios de la norma del art. 41 del CP que fundan su decisión y el sentido en que fueron valorados. Así, estimo que la afirmación que realiza la defensa –carente de mayores precisiones– sobre una insuficiente motivación, no alcanza para conmover la decisión en crisis.

En efecto, de los fundamentos cuestionados, se desprende que el juez de sentencia, contrariamente a lo sugerido por la defensa, fundó adecuadamente las circunstancias agravantes en virtud de las cuales considero que la pena debía alejarse del mínimo legal. Ello, en tanto entendió que éstas «[...] gravitan tanto en el contenido del injusto penal del tipo penal en cuestión como en la culpabilidad y necesidad de pena al autor». De este modo, al analizar la naturaleza y gravedad de los hechos, hizo referencia no sólo al contexto de violencia de género en el que fueron perpetrados los hechos, sino también que los abusos fueron cometidos sobre una menor, hija biológica de su pareja.

Destacó, principalmente, los graves daños psicológicos ocasionados a la niña K.A.G., los que se encontraban corroborados por los distintos exámenes psicológicos realizados a la víctima.

Al respecto, precisó que la problemática psicológica y de adicciones de K.A.G. estaban relacionadas con los abusos perpetrados por el acusado, ello de acuerdo con lo que se desprendía de la historia clínica de la niña remitida por el CIPAU. Del mismo modo, ponderó las graves consecuencias que los hechos de violencia ocasionaron a la víctima A.C.G.R., no sólo en el aspecto psicológico, sino también en la ruptura de la convivencia con su hija K.A.G., como consecuencia de los distintos hechos perpetrados por el acusado.

Asimismo, consideró también que el acusado F. B. tenía una edad cercana a los treinta años al momento de los hechos, lo que considero un indicio de madurez suficiente para internalizar los valores sociales y, en definitiva, evitar la conducta prohibida por la norma. Como circunstancias atenuantes valoró el escaso grado de instrucción formal del acusado (educación primaria), en función de las limitadas posibilidades de internalizar los valores que la ley le reprochaba. A ello sumó el medio sociocultural en el que se desenvolvía y la carencia de antecedentes penales (ver, fundamentos, pp. 26/27).

De acuerdo con lo analizado, estimo que el juzgador tuvo en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del CP) para arribar a una solución adecuada en el caso.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los seis y los cuarenta y siete años, la pena impuesta se encuentra dentro del primer tercio de ella, por lo que las razones del sentenciante para apartarse del mínimo legal aparecen debidamente fundadas.

Por último, entiendo que no puede prosperar el agravio vinculado con la supuesta doble valoración sobre los elementos del tipo que habría realizado el sentenciante al momento de determinar el monto de la pena. En primer lugar, debo decir que la defensa no explica cuáles serían aquellos elementos de los tipos penales atribuidos al acusado que, según su criterio, fueron considerados indebidamente por el magistrado para mensurar la pena.

En segundo lugar, y de acuerdo a las razones ya analizadas sobre las que el juzgador consideró adecuado alejarse del mínimo penal, se advierte que han tenido un lugar preponderante en la valoración los graves daños psicológicos que los distintos hechos perpetrados por el acusado ocasionaron a las víctimas. Dicho esto, advierto que los tipos penales atribuidos al acusado por los hechos cometidos en ambas causas, no contienen elementos que impliquen la valoración de estos extremos.

Por tal motivo, corresponde desestimar la pretensión de la defensa.

En definitiva, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o meramente dogmática de la pena, sino que el juez interpretó y aplicó las normas sustanciales correspondientes con base a las constancias de la causa. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita» y «Gómez Ayala», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSE V. VALERIO adhiere al voto que antecede. SOBRE

LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. JOSE V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de S. A. F. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de junio de 2023.-

28- CRUZ LOPEZ. 05-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	PI.	-	ANA	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230705_FcCLR.pdf

Lex: Art. 119, 4° párrafo inc. d) en función con el 3° párrafo del mismo artículo, art. 55, art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, arts. 54 y art. 167 inc. 1° del CP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Participación de más de dos personas. Arma. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Lugar despoblado. Masculinidad.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** como coautor de abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de más de dos personas y por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con robo agravado en lugar despoblado, declarándolo reincidente. La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2139, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Miranda Sosa.
- Luna García.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Martínez Fernández. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcMFC.pdf
- Gaudencio Costa. 11-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180911_FcGCR.pdf
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf

Doctrina citada

Ministerio Público Fiscal de la Nación - Dirección General de Acceso a la Justicia y Dirección General de Políticas de Género -, Cuadernillo para reflexionar sobre la construcción de las masculinidades, Procuración General de la Nación, 2020, p. 1

FABBRI, Luciano, «La masculinidad como proyecto político extractivista. Una propuesta de reconceptualización», en FABBRI, Luciano (comp.), La masculinidad incomodada, UNR editora, Rosario, 2021, p. 31

SEGATO Rita. La guerra contra las mujeres, 1ª.ed. Madrid: Traficantes de Sueños. 2016. pp. 250/255

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06910719-7/1((018602-762121)) FC/ CRUZ LOPEZ, RODRIGO RAÚL P/ ABUSO SEXUAL (762121) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106157445*

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06910719-7/1, caratulada “F. c/ C. L. R. R. P/ ABUSO SEXUAL / CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de R. R. C. L. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.139 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión como coautor de abuso sexual con acceso carnal agravado por la participación de más de dos personas y por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con robo agravado en lugar despoblado en los obrados P-762.121/19 (art. 119 cuarto párrafo inc. d) en función con el tercer párrafo del mismo artículo, art. 55, art. 166 inc. 2 tercer párrafo, arts. 54 y art. 167 inc. 1 CP), declarándolo reincidente.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El sentenciante tuvo por probado que el 19 de octubre de 2019 a las 10.40 horas aproximadamente, la víctima N.B.C. descendió de un colectivo en la zona de ..., departamento de ... y comenzó a caminar por una calle de tierra de la zona, siendo interceptada por un automóvil marca ... color gris, con vidrios polarizados, dominio ... conducido por el acusado y en el que también se encontraban dos sujetos no habidos ni identificados, en el asiento trasero. Los sujetos descendieron del rodado, tomaron a N.B.C. de las manos y la obligaron a subir al automóvil en el asiento trasero. Luego el acusado condujo por una calle de ripio durante veinte minutos aproximadamente y tras exhibirle un arma de fuego la hicieron sentar en el asiento delantero del acompañante, por lo que el sujeto que estaba en ese asiento se colocó atrás. A continuación, el acusado tomó un camino de tierra sin salida, deteniéndose al finalizar el mismo, y previo a apuntarle con el arma de fuego, comenzó a quitarle la ropa, al tiempo que le tocaba los senos. Al sacarle la ropa, advirtió que N.B.C. tenía un teléfono celular y se apoderó del mismo. Ya desvestida, reclinó el asiento hacia atrás y le ordenó a aquella que se sentara sobre él. Ante su negativa, le colocó el arma a la altura de la cintura y le dijo «vas a hacerlo o si no te mato», por lo que se sentó sobre él y éste le introdujo el pene en la vagina, mientras los otros dos sujetos miraban. Luego, descendieron del vehículo y el acusado llevó a N.B.C. hacia la zona del baúl del rodado y le dijo que tomara su pene. Ante la negativa de N.B.C., el acusado se masturbó por unos segundos y volvió a penetrarla por la vagina. El acusado se hizo a un lado y los otros dos sujetos la accedieron por la vagina sucesivamente.

Posteriormente, el acusado obligó a la víctima a subir nuevamente al vehículo y le sustrajo de una mochila que llevaba consigo \$ 700, su documento de identidad y una constancia de sufragio, mientras le decía que si lo denunciaba la mataría.

Finalmente, por un camino llevaba a la zona de ... obligó a la víctima a bajar del auto y se retiró del lugar.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

En el recurso de casación la defensa expresa que recurre por los dos motivos previstos por el art. 474 CPP. Señala que en el caso existe una errónea aplicación de la ley sustantiva, puesto que una adecuada valoración del plexo probatorio implicaría una duda razonable acerca de la culpabilidad de su defendido. Agrega que la sentencia es nula porque es arbitraria y adolece de una errónea fundamentación, habiéndose violentado el principio in dubio pro reo y el debido proceso.

Apunta que las declaraciones testimoniales son contradictorias, especialmente la prestada por la denunciante, con relación a la existencia de las otras personas que estaban en el vehículo. Asimismo, indica que no hay elementos periféricos que corroboren sus dichos.

Destaca que en la ropa secuestrada y testeada no hay restos de semen y que la perito de control dictaminó que la denunciante acomodó la información para su propio beneficio.

Se queja igualmente del incumplimiento del procedimiento previsto por el art. 253 CPP, más si se tiene en cuenta la disparidad del informe del EDeAS con el emitido por la perito de control. Se agravia también porque el juzgador decidió completar la falta de elementos probatorios con la perspectiva de género. Con respecto a la penalidad aplicada, se queja porque es excesiva, habiéndose apartado el sentenciante del mínimo legal. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello, en tanto en los agravios expuestos se menoscaba el testimonio de la víctima, que se encuentra corroborado por otras pruebas testimoniales e, incluso, por el reconocimiento en rueda de personas y el secuestro del celular de la denunciante.

Por su parte, considera que la pena impuesta se aleja del máximo y que no es desproporcionada. En función de lo expuesto, entiende que debe ser confirmada la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque el juez de la instancia anterior se basó en las pruebas rendidas en la causa, que valoró de manera integral y no aisladamente.

Así, analizó la denuncia formulada, el acta de procedimiento, la declaración de la víctima y del acusado, los exámenes que se les practicaron, los testimonios de los psicólogos y psiquiatras que las realizaron y del personal policial que intervino en los inicios de la investigación.

Por su parte, la defensa manifiesta su disconformidad con el criterio con el que el sentenciante ponderó las pruebas incorporadas, sin demostrar apartamiento de las reglas de la sana crítica racional ni arbitrariedad alguna.

En efecto, cuestiona en el recurso la fiabilidad de la denunciante, no obstante que desde el inicio de las actuaciones mantuvo en lo esencial una misma versión, aspecto que fluye de las constancias de la causa y ha podido ser verificado en esta etapa procesal.

En particular, invoca el defensor la falta de credibilidad de la víctima en lo relativo a la existencia y participación en el delito que se le endilga a C. L., de las otras dos personas no habidas ni identificadas. Sin embargo, omite considerar que la participación de esos sujetos no surge sólo del relato de la denunciante, sino también de otros elementos probatorios incorporados con el consentimiento de las partes.

Así, la prueba instrumental –actas de procedimiento y de denuncia– , y los testimonios de quienes la asistieron y entrevistaron en forma casi inmediata luego de sufrir el abuso, dan cuenta de este extremo. De esta forma, la enfermera del Hospital Sícoli de Lavalle y la licenciada Cucchi del EDeAS, declararon que la víctima dijo que fue abordada por tres personas. Por su parte, las contradicciones en las que habría incurrido la denunciante, que pone de resalto la defensa, se refieren a aspectos sin relevancia en orden a la validez de la sentencia.

Por esta razón, no puede prosperar la afirmación de la defensa en el sentido que, a raíz de esas contradicciones, la versión dada por la víctima es falaz y carente de contundencia para avalar los hechos. Más aún, considerando que los aspectos que durante el debate le marcó el defensor, conforme al art. 400 inc. 2 CPP, versaban sobre si el acusado eyaculó y los otros partícipes no lo hicieron (registro audiovisual, hora 1:15 y siguientes), si la persona que la condujo al merendero al que se dirigía, luego del abuso, fue un hombre o una mujer (1:17:43 y siguientes). También, si se bañó luego de ser revisada en el hospital y en dónde lo hizo (1:26:49).

O sea, detalles sin decisividad, ante el cuadro cargoso reunido y el tiempo transcurrido desde el abuso investigado.

Por otra parte, el agravio sobre que no se tuvo en cuenta el informe de la perito de control, licenciada Rezinovsky, no se corresponde con los fundamentos, ya que el juez de la instancia anterior en forma expresa lo analizó, descartando fundadamente sus conclusiones. Así, se manifestó en desacuerdo con la perito de control, en su apreciación sobre que la denunciante manejó ganancialmente la información dado que, según su opinión, no acudir a las entrevistas es una forma de utilizar esa información en su beneficio, y la ausencia de correlato emocional en sus dichos.

Al respecto, el sentenciante destacó no sólo la coherencia en el relato, sino también la angustia y el llanto que en varias ocasiones invadieron a NBC durante la audiencia de debate, lo que ha podido ser corroborado en esta instancia de revisión, a través de la reproducción del registro audiovisual de ese acto procesal.

De igual modo, el juzgador descartó la opinión de la licenciada Rezinovsky centrada en que la víctima no tuvo una actitud colaborativa, sobre la base de lo sostenido por la licenciada Cucchi y por el Sub Comisario Gallardo.

Este funcionario policial dijo que C. se presentó triste y con «muchísimo miedo» (registro audiovisual del día 19/12/22).

Declaró que sus inasistencias a las entrevistas psicológicas, se debieron a que vive en un lugar muy aislado, por donde pasa una sola línea de transporte colectivo y en donde no siempre hay señal de internet, lo que le dificultaba concurrir a las citaciones, no obstante que ella quería ir. Refirió que esas deficiencias en el transporte público para trasladarse al centro de la ciudad, motivaron que ellos colaboraran llevándola (minuto 27:34 y siguientes).

Por otro lado, no merece mayor análisis el agravio que versa sobre las alegadas irregularidades, derivadas del incumplimiento del procedimiento normado por el **art. 253 CPP** y sus consecuencias en el presente caso, dado que expresamente el recurrente reconoce que esa circunstancia no acarrea la nulidad del acto. Por lo tanto, declarar una nulidad en este caso, implicaría un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, dado que la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes, lo que en estos autos no ha ocurrido.

Sobre ello, debe recordarse el criterio sostenido por esta Sala, conforme el cual no es admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

Esto, por cuanto la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes (ver, al respecto y en lo pertinente, **«Miranda Sosa», «Luna García»**, entre muchos otros).

De tal manera, en materia de nulidades se impone un criterio de interpretación restrictivo. A esto se suma, que el EDeAS dejó constancia expresa, que no se llevó a cabo la deliberación de resultados, porque la perito de control no participó en todas las instancias del examen.

Es necesario consignar en este punto, que el recurrente alegó que las pruebas incorporadas eran insuficientes para destruir el estado de inocencia de C. L., por lo que pidió su absolución en este estadio por el beneficio de la duda.

Esta petición tampoco puede prosperar, toda vez que, tal como se ha demostrado con el desarrollo hasta acá efectuado, la motivación de la sentencia se ajusta a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP. Cabe señalar que esta solución es acorde con los lineamientos brindados por la Corte Federal, en el caso **«González Nieva, Jorge Enrique»** (Fallos 343:1181) y coincide con la forma como se ha expedido este Cuerpo con anterioridad (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros).

Párrafo aparte merece el agravio relativo a que el juzgador decidió completar la falta de elementos probatorios con la perspectiva de género. No estoy de acuerdo con esta afirmación.

Por el contrario, el juez de la instancia anterior asumió debidamente una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración contenidos en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme entre otros, en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Brancello Urbón»; «Merlo Lassa»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; «Castro Luis» «Castillo Ordoñez»; «Sosa Ortubia» y «Lucero Lorca»**.

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género, en donde el tribunal de la instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima por su condición de mujer. Con relación al cuestionamiento de defensa vinculado con la penalidad aplicada por la falta de justificación de su monto, debe decirse que ello no es tal.

Efectivamente, el sentenciante dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 40 y 41 CP, resultando la motivación en este tema suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto jurisdiccional válido.

Ello en virtud de la jurisprudencia reiterada de esta Sala en el sentido que, para conllevar la extrema solución de su nulidad, la resolución debe adolecer de defectos que impliquen la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en este caso no ocurre.

De esta forma, el sentenciante se alejó del mínimo previsto en la escala penal aplicable –ocho años de prisión–, pero también lo hizo del máximo, que asciende a treinta años de prisión.

Para ello, ponderó la extensión del daño causado por el delito, conforme surge del informe de la licenciada Cucchi, que determinó que como consecuencia del delito del que fue víctima N.B.C., padece temor a manejarse sola en la vía pública, no pudiendo comportarse en ese ámbito de forma autónoma, como lo hacía antes.

Asimismo, refirió que tiene pesadillas que interrumpen su descanso. Igualmente consideró el juzgador la edad del acusado –38 años al momento del delito–, que era una persona adulta, con estudios secundarios completos que le permitían entender que una conducta como la que desplegó, le traería una grave consecuencia. La que, resalta el magistrado, ya conocía, por cuanto había sido condenado con anterioridad por un delito de la misma naturaleza.

En definitiva, los agravios analizados no constituyen una crítica razonada de la sentencia, sino una mera discrepancia de la defensa con el criterio valorativo que utilizó el juez de la instancia previa para tener por acreditada la plataforma fáctica atribuida al acusado, sin aportar razones que permitan conmovir la decisión adoptada.

Por todo lo expuesto y opinión concordante del Señor Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia impugnada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado C. L..

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver, al respecto, «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «Scifo Ruffini» y «González Sosa», «Acuña», «Hisa», entre otros).

En especial, me interesa destacar que esta particular forma de violencia sexual contra una mujer, tiene como causa la jerarquización sexual que produce la cultura patriarcal y, en ese orden, la necesidad de revalidar su virilidad por parte de los varones que responden al modelo de género denominado masculinidad hegemónica o tradicional.

Es decir, la complicidad masculina con el modelo de masculinidad hegemónica impulsa y legitima este tipo de hechos como un elemento indispensable para reproducir y sostener la posición jerárquica dentro de la estructura patriarcal.

Al respecto, y tal como sostuve en el precedente «Martínez Fernández» «[...] las masculinidades en tanto hacen referencia a los modos en que los varones son socializados y a los discursos y prácticas asociados con las diversas formas de ser hombre en nuestra cultura occidental, promueven un modelo de género denominado «masculinidad hegemónica» que le otorga mayor valor a lo masculino por sobre lo femenino e impulsa en los hombres ciertos comportamientos competitivos, la demostración de virilidad, la

búsqueda del riesgo y hasta el uso de la violencia en determinadas circunstancias. Así, una de las características vitales de esta masculinidad es la heterosexualidad que en el plano de la orientación sexual «[...] el modelo ordena al varón a desear, conquistar y poseer mujeres. Esta prescripción de heterosexualidad es obligatoria al tiempo que implica la estigmatización y discriminación de todos aquellos hombres que no cumplan con dicho mandato» (**Ministerio Público Fiscal de la Nación - Dirección General de Acceso a la Justicia y Dirección General de Políticas de Género -, Cuadernillo para reflexionar sobre la construcción de las masculinidades, Procuración General de la Nación, 2020, p. 10**)».

A ello, debe agregarse que «[...] estos mandatos son internalizados por el varón a través de una serie de mecanismos de socialización, consistentes en prácticas y discursos, donde –a modo de ejemplo– se motiva el uso de la fuerza y el menosprecio por mujeres y personas LGBTI, a demostrar constante virilidad hacia el interior de grupos de pertenencia, entre otros mandatos».

En este sentido, debe considerarse, tal como sostienen destacados autores, que la producción de este modelo de masculinidades «[...] se afirmaría en la socialización de estos varones bajo la idea, la creencia o la convicción, de que los tiempos, cuerpos, sexualidades, energías y capacidades de las mujeres y feminidades deberían estar a su (nuestra) disposición» (**FABBRI, Luciano, «La masculinidad como proyecto político extractivista. Una propuesta de reconceptualización», en FABBRI, Luciano (comp.), La masculinidad incomodada, UNR editora, Rosario, 2021, p. 31**).

A su vez, en los precedentes «**Di Césare**» e «**Hisa**» analicé la manera en que se construyen las relaciones de poder y de dominación masculina, a partir de la teoría de género desarrollada por la destacada antropóloga **Rita Segato**.

De esta manera, sostuve en el último de los precedentes que la mencionada autora explica que «[...] el primer eje es horizontal y está formado por relaciones de alianzas o competición alternadas, organizadas sobre la concepción de contrato entre iguales que rige categorías clasificadas como pares o semejantes, donde la dinámica de la violencia se corresponde con la noción antropológica clásica de la circulación de las dádivas o trueques.

El segundo eje que es vertical, se caracteriza por estratos marcados por un diferencial jerárquico y grados de valor, y las relaciones son de exacción forzada o de entrega de tributo, como en el género donde el tributo es de naturaleza sexual [...] [A]mbos ejes se articulan, se influyen mutuamente y se cruzan para formar un sistema único en el que el equilibrio es inestable y de consistencia deficiente, por lo que al contaminarse mutuamente el contrato y el estatus necesitan de un imput violento para mantener el orden interno, donde el contrato compele y coacciona a sus miembros a extraer y presentar el tributo apropiado en las relaciones de estatus en que participan, para no ser expulsados del orden de pares o desplazados como subordinados dentro del orden jerárquico.

De ahí que el requisito indispensable para formar parte del orden de pares es la capacidad de exacción en una economía de estatus, y el tributo que se obtiene –en una economía simbólica entre desiguales– es la credencial que los miembros se exigen para incluirse como semejantes, e incluso para la creación de fraternidades que sellan pactos de lealtad y silencio cuando manchan sus manos con la sangre de las mujeres asesinadas, donde el tributo rendido –el cuerpo femenino– «[...] es un festín macabro» destinado a acreditar el ingreso o permanencia en el orden de pares.

Por tanto, según Segato, los crímenes y violencias en sus diversas tipologías giran en espiral a partir del mandato de poder del patriarcado, por lo que género y patriarcado «[...] son la misma e indisoluble estructura» (**La guerra contra las mujeres, 1ª.ed. Madrid: Traficantes de Sueños. 2016. pp. 250/255**). Entiendo que los conceptos referidos son de utilidad para interpretar y comprender los hechos que

conformaron el objeto procesal de la presente causa y evitar de esta manera que quienes tengan a su cargo la investigación y juzgamiento de este tipo de hechos no guíen sus razonamientos por juicios sesgados y discriminatorios para la mujer.

En particular, los mandatos culturales vinculados con la exigencia a la víctima de conductas estandarizadas, de acuerdo con los patrones socio-culturales establecidos sobre el comportamiento que debe tener una mujer, antes, durante y con posterioridad al hecho, a fin de que su relato sea creíble. En este sentido, debe considerarse, en especial, que la agresión múltiple a la integridad sexual genera un contexto de gran vulnerabilidad para la mujer, en tanto los agresores conforman una situación de marcada preeminencia sobre la víctima.

En definitiva, entiendo que la importancia de comprender la violencia sistemática y estructural hacia las mujeres, viene dada por el deber convencional que ordena remover patrones estereotipados de conductas que contribuyen a mantener y reproducir las desigualdades de género, y que obstaculiza el acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población, aspecto al que ya me he referido en anteriores pronunciamientos (ver, «**Gaudencio Costa**», «**González Pringles y, más recientemente, González Sosa**», «**Acuña «Hisa**», entre otros).

En función de ello, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la primera cuestión, corresponde imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R. R. C. L..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 5 de julio de 2023.-

29- TOLEDO HUALPA. 05-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230705_FcTHM.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, letras d y f, 55 todos del CP y arts. 414, 415, 557, 558 del CPP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Convivencia. Ascendiente, Concurso real. Número indeterminado de hechos. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diecisiete años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia y por ser cometido por el ascendiente, en concurso real en un número indeterminado de hechos (arts. 119 tercer y cuarto párrafo, letras d y f, 55 todos del CP y arts. 414, 415, 557, 558 del CPP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2655, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Echenique
- Vargas Riquelme
- Olmedo Arrieta.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. (Licencia). Valerio

Fallo:

CUIJ: 13-06911314-6/1((038601-124572)) FC/ TOLEDO HUALPA, MARIO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (124572) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106158028*

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06911314-6/1 caratulada “F. c / T. H., M. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (124.572) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de M. T. H. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.655, y sus fundamentos, emitida por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa número P-124.572/21, a la pena de diecisiete años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia y por ser cometido por el ascendiente, en concurso real en un número indeterminado de hechos (arts. 119 tercer y cuarto párrafo, letras d y f, 55 todos del CP y arts. 414, 415, 557, 558 del CPP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado hechos contenidos en la hipótesis acusatoria, según los cuales «T.D.M. de 26 años de edad manifestó que cuando ella tenía doce o trece años de edad comenzó a ser abusada por su papá M. T., en el domicilio donde convivían en el Barrio ..., y que para que no contara lo sucedido su papá lo amenazaba que si contaba la verdad la iba a agarrar del cuello y la iba ahorcar y por miedo a esto es que no contaba nada. [...] Que la accedía vaginalmente y eyaculaba afuera, en las noches su papá la buscaba en su pieza cuando su hermana estaba durmiendo y la llevaba para su pieza. Que comenzó a abusarla desde que ella tenía 13 años hasta los 21 años, y lo hacía por lo menos una vez a la semana, y que a partir de que cumplió 21 años de edad su papá empezó a tener relaciones sexuales con su hermana A.T. a quien ya la miraba desde antes. Que con su hermana decidieron contarle a alguien y confiaron en su tío P. T., lo citaron a su casa y en horario que su papá estaba trabajando y le contaron todo. [...] Manifestó T.A., de 21 años de edad, que su papá M. T. la empezó a abusar desde que tenía 12 años, en el domicilio donde convivían de Barrio ..., que de su hermana ya había abusado de antes y a ella la agarraba cuando su mamá se iba a trabajar y su hermana iba a la escuela, entonces ella llegaba de la escuela y su papá la agarraba en la pieza y en cualquier parte de la casa porque estaban solos y la abusaba, una vez la abusó en la casa cuando habían quedado solos y justo llegó su mamá porque salió más temprano del trabajo, lo vio, entonces su mamá salió hacia la calle para ir a contar lo sucedido y su papá la agarró de los pelos y la metió adentro de la casa y la amenazaba que si contaba algo la iba a matar. Que su papá la accedía carnalmente desde los 12 años, se lo hacía todos los días con una frecuencia de al

menos una vez al día, y había veces que la accedía carnalmente hasta dos veces en un mismo día, pero eran todos los días desde que tenía 12 años cumplidos. Luego a los 14 [años] tuvo un atraso y se dio cuenta que había quedado embarazada de su papá, porque nunca había estado con ningún chico, entonces sabía que había quedado embarazada de su papá. Cuando falleció su mamá se empezó a aprovechar peor, ya la agarraba y abusaba cuando quería porque estaban solos, que su hermana estuvo como 4 meses internada con su hijo y ahí estaban solos y la abusada todo el tiempo, es más la obligaba a que cuando salía a algún lado le tenía que dar un beso en la boca. Que este año para su cumpleaños se cansó y le dijo de todo a su papá y le pegó, y al otro día aprovechó cuando su papá se había ido a trabajar en la noche, lo llamó a su tío P. T. y junto a su hermana le contaron todo» (ver registro audiovisual de fecha 19 de mayo de 2022, a partir del minuto 04:38). Para así decidir, la juzgadora valoró las declaraciones de las denunciadas y del acusado, pruebas testimoniales e instrumentales e informes psíquicos, entre otros elementos probatorios (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir del minuto 10:00).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado interpone recurso de casación conforme arts. 474, 475, y ss. del CPP por entender que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que tornan insuficiente la motivación, de los que infiere que resulta desproporcionada la pena impuesta a su asistido, porque correspondía aplicar en el caso concreto una pena de ocho años de prisión.

Expone que la juzgadora incurrió en contradicción al concluir con certeza, por un lado, que se acreditaron las relaciones sexuales forzadas, al menos al principio, al obligar el acusado a sus hijas de trece años a mantener relaciones sexuales y, por otro lado, al momento de determinar la pena y fijar su monto en función de la calificación legal por la que fue intimado por hechos cometidos durante los últimos doce años y sostener que existieron muchos hechos y relaciones sexuales no consentidas.

A consideración de la defensa, sólo fueron relaciones sexuales no consentidas las vinculadas a que las víctimas se iniciaron sexualmente con el acusado. Agrega que del vicio señalado se desprende la imposición de la pena de diecisiete años de prisión, producto de la contradicción conviccional expuesta. Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expone que si bien formalmente el recurso de casación es procedente, corresponde su rechazo sustancial y la confirmación de la sentencia cuestionada.

En tal sentido argumenta que en la sentencia no se incurrió en la contradicción señalada por la defensa, sino que ésta realizó el cuestionamiento con sustento en una frase descontextualizada de todo el desarrollo de los fundamentos de la resolución atacada, la que se apoya en argumentos sólidos.

Agrega que la sentenciante realizó una descripción detallada de la situación en que las víctimas fueron forzadas a tener relaciones sexuales con el acusado por un medio comisivo coactivo dentro del marco de violencia intrafamiliar y que, por tanto no hubo consentimiento, con especial mención al síndrome de acomodación que sufrieron las jóvenes, sentimientos ambivalentes, cronicidad y falta de protección del entorno y consecuencias dañosas traumáticas incalculables.

Finalmente, señala que la pena impuesta al acusado de diecisiete años de prisión impuesta por la juzgadora se basó en la gravedad de la conducta del acusado, en que una de las víctimas tenía un hijo del T. H. que era su padre y el daño incalculable que los abusos sexuales produjeron en las víctimas, dentro de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación planteado anticipo, en coincidencia con el dictamen del señor Procurador General, que se impone su rechazo sustancial. Ello, en razón que la sentencia impugnada no contiene vicios de motivación y se aplicó correctamente la ley penal sustantiva en función de los hechos acreditados en el debate. Veamos.

a.- En primer lugar, y en cuanto a la contradicción señalada por la defensa en relación con el consentimiento de las jóvenes durante las relaciones sexuales mantenidas con su padre, la sentenciante tuvo por acreditado que las relaciones sexuales mantenidas entre T. H. y sus hijas T.D.M. y A.T. fueron a partir de los trece años de edad y que no fueron consentidas, como señaló el acusado, sino forzadas por la relación de preeminencia de T. H. sobre sus hijas menores de edad (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir del minuto 10:00).

En este sentido, la juzgadora ponderó, conjuntamente con las declaraciones de las jóvenes y del acusado –que, como se dijo, reconoció la existencia de los hechos, aunque refirió que las relaciones sexuales fueron consentidas–, el informe psíquico del acusado del CMF y declaración de la Lic. Ayala durante la audiencia y del hermano de T. H. –P. A. T–. A partir de ello, tuvo por acreditado que T. H. a través de maniobras coactivas y manipuladoras, que si bien no significaban grandes despliegues de violencia, amenazó con enojos la voluntad de sus hijas para llevar a cabo las relaciones sexuales durante años.

Agregó que las jóvenes durante la audiencia, por la situación psíquica que atravesaron, disimularon el malestar que les ocasionaba vivir una realidad con ese grado de perversión, como también, por sentimientos ambivalentes hasta que llamaron a su tío –hermano del acusado– para «descargarse» y contarle lo que estaba pasando. En este sentido, la jueza destacó que ninguna persona que atraviesa una relación sexual consentida necesita llamar a alguien para «descargarse» (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir del minuto 13:40 hasta minuto 17:28).

Unido a lo anterior, en la sentencia se argumentó, en relación con el síndrome de acomodación en víctimas de abusos sexuales intrafamiliares –como era el caso de T.D.M. y A.T.– y características de personalidad de un pederasta – como era el caso del acusado según el examen psíquico realizado por el Cuerpo Médico Forense y declaraciones de la Lic. Ayala en la audiencia– que a través de manipulaciones confundió el psiquismo de las jóvenes y le introdujo culpa, ambivalencia, para mantener en secreto las relaciones sexuales durante años con sus hijas.

Se aclaró al respecto que T.D.M. apareció como más afectada, y que A.T. presentó una personalidad más acomodada al síndrome mencionado al manifestar que odiaba a T. H. por lo que le hacía y con el tiempo se dio cuenta que era bueno y del dinero que tenía, es decir, que en la joven cabalgaban dos discursos por la confusión y manipulación que su padre invadía en su psiquismo (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir del minuto 13:40 hasta minuto 18:20; ver declaración de T.D.M. en registro audiovisual de fecha 19 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 18:00 y declaración de A.T. en registro audiovisual de fecha 19 de mayo de 2022, video II, a partir del minuto 03:25).

Al respecto, la Lic. Ayala declaró en la audiencia –en respuesta a pregunta de la Fiscalía en cuanto a puntos del examen psíquico realizado al acusado– acerca de los rasgos de personalidad de un pederasta, así: personalidad perversa psicopática, manipuladora, con locuacidad, autovaloración exagerada, narcisismo, omnipotencia; tendencia a la satisfacción inmediata de sus impulsos, con conocimiento de normas sexuales en cuanto a su propio cuerpo y el de la otra persona que adecua a las propias motivaciones, deseos y demandas, lo que se denomina mecanismo de renegación, porque utilizan las leyes y las normas

de acuerdo a sus propias necesidades, con baja tolerancia a la frustración (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 01:09: hasta minuto 03:00).

Unido a lo que antecede, la Lic. Ayala explicó que desde una posición de ambivalencia afectiva surgen sentimientos de amor y odio hacia una misma persona, es un conflicto interno que genera una confusión en la víctima en relación con el otro, en el que pasa de un estado del amor al odio (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 11:24).

Asimismo, la profesional mencionada declaró que la manipulación y el engaño podía llevar a las víctimas a hacerles creer que prestaban consentimiento. Aclaró que una persona con características de personalidad psicópata como la que presentaba T. H., utiliza al otro como un objeto y la manipula para hacerle creer que las acciones que él le ejerce están dentro de un contexto de normalidad, mediante encanto superficial para engañarla, sin interesarle el daño que pueda causarle. Asimismo, justifican sus conductas desadaptadas, tienen relaciones sexuales promiscuas y el arrepentimiento no es afectivo sino superficial, porque no hay implicancia emocional con los demás ni empatía (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 03:34).

En tal sentido, advierto que de las argumentaciones mencionadas de la sentencia no surge la contradicción señalada por la defensa, en razón que se explicitaron las razones con sustento en las pruebas referidas y pruebas objetivas –examen de ADN que arrojó como resultado que el niño de A.T. era hijo biológico del acusado– valoradas dentro del sistema de la **sana crítica racional y parámetros de valoración probatoria en materia de mujeres y niñas víctimas de abusos sexuales en el ámbito familiar**, para demostrar que las relaciones sexuales mantenidas por T. H. con sus hijas T.D.M. y A.T. fueron forzadas y no fueron consentidas.

Así, la sentenciante concluyó que se aplicaba el delito de abuso sexual previsto en el art. 119 del CP, agravado por acceso carnal y por el vínculo, y no en el art. 120 que era la teoría de la defensa (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, a partir del minuto 12:35). Sobre el particular he afirmado en anteriores precedentes jurisprudenciales que:

- a) las violencias contra niñas y mujeres son manifestaciones de una cultura patriarcal que fomenta el control sobre los cuerpos y sexualidades de mujeres;
- b) los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproducen y fomentan las violencias sexuales; c) los abusos sexuales a niñas y adolescentes requieren la adopción estatal de medidas particularizadas y especiales por considerarse más vulnerables a violaciones de derechos humanos, especialmente en la esfera familiar (Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párrs. 155 y 156);
- d) al analizar el relato de víctimas de abusos sexuales, hay que considerar el silencio, el momento del develamiento y otros factores internos y externos que influyen en el mantenimiento del secreto (ver, al respecto, casos «Echenique», «Vargas Riquelme», «Olmedo Arrieta»).

De consiguiente con lo expuesto, considero que el agravio analizado debe desestimarse, en razón que la valoración de las pruebas incorporadas al debate fueron ponderadas dentro de la sana crítica y parámetros en materia de abusos sexuales a niñas, niños y adolescentes.

b.- Ahora bien, la defensa con apoyo en la contradicción analizada en el punto anterior, peticiona la aplicación al acusado de una pena de ocho años de prisión por considerarla desproporcionada y sin motivación suficiente la pena impuesta de diecisiete años de prisión.

Al respecto, a lo referido en el punto anterior, agrego que la jueza de la instancia previa argumentó que meditó mucho en cuanto a la imposición de una pena a T. H., en tanto la escala penal se extendía a límites

sumamente amplios. Destacó que existieron muchos hechos graves y con una consecuente extensión en el daño ocasionado a las víctimas.

En este último aspecto, la sentenciante expresó que el acusado con su conducta «ha invertido normas básicas de la naturaleza humana [...] se han traspasado los límites del incesto [...] y a ello se suma como cualquier transgresión grave a las normas de la naturaleza humana las violencias que despliegan y las consecuencias dañosas son incalculables [...]. Hijas que tienen una profunda vocación de ser hijas suyas y que necesitaban alguien que las protegiera y no que las violara. El conflicto con sus hermanas. Víctimas que se consideran culpables» (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir del minuto 23:40).

Además, como circunstancias atenuantes la jueza de la instancia anterior tuvo en cuenta la falta de antecedentes penales del acusado y consideraciones psicológicas relativas con características de personalidad del acusado.

Aclaró al respecto que, no obstante esto último, no debía perderse de vista que T. H. pudo actuar de otra manera y decidió actuar de la manera que lo hizo, lo que ocasionó, como se detalló en el párrafo anterior, mucha destrucción a sus hijas y a la familia (ver registro audiovisual de fecha 20 de mayo de 2022, video III, a partir de minuto 26:54).

Conforme a ello, y lo argumentado en el punto precedente, entiendo que la juzgadora al imponer la pena de diecisiete años de prisión a T. H., se ubicó dentro de la escala penal correspondiente para los delitos atribuidos, en el primer tercio, fundando debidamente el alejamiento del mínimo, en función de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP. De acuerdo con ello, el agravio tampoco puede prosperar. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Ojeda Pérez**», «**Merlo Lassa**», «**Mejía Salvador**», «**Calderón Polo**», «**Cruz Caporiccio**», «**Quiroga Morales**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Montenegro Fisigaro**» entre otros, por resultar aplicable en el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. T. H..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 05 de julio de 2023.-

30- CONTRERAS. 02-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	NNA	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcCCJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo, inc. b y 55 del CP

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Gravemente ultrajante. Tentativa.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (dos hechos), abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (dos hechos) todo en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2090, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- González Pringles
- Rojas Garrido
- González, Daniel
- Toledo Pereyra.
- Galdeano Reyes
- Merlo Lassa
- Basualdo Reyes
- Vargas Riquelme
- Bravo Díaz. 15-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230315_FcBDL.pdf
- Álvarez Vega. 07-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcAVM.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Buenanueva Avallay. 04-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210804_FcBAM.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf

Unidad de la prueba

- Rojas Garrido
- González, Daniel
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

Unidad de la prueba

- Belmar. 05-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf
- Toro. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf
- Redemi. 23-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcRedemi.pdf
- Lana Garro. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf
- Cabral. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Pérez. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- Roldán. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Oliva. 28-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf
- Funes Naballe. 08-04-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=340>
- Berdejo. 27-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcBerdejo.pdf
- Baigorria. 05-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200605_FcBaigorria.pdf
- Cuello Ledesma. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf
- Corradi. 25-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf
- Duarte. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDRO.pdf
- Guerra. 07-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=426>
- Barrionuevo. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Giménez. 23-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201023_FcGimenez.pdf
- Miranda. 24-02-21: : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=532>
- Mora. 26-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=536>

- Rodríguez. 19-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=543>
- Lucero Gómez. 27-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=534>
- Lena. 30-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=528>
- De Jesús. 07-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Chomiuk. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>
- Giménez. 29-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891>
- Zacca. 18-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Maya. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951>
- Ligorria. 13-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcLGE.pdf
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf
- Balmaceda. 21-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230321_FcBVL.pdf
- Rives. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcRHS.pdf
- Alcaraz. 22-05-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf
- Contreras. 02-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcCCJ.pdf
- Videla. 03-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231103_FcVAE.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06878171-4/1((018602-99811)) FC/ CONTRERAS CAYAMPI Y/O CALLAMPI JESUS JALED P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO (99811/20) (99811) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106126884*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06878171-4 caratulada "F. c/ C. C. J. J. S/ CASACIÓN".

La defensa de J.J.C.C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2090, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de trece años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (dos hechos), abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (dos hechos) todo en concurso real, en autos P-99.811/20

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia puesta en crisis por la defensa, en lo pertinente para la solución del recurso, consideró acreditados los hechos descriptos en la requisitoria fiscal, esto es que «[...] en fecha no precisada, situable aproximadamente en el mes de septiembre de 2020, en una de las habitaciones de la vivienda ubicada en ..., siendo alrededor de las 18.00 horas, J.J.C.C., quien convivía con la menor M.A.O. de 9 años de edad, es que se acercó a la cucheta en que la niña estaba acostada , y comenzó a tocarle los glúteos por debajo del pantalón para luego introducirle los dedos en la vagina. Asimismo en fecha no precisada, situable aproximadamente con posterioridad al hecho descripto anteriormente, en el domicilio de calle ..., J.J.C.C., le introdujo los dedos en la vagina y en el ano de la menor M.A.O de entre 9 y 10 años de edad, en momentos en que esta se encontraba debajo de la cama jugando a las escondidas. A su vez, en fecha no precisada pero situable aproximadamente desde el mes de septiembre de 2020, en el domicilio de calle ..., J.J.C.C., quien se se encontraba en el baño de la vivienda, llamó a la menor M. A. O. de entre 9 y 10 años de edad y cuanto esta se acercó le agarró la mano y la metió al baño en donde hizo que le tocara el pene tomando su mano. Finalmente, en fecha no precisada, situable aproximadamente los últimos días del mes de diciembre de 2020, en el domicilio de calle ..., J. J. C. C. se subió arriba de la menor M. A. O. de 10 años de edad, se bajó los pantalones, le bajó los pantalones a la menor, se agarró el pene e intentó introducirse en la vagina. Asimismo en fecha no precisada, situable aproximadamente entre los meses

de septiembre de 2020 y diciembre de 2020, en el domicilio de calle ..., J.J.C.C. tocó con sus manos la vagina de la menor N.R. de 7 años de edad, con quien convivía».

Para así decidir, el juez del Tribunal Penal Colegiado, tomó en consideración las declaraciones testimoniales recibidas en audiencia de debate de: Lic. Ivanna Pelaia, Lic. Laura Castellano, Lic. Fernanda Sonzogni, Dra. María Olivia Rocca, Lic. María Inés Correas y, M. R.. Asimismo, la declaración de M.A.O. en Cámara Gesell y el resto de la prueba válidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa formula recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 del CPP.

Sostiene que en autos no existen elementos objetivos suficientes de convicción para sustentar la decisión del juez, pues el único medio de prueba en contra de su asistido es la denuncia de la madre de las niñas – M. R.– y la declaración en Cámara Gesell de M. O..

Refiere que, por el contrario, del resto de las pruebas no surge la existencia de los hechos investigados sino que, aquellos no existieron. Expresa que no se valoró la declaración del acusado, así como el informe del Cuerpo Médico Forense y el informe psicológico del acusado.

Asimismo, que no se tuvo en cuenta que el Ministerio Público Fiscal –en un momento de la investigación– otorgó la libertad de C., su conducta procesal y, tampoco, que el acusado estuvo a disposición voluntaria de la justicia. En relación con informe del Cuerpo Médico Forense considera que se paralizó su valoración y que del informe psicológico realizado por la Dra. Herrera, se infirieron cuestiones que no surgían. Cuestiona la mecánica de los supuestos abusos ya que no puede entenderse lógicamente cómo se realizaron.

Critica el escaso análisis y fundamentación de la pena y la condena. A su criterio la interpretación incurre en afirmaciones dogmáticas sin constituir una derivación razonada con arreglo a las circunstancias del caso de manera tal que se incurre en arbitrariedad. En este sentido, critica que el monto de la pena se aleja casi el doble del mínimo de la escala penal y que se infiere el supuesto daño causado en las niñas, circunstancia que no considera probada, sino por el contrario. Reclama, para el supuesto en que no se acojan los vicios relativos a la ponderación de los elementos de prueba, se reduzca la pena impuesta y se la establezca en el mínimo legal –ocho años–.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador al momento de expedirse sobre el recurso interpuesto y, luego de analizar los agravios formulados por la defensa, considera que el recurso casatorio debe ser rechazado y confirmado el acto sentencial. Ello, puesto que considera que la sentencia cuestionada no resulta arbitraria en cuanto a la ponderación de los elementos de prueba ni a la individualización de la pena impuesta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación promovido, anticipo opinión en el sentido de que corresponde su rechazo. Ello, puesto que no se advierten los defectos señalados por la defensa. Paso a explicarlo.

De la censura promovida se desprende que la crítica se dirige a cuestionar la valoración de los elementos de prueba.

En este sentido, la defensa sostiene que la prueba obrante en la causa no logra sustentar la certeza necesaria para una sentencia condenatoria, como también que la labor de valoración de los elementos de convicción se realizó de manera parcial, con omisión de otros que abonan la teoría de la defensa.

De tal manera, considera que los fundamentos resultan arbitrarios. Por otro lado, y para el supuesto de que no prospere el planteo en contra de los fundamentos, cuestiona la pena impuesta, en cuanto a su monto y con relación a fundamentación.

De la lectura del acto sentencial, y tal como anticipé, entiendo que el juez de la instancia previa al momento de resolver ha valorado el relato de la menor en Cámara Gesell, como también las declaraciones testimoniales recibidas en audiencia de debate y el resto de los elementos de prueba.

De tal manera, considero que no resulta acertada la afirmación de la defensa en cuanto a que en la sentencia cuestionada ha existido apartamiento de las reglas de la sana crítica racional, en tanto que al momento de resolver ha receptado el juzgador los parámetros establecidos por este Tribunal respecto de la valoración de la prueba con perspectiva de género de acuerdo con los estándares internacionales de protección de niñas víctimas de abuso sexual.

Entre el material probatorio que el juzgador ponderó a efectos de tener por acreditado los hechos y la autoría del acusado se encuentran la declaración prestada en audiencia de debate por M.R. –madre de las víctimas– y, la declaración prestada en Cámara Gesell por M.A.O. En relación con esta última, debe destacarse que durante el debate se reprodujo (ver registro audiovisual de la audiencia de debate de fecha 18 de abril de 2.022 a partir de la hora 1.00.46).

Por otra parte, se advierte que en la causa se encuentra agregada (conforme constancias del Led) la transcripción de la Cámara Gesell llevada a cabo a M.A.O. y que de la reproducción del video, como del contenido transcrito surgen con claridad los hechos relatados por la niña M.A.O., en los que ella y su hermana N.R. fueron víctimas por parte de J. J. C. C..

En este sentido, advierto que pese al esfuerzo de la defensa por poner de resalto la imposibilidad material por parte del acusado para llevar a cabo el hecho, en razón del tamaño de la vivienda y la cantidad de personas que en ella habitan, encuentro que del relato de la niña surge con claridad que los hechos se desarrollaron cuando su madre se encontraba internada, internación que fue señalado también por M.R. y admitida por el acusado.

Ahora bien, no resultan estos elementos convictivos los únicos ponderados por el juez de la instancia anterior. A fin de establecer la credibilidad del relato de la niña, tomó en consideración las testimoniales prestadas por las profesionales que en los distintos ámbitos examinaron a M.A.O y su hermana N.R. Así ponderó la declaración de la licenciada en psicología, María Laura Castellano, quien tuvo ocasión de entrevistar a las niñas en el E.T.I de Guaymallén.

Al respecto, pongo de resalto que en esa ocasión aquella profesional detectó indicadores de abuso sexual tales como retraimiento, miedo y deterioro del lenguaje. Por su parte, la licenciada Fernanda Sonzogni, psicóloga del EdeAAS, refirió que el relato de M.A.O era creíble, en tanto tenía una estructura lógica, coherente, flexible. Por su parte, señaló que halló indicadores específicos e inespecíficos en cuanto a la credibilidad de aquel relato y añadió que era muy difícil que inventara hechos como los referidos.

Destacó, además, el correlato emocional en aquel relato. También valoró el juez de la instancia previa la declaración de la Lic. María Inés Correa del Programa Provincial de Maltrato Infantil del Hospital Notti dio cuenta de indicadores específicos de abuso sexual crónico en M.A.O., circunstancia que consideró emergente de su relato.

Ahora bien, vinculó el juzgador estos indicadores y señaló que, desde el aspecto psicológico, se corresponden con el examen físico-ginecológico llevado a cabo a la niña por profesionales del Hospital Notti. Al respecto, corresponde señalar que existen divergencias en relación a las conclusiones del examen ginecológico practicado a M.A.O.

Por un lado, la médica María Olivia Rocca, del PPMI del Hospital Notti, señaló que el himen de la niña estaba desflorado, no conservado. Por otro lado, la médica Cecilia Alejandra Herrera, del Cuerpo Médico Forense, señaló que el himen estaba íntegro, sin observarse signos compatibles con abuso sexual con penetración, y sin poder descartar otro tipo de abusos.

En la declaración incorporada con acuerdo de partes, esta profesional refirió que el himen de la niña presenta una escotadura congénita entre la hora dos y tres y que no debería confundirse con un desgarro. Consideró que esta escotadura fue observada por ella y dos médicos legistas más y, que al no ser una lesión sino una variante congénita normal anatómica del himen no se consignó en el informe. El juez de la instancia previa, abordó aquellas divergencias y tomó en consideración que fue una de las pruebas en base a las cuales la defensa sostuvo que existían dudas en relación con la culpabilidad de su asistido. Frente a tal discordancia, el juzgador valoró que la profesional del Cuerpo Médico Forense no descartó otro tipo de abuso que no fuera por penetración y señaló que la acusación refirió una introducción digital. De tal manera, consideró que tal situación resultó compatible con lo observado por las profesionales tanto del Hospital Notti como del Cuerpo Médico Forense, circunstancia que consideró que debía ser valorada en apoyo de las declaraciones de M.A.O., quien refirió que el acusado introdujo sus dedos –tanto en la vagina, como en el ano– y le dolió. Contrariamente, a lo que afirma la defensa, el juez ponderó la versión expuesta por el acusado.

Ello, en tanto señaló que él no había cometido los hechos denunciados. Asimismo, resaltó el poco espacio de la vivienda y la imposibilidad de que hechos como los denunciados pasasen inadvertidos por los otros habitantes de la vivienda. También refirió que él no quedaba a cargo de las niñas ya que éstas eran cuidadas por su madre.

Al respecto, el juez contrastó estos dichos con las manifestaciones de M.A.O y de su madre, en tanto la primera explicó que los abusos ocurrieron cuando su madre no estaba y M.R. refirió que ella estuvo internada unos días y que cuando iba a visitar a una de sus hijas a Penitenciaría sus hijos se quedaban con el acusado. Esto último fue admitido por el propio el acusado J. J. C.C..

Específicamente en relación con la declaración de la madre de las niñas, M.R., el juzgador señaló que no advertía ganancialidad en su relato. Destacó, además, que aquella aclaró las dudas que tuvo sobre lo que contaron sus hijas. Además, el juez ponderó también que el único sostén económico de la familia era el acusado. De este modo, no se observó la obtención de beneficio alguno por parte de aquella. En otro orden, debe señalarse que no logra conmover la sentencia la circunstancia puesta de resalto por la defensa consistente en la libertad bajo fianza que se dispusiera en un primer momento respecto del acusado, como tampoco la buena conducta procesal de éste.

En este sentido entiendo, luego de compulsadas las actuaciones digitalizadas en el Led, que el recupero de la libertad del acusado obedeció al estado procesal por el que transitaba la causa y el consecuente cúmulo de elementos de convicción reunidos hasta el momento. En este sentido, debe ponerse de resalto que en la medida en que la causa avanzó y se colectaron mayores elementos de convicción, se dispuso nuevamente la detención de C. C..

Por otro lado, y en relación con la conducta procesal asumida por el acusado, concuerdo con el Procurador General en que la defensa no fundamenta cómo aquella circunstancia influiría en la ponderación que el juzgador hizo de los elementos de convicción.

En otras palabras, la defensa no da cuenta en qué medida una circunstancia posterior a los hechos, como es la conducta procesal del acusado, podría influir en la determinación de la materialidad o en la autoría de aquéllos.

Por lo expuesto, entiendo que, contrariamente a lo que afirma la defensa la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Ello, y como se adelantó, en tanto se han valorado, de manera integral e interrelacionada, todos los elementos de convicción obrantes en la causa. Ello, con la debida perspectiva de género y etaria que el caso imponía.

De tal modo, se advierte que los cuestionamientos de la defensa pretenden parcializar la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su **conjunta valoración**.

Debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta –véase **«Rojas Garrido», «González, Daniel», «Toledo Pereyra»,** entre otros–.

En lo que a valoración de pruebas con perspectiva de género concierne, he tenido ocasión de pronunciarme en diversos precedentes, así **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», «Vargas Riquelme»,** en los que me he referido a la ponderación amplia e integrada que debe realizarse de los elementos probatorios obrantes en causas como la aquí analizada, de acuerdo a los estándares internacionales construidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cuanto a la declaración de mujeres víctimas de violencias (cfr. **Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re « Leiva, María Cecilia», entre otros).**

Afirmé en «Agüero Olmos» y en los precedentes señalados precedentemente que la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Por su parte, el art. 16 de la ley mencionada, garantiza que la investigación se lleve a cabo bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos, «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art.31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por otro lado en «Vargas Riquelme» sostuve que la Corte IDH en casos de niñas, niños y adolescentes afirmó que además del acatamiento de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, en el marco del artículo 19 de la Convención Americana, se debe aplicar medidas particularizadas y especiales con base a cuatro principios rectores de la Convención Sobre los Derechos

del Niño: «[...] principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual» (**Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párr. 155**).

Destaqué también la necesidad de garantizar en el ámbito judicial el derecho a un trato respetuoso y evitar conductas, actos u omisiones que produzcan revictimizaciones, tales como el sometimiento de la mujer a declaraciones reiteradas (en virtud de lo dispuesto en el art. 3 inciso k) de la ley 26.485 y el art. 3 inciso k) del Dec. Regl. 1011/2010). Al respecto, la Corte IDH ha subrayado en casos de violencia sexual, «que se debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la experiencias traumática de la presunta víctima» (**Caso «Espinoza Gonzáles vs. Perú», párr. 256; Caso «Fernández Ortega y otros vs. México», párr. 196; Caso «Rosendo Cantú y otra vs. México», párr. 180**).

Estas consideraciones, las entiendo aplicables al caso en razón del delito investigado, las particularidades del caso, y que las niñas víctimas son ambas menores de edad.

A partir de lo expuesto, entiendo que corresponde el rechazo de los agravios de la defensa vinculados con la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa. En otro orden, estimo que tampoco procede el cuestionamiento formulado por la defensa en torno al monto de la pena individualizada por el juez de la instancia previa. Esto por cuanto encuentro que esa determinación se realizó conforme las pautas que surgen de los arts. 40 y 41 del CP.

En este orden, considero que el juez de la instancia previa partió de considerar la escala penal aplicable a los delitos cuya materialidad y autoría consideró probados, los que concursados realmente partían de un mínimo de ocho años de prisión y tenían un máximo de cincuenta años.

Conforme a ello ponderó, para alejarse del mínimo legal, aquellas circunstancias que consideró como agravantes y que se basaban en la escasa edad de las niñas víctimas –nueve y siete años de edad–, así como las consecuencias que los hechos habían implicado para ellas.

Por su parte, y como atenuante tomó en cuenta la falta de antecedentes penales computables y la escasa instrucción de C. C.. De tal manera, puede afirmarse que no se advierte arbitrariedad alguna en la determinación de la pena realizada. Ello, más aún cuando la sanción individualizada se encuentra cercana al mínimo de la escala penal y justificado su alejamiento de éste. Por lo expuesto, considero que el agravio propuesto en relación con la determinación de la pena, tampoco puede ser acogido. Ahora bien, del resolutivo de la sentencia N° 2090, advierto un error en torno a la calificación legal expresada. Paso a explicar: Al abordar la segunda cuestión (fundamentos de la sentencia), como también en el resolutivo I, de aquella, se señala que la calificación legal de los hechos que se tuvieron por acreditados es: «Abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (2 hechos) abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y, abuso sexual simple agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (2 hechos) todo en concurso real». Contrastada la calificación legal referida, con los hechos que se tuvo por probados, conforme surge –también– de la

segunda cuestión de los fundamentos de la sentencia, se desprende que los hechos constitutivos de abuso sexual simple (agravados por cuanto la comisión se llevó a cabo sobre una niña menor de 18 años de edad y, con aprovechamiento por parte del acusado de la convivencia preexistente con ella) no son dos, sino uno. En efecto, en el acápite señalado se detalla que la víctima del abuso sexual simple fue la niña N.R., y concretamente señala «contra la menor N. (de siete años de edad) cometió un abuso sexual simple, también agravado por la convivencia, al haberla manoseado con fines libidinosos en sus partes íntimas». La acreditación de un solo hecho de abuso sexual simple en la segunda cuestión se compadece con los hechos señalados en la acusación –que fueron los que se tuvo por acreditados–, al respecto cabe señalar que –en lo que aquí interesa– la acusación sostuvo en torno al abuso sexual simple del que fue víctima la niña N.R.: «Asimismo en fecha no precisada, situable aproximadamente entre los meses de septiembre de 2020 y diciembre de 2020 en el domicilio de calle ..., J. J. C. C. tocó con sus manos la vagina de la menor N.R. de 7 años de edad con quien convivía».

Entiendo que tal error no puede ser soslayado y, pese a que fue inadvertido por la defensa no puede ser ignorado por este Tribunal, debiendo sanearse tal error y consignarse de forma correcta la calificación legal a asignar a los hechos por los que se acusó, se produjo prueba y se tuvo por acreditados. Pese a ello, entiendo que tal error no tiene impacto en la determinación de la pena efectuada, por cuanto –a mi criterio– fueron los hechos que se tuvo por probados, descritos por la parte acusadora y detallados en la segunda cuestión –a los que me referí con anterioridad–, aquellos que tuvo en miras el juez al momento de establecer el monto de pena individualizado, el que consideré adecuadamente establecido. En definitiva, y sobre la base de las consideraciones expuestas, entiendo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante en relación con el rechazo del recurso promovido.

En cuanto a las consideraciones vinculadas con la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares», «Zurita» y «Gómez Ayala».**

Ello, por resultar aplicables en el presente caso. De tal manera, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género, considero oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los **precedentes «Mejía Salvador», «Di Césare Morales», «Zurita Abrego», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli» y «Mercado Orozco».**

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. J. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada. 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

31- GONZALEZ FRANCO. 02-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGFG.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Estereotipos negativos de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2676, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género.

Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Acuña
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>

Dr. Valerio

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf

Dr. Palermo

- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

Precedentes relacionados

a. SCJM

Estereotipos de género. Buena víctima.

- Lima Viñolo. 10-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf
- López Puelles. 15-09-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcLPC.pdf

b. CIDH

- Castro Castro vs. Perú 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Caso López Soto y otros vs. Venezuela. 26-09-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06931428-1/1((038601-85100)) "FC/GONZALEZ FRANCO GABRIEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (85100)" P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106176693*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06931428-1 caratulada "F. C/ G. F., F. G. S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de F. G. G. F. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2676, y sus fundamentos emitidos en forma oral, dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-85.100/20, a la pena de siete años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del Código Penal).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso promovido, consideró acreditado que el día 15 de noviembre de 2020, en circunstancias en que se llevaba a cabo una reunión entre varias personas no autorizada en contexto de pandemia, en el inmueble sito en calle [...] de Rivadavia, y siendo aproximadamente a las 4.00 hs., en el momento en que M.D.V.V. fue al baño, fue interceptada por F. G. G. alias "N.", quien la tomó de la muñeca del brazo derecho tironeándola. Seguidamente, hizo que ingresara al dormitorio que se encontraba al lado del baño, la colocó de frente a la pared presionándole la espalda con el antebrazo, trabó la puerta de la habitación con pasador, le bajó a la fuerza el pantalón y la bombacha a la víctima, e introdujo su pene en la vagina. Luego, G. la tomó de la cabeza por el cuello, le pasó su pene por la cara y se lo introdujo en la boca (registro audiovisual del día 13 de junio de 2022 a partir del minuto 5.04) Para así decidir el tribunal de la instancia previa tomó en consideración, las declaraciones en audiencia de debate prestadas por M.D.V.V., M. F. M., B. C., P. S., L. A. d. V., J. R. M., D. M. C., C. d. C. O., V. A. B., N. V. A., E. R., Y. J. D., M. G. M., S. A. B., S. V., L. M. Ll., L. V., M. V., D. A. Ll., L. G., I. C., M. S. C., N. A. M., A. T., S. G., D. C., F. S., M. A. A.; la declaración del acusado F. G. G.; así como el resto de las pruebas debidamente incorporadas.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado interpone recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474, inc. 2 del CPP.

Sostiene que la resolución padece de falta de motivación por omisión arbitraria de valoración de elementos probatorios esenciales existentes en la causa, los que tienen importancia y peso puesto que, de haberlos valorado, habría variado el sentido de la resolución.

Señala, en este sentido, que el tribunal de la instancia previa en forma arbitraria tomó como presupuesto para condenar a su asistido, el relato de la víctima, corroborado por su estado anímico, como también la supuesta alteración intencional del escenario del hecho.

En relación con relato de la víctima señala que su parte cuestionó el crédito asignado, en función de que el mismo no reunía los parámetros necesarios para ser considerado creíble desde un punto de vista jurídico.

Refiere que el relato de la víctima entró en crisis con presupuestos de comprobación de la credibilidad subjetiva ya que fue dado por una persona que estaba bajo los efectos de una intoxicación alcohólica comprobada en autos por prueba instrumental de dosaje (1.26 ml de alcohol en sangre) y por la testimonial de la oficial M. C..

Expresa que la arbitrariedad en este punto radicó en que el tribunal consideró veraz la versión relativa a la existencia de la puerta por la que ingresó el imputado a la habitación donde ocurrieron los hechos investigados.

Afirma que existe una «doble vara» contradictoria de valoración probatoria. Señala que en este punto el tribunal consideró que el testimonio de la víctima respecto de la puerta de egreso se encontraba afectado por un error que considera entendible en razón del estado de conmoción, la oscuridad de la habitación y el estado de alcoholización en que se encontraba. Manifiesta la defensa que también resulta cuestionable los parámetros objetivos de credibilidad del relato, considerados por el tribunal de sentencia.

Ello, por cuanto entiende que no se corrobora con datos objetivos de carácter periféricos.

En este sentido, da cuenta que la víctima relató un suceso violento frente a un sinnúmero de personas (testigos), con utilización de violencia física por parte del acusado tanto para accederla por vía vaginal y por vía oral.

No obstante, ese relato no se vio corroborado ni por el examen físico ni por examen de laboratorio, ni por las testimoniales y es sólo producto de la arbitraria y conjetural imaginación del tribunal que ha omitido fundamentar respecto a la ausencia de tales elementos de prueba. La defensa sostiene que resulta arbitraria la conclusión relativa a que se alteró el escenario de los hechos con el objeto de desvirtuar los dichos de la víctima.

Añade que esto ocurrió porque se omitió valorar las testimoniales de los oficiales M. y V. B., quienes en forma coincidente señalaron que lo que constaba en el acta de procedimiento es lo corroborado.

Esto es, que solo existe una puerta en esa habitación que tiene conexión con el pasillo del inmueble y cada una de las aberturas y que, de ser factible su apertura, se debería consignar como puerta y ventana. En el caso, sólo existía una puerta de ingreso y egreso que es la constatada y consignada en el croquis. La defensa destaca ese informe como el más importante elemento de prueba, puesto que se llevó a cabo el mismo día del hecho.

La defensa cuestiona que se tuviera por acreditada la autoría en el hecho de su asistido. Señala que la víctima refirió que el acusado fue quien la tomó del brazo, pero que una vez dentro de la habitación no vio ni sabe quién fue el que la abusó sexualmente puesto que el lugar se encontraba en absoluta oscuridad. En función de todo lo expuesto, solicitan se haga lugar al recurso y se declare la nulidad de la sentencia.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de expedirse el Procurador General sobre el recurso interpuesto, y luego de analizar los agravios propuestos, considera que, aun cuando el recurso procede en lo formal y debe tratarse en el

fondo, no ocurre lo mismo desde el aspecto sustancial. Señala que no le asiste razón a la defensa en cuanto a la supuesta falta o errónea motivación de la sentencia.

Afirma que de los fundamentos que surgen del soporte de audio y video se puede afirmar que el tribunal de la instancia anterior llevó a cabo una valoración del plexo probatorio en su conjunto, en forma íntegra y concatenando cada uno de los elementos de prueba.

En este sentido, destaca que el tribunal sopesó los testimonios y concluyó que el peso de las declaraciones de cargo era superior a los de descargo, lo que ponía en evidencia el absurdo de las declaraciones de los testigos allegados al imputado.

Agrega que se valoraron las actuaciones policiales y se cotejó la prueba instrumental en el marco de todo el plexo probatorio. Lo mismo ocurrió en relación con la prueba pericial.

Señala que el examen de la víctima y su credibilidad fue analizado por diversos profesionales y debidamente valorado por el tribunal de sentencia. Por ello, y toda vez que considera que la sentencia se encuentra debidamente motivada y el planteo defensivo es infundado, aconseja el rechazo del recurso y la convalidación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido por la defensa del acusado, considero oportuno adelantar que corresponde su rechazo, puesto que no se verifican los vicios alegados por la defensa.

En efecto, contrariamente a lo que afirma la defensa, de la reproducción del registro audiovisual de los fundamentos de la sentencia vertidos en forma oral no se advierte la pretendida falta de motivación, arbitrariedad, o contradicción en los argumentos que brinda el tribunal de la instancia previa al momento de señalar los fundamentos de la sentencia.

De la reproducción del registro audiovisual de los fundamentos de la sentencia, surge que, en primer lugar, el tribunal rechazó la pretensión defensiva relativa a que no se aplicasen al momento de resolver criterios de perspectiva de género.

El sentenciante señaló que el hecho se había producido en un ámbito de soledad, fuera de la vista del resto de las personas que allí se encontraban y, consideró, que el acusado se había aprovechado de una posición asimétrica de poder con ejercicio de violencia física y abuso de confianza. El tribunal tuvo por acreditada una posición «machista» y patriarcal del acusado, de manera tal que al momento de valorar la prueba lo hicieron a la luz del fallo «O.P.J.C.» de este Tribunal.

En este aspecto, considero que acierta el tribunal de la instancia previa al ponderar los medios de convicción a la luz de los parámetros establecidos por esta Sala en diversos precedentes en los que he tenido ocasión de expedirme, por cuanto analizados los elementos de juicio que dieron sustento a la solución condenatoria, entiendo que la causa en tratamiento aparece enmarcada dentro de un claro supuesto de violencia de género.

Al respecto, deben tomarse en consideración los estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

En anteriores precedentes me he pronunciado sobre la importancia de partir en el análisis de hechos, en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes»,

«Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros).

Así también, en la sentencia «Hisa» hice referencia al estándar punto de partida del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Además, se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de ellas constituye un valor fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

Asimismo en numerosos precedentes he señalado que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «Galdeano Reyes», «Concha, Jesús», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente «González Sosa», «Scifo Ruffini», entre otros).

Señalé en el precedente «Alaniz Pineira», en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Añadí que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

Al respecto, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)» (ver «Concha, Jesús»).

Establecido ello, es que entiendo que el análisis en torno a la valoración de las pruebas, conforme cuestiona el recurrente debe llevarse a cabo a la luz de la sana crítica racional y la aplicación de los estándares probatorios de género, a fin de resolver si la sentencia en crisis contiene o no motivación válida y con perspectiva de género.

Así, y, en segundo lugar, advierto que, al momento de exponer la motivación de la sentencia, el tribunal de la instancia anterior, previo a exponer las hipótesis de los acusadores (público y privado) y de la defensa, analizó y valoró detalladamente las declaraciones de M.D.V.V.D., la declaración del acusado –la brindada en la investigación penal preparatoria y en el debate–, como también el resto de las declaraciones testimoniales –de cargo y de descargo–. De esta manera, contrastó las testimoniales de M. F. M., B. C., P. S. y L. Ll. –por un lado– con las de L. G. V., I. C., S. C., N. M., A. T., y F. S. –por el otro–. A partir de ello, concluyó que M., S. y C. fueron claras, coherentes y concordantes respecto a que M.D.V.V.D. en un momento determinado de la fiesta, vino en compañía de I. C. del sector del baño, que se encontraba alterada, anímicamente mal y dijo que “N.” –por el acusado- «se había mandado cualquiera» y que se quería ir del lugar (minuto 53.50 del registro audiovisual del día 13 de junio de 2.022).

Por su parte, L. Ll. confirmó la angustia que presentaba la denunciante. En otro orden, el tribunal encontró que las declaraciones de los testigos de descargo examinados presentaron contradicciones en puntos neurálgicos del hecho. Así, por ejemplo, en relación con el lugar de egreso de M.D.V.V.D. de la habitación, si salió sola o junto a G. Estas contradicciones, sumado a que todos aquellos testigos omitieron que la reunión terminó abruptamente cuando la denunciante se fue del lugar, llevaron al tribunal a considerarlos inconsistentes.

El tribunal también analizó la prueba instrumental, tales como las actuaciones llevadas a cabo por la Policía de la provincia de Mendoza y, específicamente personal de Policía Científica en el lugar del hecho. En este punto, estimó que al momento de llevar a cabo la primera de aquellas actuaciones el personal policial no desarrolló su tarea en forma solícita o bien hubo falta de instrucciones claras y precisas.

En este orden, el tribunal explica en la sentencia que se obviaron elementos fundamentales tal como reseñar cuál era y dónde estaba ubicado el ingreso a la habitación que se encuentra en el costado norte del ante baño de la vivienda donde se realizaba la reunión, circunstancia que sí surgió en la segunda inspección.

Destacó que, en esta oportunidad, en que se llevó a cabo la medida –efectuada en el mes de marzo de 2021–, donde se realizó una inspección pormenorizada del lugar, se refirió que sobre la pared norte del pasillo se visualizaba una puerta de cartón prensado por la cual no se puede ingresar porque se encontraba obstaculizada.

En este sentido, se reseñó el testimonio de C. V., del cual se desprende que las refacciones descritas eran de reciente data, la masilla tipo yeso estaba blanda, por lo que calculaba que no tenía más de un mes o mes y medio.

Asimismo, la testigo señaló que el cubre canal que atravesaba el espacio de la puerta tapada estaba suelto, que no había polvo por el paso del tiempo y que no tenía manchas como la pared, de lo que se desprendía que las modificaciones eran posteriores al hecho y más cercanas a la inspección. También el tribunal valoró los informes psicológicos practicados a M.D.V.V.D.

En este aspecto, concluyeron que el relato de ésta era claro, espontáneo, coherente, sin contradicciones internas, que presentaba indicadores de credibilidad, sin haber detectado mitomanía, como también que se evidenciaron sentimientos de desconfianza y, luego del hecho, dificultad para conciliar el sueño.

En contraste, del examen practicado al acusado advirtieron que se señalaba en aquél una actitud de minimizar el hecho denunciado, como también una necesidad de mostrar una imagen grandiosa, escasa capacidad de empatía y autocrítica, necesidad de sostener una posición viril, características que podían manifestarse en el área sexual.

De lo expuesto se sigue que, contrariamente a lo que afirma la defensa la motivación de la sentencia resulta clara, suficiente y al momento de ponderar los diversos medios de prueba aplicó la sana crítica racional, la lógica y la experiencia sin que se adviertan contradicciones en tal labor.

Ahora bien, en relación a las concretas críticas formuladas por la defensa, reitero que no concuerdo con ellas, paso a explicarlo. Señala la defensa técnica que el relato de M.D.V.V.D. ha sido arbitrariamente ponderado como veraz, que no se valoró el estado de intoxicación alcohólica de la víctima y que fue arbitraria la meritación al señalar tal circunstancia como generadora de confusión al momento de relatar el lugar por donde egresó.

Al respecto, debe señalarse que tal circunstancia sí fue ponderada por el tribunal al momento de – efectivamente– señalar el consumo de alcohol por parte de M.D.V.V.D. como causa de la confusión en torno al lugar de egreso de la habitación. Sin embargo, de forma contraria a lo que sugiere la defensa, el estado de ebriedad no fue considerado en solitario, sino vinculado a la persistencia en el relato de M.V.D.V.D., evidenciado en que, en lo esencial, narró los mismos hechos a sus amigas al salir de la habitación, a su madre, hermanos, al formular denuncia y al ser examinada por profesionales.

También, acertadamente el tribunal de la instancia anterior valoró que el error advertido en torno a la puerta por la que salió la víctima obedecería a la dinámica rápida del suceso, la oscuridad de la habitación y el estado de conmoción por el hecho vivido (minuto 1.14.00 del registro audiovisual) La defensa cuestiona también la credibilidad del relato de M.D.V.V.D. al considerarlo no corroborado con datos objetivos de carácter periférico.

En este sentido, señala que la víctima dio cuenta de un suceso violento ocurrido frente a un sinnúmero de testigos, sin embargo, nadie lo vio. No comparto tal afirmación, pues del testimonio de M.D.V.V.D. se desprende que el suceso violento ocurrió dentro de la habitación donde por la fuerza la condujo el acusado. En esa habitación no había más personas que ellos dos –M.D.V.V.D. y F. G. F.–.

En su declaración, M.D.V.V.D. (ver audiencia del debate de fecha 28 de marzo de 2022, a partir del minuto 2.15) señaló que en la habitación donde ocurrieron los hechos había una puerta a mano derecha del baño. Asimismo, refirió un forcejeo con el acusado; que fue obligada por éste, en alusión a un zamarreo (minuto 20.12) y a que fue tomada fuertemente de los hombros y presionada por G. F..

Además, señaló que la penetración del acusado duró «menos de dos minutos» y que pudo salir del lugar gracias a los manotazos. Específicamente, en relación con la presencia de más personas dijo «estoy segura que no había nadie más».

De ello se sigue que carece de sustento el argumento de la defensa. Si bien en la vivienda había mucha gente, en el lugar en que ocurrieron los hechos investigados sólo se encontraban el acusado y la denunciante. Tampoco considero arbitraria la conclusión a la que llega el tribunal de la instancia previa en relación con la existencia de la puerta por la que G. ingresó a M.D.V.V.D a la habitación.

Para así decidir el tribunal valoró la declaración de la víctima y de los testigos que señalaron la existencia de aquel ingreso (M., C. y S.), como también de la inspección ocular llevada a cabo en el lugar por personal de Policía Científica en el mes de marzo del año 2021. También ponderó la declaración de V., quien intervino en la medida y refirió que las modificaciones apreciadas en la puerta eran recientes.

En cuanto a la medida que se llevó a cabo el día del hecho en el lugar, el tribunal refirió –como expliqué precedentemente– que no había sido llevado a cabo en forma solícita por el personal policial o, que las instrucciones no fueron claras y precisas, razón por la no correspondía asignar crédito a ella. En otro orden, la defensa señala que el hecho no se vio corroborado por el examen físico, ni por declaraciones testimoniales. Al respecto advierto que de la dinámica del hecho relatada por M.D.V.V.D. surge que el episodio duró escasos minutos y que fue clara al referir en la audiencia de debate su dinámica, Esto es, la introducción del pene por parte de G. en su vagina y luego en su boca y que, en razón de ello, se explican los resultados de los exámenes físicos que se le practicaron.

No obstante, y en forma contraria a lo que afirma la defensa, si bien no hay testigos que presenciaran el hecho, sí declararon en el debate personas que vieron un coqueteo previo de G. hacia la denunciante, y que luego vieron cuando salían de la habitación y, los dichos de los testigos a quienes en un primer momento la denunciante relató el hecho.

Como se explicó anteriormente considero que la conclusión en relación con la alteración del escenario del hecho efectuada por el tribunal no resulta arbitraria, sino que se desprende de las constancias válidamente incorporadas a la causa y cuya inteligencia fue en mi opinión acertada.

En este sentido, es que entiendo que no ha existido omisión de valoración de las testimoniales de los oficiales M. y B., sino que en razón de las consideraciones explicadas precedentemente el tribunal de la instancia anterior consideró que la labor no había sido desarrollada adecuadamente y que, por ello, correspondía restarle mérito probatorio.

De tal manera, no puede tener acogida favorable la crítica relativa a que una vez dentro de la habitación pudo haber sido otro el autor de la agresión sexual sufrida por M.D.V.V.D. Ello, en razón de la dinámica de los hechos, las declaraciones de testigos que vieron salir de esa habitación a la denunciante y al acusado y los propios dichos de la víctima quien aseguró al ser preguntada en el debate que el autor del ataque sexual fue F. G.

De lo expuesto, considero que se encuentra acreditado el hecho denunciado y su autoría por parte del acusado, en tanto la sentencia se encuentra adecuadamente motivada en debida la valoración que ha llevado a cabo de los medios de prueba válidamente incorporados.

En este sentido, los errores asignados por la defensa a la resolución no resultan más que la discrepancia de ésta en función del ejercicio del cargo que ostentan, sin que hayan logrado superar en esta instancia las razones aportadas por el tribunal de la instancia previa.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro»**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en

diversos precedentes de esta Sala en relación con el deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito a lo expresado en los precedentes «Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita», entre otros.

Además, en relación con las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos, en los precedentes «Di Cesare Morales», «Mejía Salvador», «Mercado Orozco», entre otros, expuse cómo debe ser juzgado con la debida perspectiva de género que el caso requiere. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de F. G. G. F.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro.

32- RUIZ MIRANDA. 02-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcRMM.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en fc. del 4° párrafo incs. b y f, 55, 54 y 125, 3° párrafo penúltimo supuesto del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante agravado. Convivencia. Acceso carnal. Promoción a la corrupción de menores agravada. Víctima menor de trece años de edad. Guarda.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda en un número indeterminado de hechos en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda en un número indeterminado de hechos (en al menos seis oportunidades), todo en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años de edad, por la guarda y la convivencia preexistente.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2337, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género.

Dr. Valerio

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Lucero Lorca

Dr. Palermo

- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

Dr. Adaro

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-07046317-7/1((018601-36260)) F. Y QUER. C/ RUIZ MIRANDA MARCOS MANUEL P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE...(36260) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106259645*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07046317-7/1 caratulada "F. C/ R. M., M. M. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de M. M. R. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2337, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-36260/20, a la pena de doce años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda en un número indeterminado de hechos en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda en un número indeterminado de hechos (en al menos seis oportunidades), todo en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años de edad, por la guarda y la convivencia preexistente (arts. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo incs. b y f, 55, 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo incs. b y f, 54 y 125 tercer párrafo penúltimo supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[...] para fecha no precisada pero durante el año 2011 en el domicilio sito en calle, mientras M.S.R.C., quien en ese momento tenía 8 o 9 años de edad, se bañaba, M. M. R. M., quien estaba a cargo de la menor ya que R. L. R. se encontraba trabajando, abrió la puerta del baño y se quedó mirando a la niña a pesar que ésta le pedía que se retirara. En el mismo tiempo y domicilio, M. M. R. M., mientras M.S.R.C. se cambiaba en su habitación, la observaba vestirse mientras sacaba la lengua, hacía gestos obscenos y se tocaba el pene frente a la misma. Estos hechos se prolongaron hasta el año 2015 aproximadamente en el domicilio sito en calle, Guaymallén». «Que, en fecha no precisada, pero durante el año 2013 en el domicilio sito en calle de Villa Nueva Guaymallén, en circunstancias que R. L. R. se encontraba trabajando, M. M. R. M., quien quedaba a cargo de M.S.R.C. de 10 u 11 años de edad, se cruzaba al colchón donde la niña se encontraba durmiendo, en el interior de la habitación matrimonial, y comenzaba a tocar su vagina y cola por debajo de la ropa, introduciendo sus dedos en la vagina de M.S.R.C., provocando dolor en la misma, hecho que repitió a diario». «Entre los años 2014 a 2015 en el domicilio sito en calle de Villa Nueva Guaymallén, estando M.S.R.C. de 12 o 13 años de edad en ese momento, al cuidado de M. M. R. M., por encontrarse su madre

privada de la libertad, este último se acercó a la niña que estaba sentada en el sillón de su casa, tocó sus pechos, le bajó los pantalones y le penetró por la vagina, mientras emitía ruidos y hacía gestos obscenos, hecho que provocó gran dolor en M.S.R.C.». «Entre los mismos años y en el mismo domicilio, encontrándose M.S.R.C. de 12 o 13 años de edad en ese momento, al cuidado de M. M. R. M. y habiendo transcurrido poco tiempo del hecho anterior, éste introdujo a M.S.R.C. al interior del vehículo que se encontraba en el garaje del domicilio, le bajó los pantalones y le practicó sexo oral, situación que se repitió en cuatro oportunidades aproximadamente». «Entre los años 2014 al 2015 y en el mismo domicilio, encontrándose M.S.R.C. de 11 o 13 años de edad en ese momento, al cuidado de M. M. R. M., por encontrarse R. L. R. privada de la libertad, este ingresó a la habitación de M.S.R.C., quien se encontraba en la cama superior de la cucheta y comenzó a tocarle la vagina, la bajó a la cama inferior y la penetró por la vagina».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de M.S.R.C., de R. L. R., de D. A., de D.G. D. C., de E. A. J.; asimismo, las declaraciones de las licenciadas Ana Carolina Cucchi y Marisa Lorena Fusari, así como la declaración del acusado y el informe del examen psíquico de la víctima.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

En primer lugar, sostiene que el sentenciante otorgó plena credibilidad al relato de la denunciante sin observar las contradicciones que existen entre lo declarado en su denuncia y lo relatado durante el debate. Al respecto, menciona las siguientes incongruencias:

- a) relativas al tiempo en que habrían ocurrido los hechos,
- b) la edad de la víctima, en tanto durante el debate manifestó que los hechos comenzaron cuando tenía once años de edad, en el año 2011, y terminaron en el año 2013, lo que según su entender, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la víctima y los datos de la acusación, resulta imposible; y, c) el lugar donde habrían ocurrido los hechos, los que considera incongruentes con la acusación. En segundo lugar, la defensa manifiesta que el juez de la instancia anterior le otorgó solidez a las declaraciones de los testigos, siendo que estos son familiares directos de la denunciante y sin tener en cuenta el grado de subjetividad a la hora de deponer.

Asimismo, que ninguno de ellos habría sido testigo presencial de los hechos, sino que relataron lo que la víctima les habría contado al respecto, sin darles detalles del hecho.

En cuanto a los exámenes realizados a M.S.R.C., sostuvo que no existió en la víctima un estrés post traumático, en tanto no se reunían todos los indicadores del cuadro, determinados por los manuales sobre la materia.

De igual modo, la defensa hace referencia que las profesionales aseguraron la existencia de un trastorno psicotraumático basándose en las manifestaciones de la denunciante y no en lo que ellas observaron. Estas expresiones, a su entender, constituirían cuestiones cargadas de un alto nivel de subjetividad.

En tercer lugar, estima que el juez de la instancia anterior emitió una sentencia condenatoria basándose en la plataforma fáctica de los hechos expresada por el Ministerio Público Fiscal, cuyo contenido, según su entender, no es concordante con los hechos relatados por la denunciante durante el debate, por lo que considera que existe una violación al derecho de defensa en juicio. Cita como ejemplos de estas discordancias los siguientes. Primero, con respecto al abuso sexual con acceso carnal ocurrido en la habitación, M.S.R.C., durante el debate, expresó que el hecho no se habría concretado debido a que se

encontraba en la cama inferior de una cucheta y al ser agredida, se cayó la parte superior de la misma obligando al acusado a retirarse sin consumar el acto.

Sin embargo, la defensa alude que según la sentencia el hecho sí se habría consumado, encontrándose la víctima en la cama superior, para luego ser descendida por el agresor quien la accedió carnalmente.

Segundo, M.S.R.C. relató en el debate que, en ocasión de encontrarse en el sillón del comedor el acusado le habría bajado su ropa y le habría practicado sexo oral. Pero, según la sentencia el hecho habría sido consumado en el interior de un rodado que se encontraba en el garaje, situación que se repitió al menos en cinco oportunidades.

Al respecto, se pregunta la defensa de dónde surgió dicha cantidad de veces, en tanto M.S.R.C. sólo relato un hecho. Tercero, M.S.R.C. manifestó no recordar haber sufrido tocamientos por debajo de la ropa y que el acusado le introdujera sus dedos en la vagina.

Aun así, según la sentencia surge que existieron tocamientos por debajo de la ropa y acceso carnal mediante la introducción de los dedos. Cuarto, a M. M. R. M. se le atribuye en la sentencia un hecho que la víctima nunca relato, el cual consiste en que se pasó de colchón para abusar de la menor. La defensa considera que tal hecho carece de sustento, en tanto surge de las testimoniales de los familiares que el acusado y la menor nunca compartieron habitación.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Ello, en tanto del análisis de los fundamentos se desprende que los hechos denunciados se encuentran acreditados con los elementos probatorios existentes en la causa y que su análisis por parte del juez de la instancia anterior resulta ajustado a derecho.

Así, considera que el juez evaluó cada elemento, no sólo las manifestaciones de la víctima, del acusado y de todos aquellos testigos presentados, sino también los informes psicológicos, y a partir de allí concluyó que los hechos ocurrieron en la forma en que fueron descriptos al elevarlos a juicio. De este modo, estima que la defensa presenta su estrategia con la pretensión de debilitar los dichos de la víctima, aduciendo contradicciones en su relato y una consecuente discrepancia con la acusación.

Conforme lo expuesto, destaca que no ha existido arbitrariedad alguna en el razonamiento expuesto en la sentencia, en tanto se encuentra ajustado a las reglas de la sana crítica racional, de la lógica y de la experiencia común. De tal manera, sostiene que las pruebas de cargo otorgan plena certeza de la materialidad de los hechos y de la autoría del acusado en los mismos. En función de lo señalado, considera que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa considero oportuno adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante. Paso a explicarlo.

De manera preliminar al análisis del recurso interpuesto, estimo relevante destacar, en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»;

«Zurita»; «Castillo Ordoñez»; «Sosa Ortubia y Lucero Lorca»; entre otros). Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba M.S.R.C., tanto por su condición de mujer, como de menor edad al momento de los hechos.

En función de las pautas expuestas en aquellos precedentes, a las que me remito en lo pertinente, es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa. En primer lugar, debe resaltarse que, si bien la defensa sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP, el eje central de la impugnación gira en torno al cuestionamiento de la valoración probatoria realizada por el juez de la instancia anterior.

En segundo lugar, corresponde analizar el primer planteo de la defensa dirigido a cuestionar la credibilidad en el relato de M.S.R.C.

En este sentido, la defensa sostiene que existen contradicciones en su relato, referidas al tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido los hechos, como así también en relación con su edad en esos momentos. Al respecto, entiendo que estos argumentos no resultan procedentes. Paso a explicarlo.

De la lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada se desprende que el sentenciante, acertadamente, analizó el marco general de situaciones de agresión sexual contra una niña dentro del ámbito familiar desde el que era necesario abordar el caso.

Así, destacó que el marco normativo nacional e internacional tiene en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y las mujeres víctimas de violencia. Al respecto, estimó que esa vulnerabilidad aumenta cuando las agresiones provienen del seno familiar y, más aún, cuando se trata de ataques sexuales en dicho ámbito.

Ello, en tanto los hechos se producen en secreto y los familiares cercanos muchas veces no advierten lo que sucede y si lo notan, les parece increíble que pueda ocurrir o tienen lazos estrechos con el agresor.

Asimismo, el sentenciante hizo referencia que la jurisprudencia ha señalado, en relación con la valoración de la prueba en los casos de delitos contra la integridad sexual, que en estos supuestos no se permite una relativización del estado jurídico de inocencia que goza el acusado sino que, por el contrario, se trata de analizar el testimonio de la víctima en cuanto a su consistencia, congruencia y coherencia con el resto de las pruebas, porque de lo contrario conduciría a consagrar la impunidad para la mayoría de los delitos sexuales. En este sentido, esta Sala se ha pronunciado al respecto en numerosos precedentes, señalando que en los casos de abuso sexual hacia niñas o niños no puede exigirse extrema precisión en sus declaraciones al momento de la determinación cronológica de los hechos. Del mismo modo, es posible admitir ciertos matices en relación con las circunstancias de modo y lugar relatadas siempre que, en lo nuclear, el relato sea sostenido.

De tal manera, para la ponderación de aquellos aspectos es necesario considerar el perfil psicológico del niño o de la niña, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (ver al respecto, «Gómez Ayala», «Lorente», y «Sayd Carrizo»). En este entendimiento, en el precedente «Gómez Ayala» me pronuncié sobre la credibilidad del testimonio de la/s víctima/s en casos como el presente y, al respecto, sostuve que «[...] cuando se trata de casos de abuso sexual infantil (ASI), la aludida especificidad de este espectro de comportamientos, derivada de la condición de vulnerabilidad por la menor edad de la víctima, impone - entre otros- el deber de adecuar las reglas sobre interpretación y valoración de los testimonios de las

víctimas de acuerdo a las circunstancias. De manera tal que los términos o expresiones a través de las cuales describen los hechos padecidos, no sólo reclaman su recepción con mecanismos específicos - Cámara Gesell- sino, además, que su valoración, en cuanto al control de logicidad de la declaración, no puede tener la misma estrictez que cuando se trata de una víctima mayor de edad». Además, destaque que «[...] la especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión esperable, debe ajustarse por el intérprete a la condición del menor, pues serán diferentes para cada caso particular.

A modo de ejemplo, entre muchos otros factores, aquellas cualidades dependerán de la edad del niño, niña o adolescente, de su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de quien actúe como entrevistador o entrevistadora para lograr la comunicación de la víctima. También influirá si el hecho denunciado habría sido único o crónico y el tiempo transcurrido desde entonces hasta la toma de declaración (conf. “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Primera edición, septiembre de 2013)».

El juez de la instancia anterior estimó como principal prueba de cargo el testimonio de M.S.R.C. Al respecto consideró que sus dichos reunían características tales que les otorgaba plena credibilidad, como por ejemplo, el contenido y la forma de las declaraciones, el modo en que los hechos salieron a la luz, la persistencia en la incriminación y la existencia de corroboraciones periféricas. En consecuencia, afirmó que todo lo narrado efectivamente por M.S.R.C. ocurrió como lo había relatado, a diferencia de lo sostenido por la defensa, quien cuestiona, como ya dije, la credibilidad en su testimonio. En cuanto a la actitud de M.S.R.C. durante la audiencia de debate, el sentenciante consideró que se mostró sincera y que su relato fue coherente, convincente, verosímil y que no existió ningún elemento objetivo que permitiera descreer de sus dichos.

Asimismo, destacó que tanto en su declaración, como en algunos tramos de las audiencias que presenció, M.S.R.C. se encontraba angustiada y llorando. Al respecto, considero que no le asiste razón al planteo de la defensa vinculado a que, el juez de la instancia anterior dictó una sentencia condenatoria basándose en una plataforma fáctica que no es concordante con los hechos relatados por la denunciante. En este sentido, de los fundamentos de la sentencia, se advierte que el juez de la instancia anterior transcribió parte de la declaración de la víctima para que resultara más ilustrativo su relato.

De este surge claramente que el acusado penetró varias veces a la víctima, siendo la primera vez en el comedor del domicilio ubicado en calle de Villa Nueva, Guaymallén; luego dentro de un vehículo que se encontraba estacionado en el interior del garage y, por último, en la habitación de la víctima.

Además, M.S.R.C. manifestó que sufrió situaciones en las que el acusado la obligó a soportar que le realizara sexo oral y que en algún momento quiso quitarse la vida a raíz del sufrimiento que le provocaba las agresiones sexuales que tenía que soportar. Por otra parte, se advierte que el juez puso especial énfasis en la develación de los hechos de abuso sexual, para otorgarle credibilidad al testimonio de la víctima.

Así, aludió que M.S.R.C. varios años después contó lo sucedido, sin ningún móvil espurio y sin tener vínculo con el acusado, en tanto su madre ya se encontraba separada del mismo. Además, refirió que tal develamiento se dio en el marco de una conversación circunstancial con su hermana A. A. y su cuñado D. D. C., quienes expresaron, de manera coincidente, que aquello ocurrió mientras se encontraban almorzando con M.S.R.C., y que al mencionarle al acusado, ésta rompió en llanto y contó lo sucedido.

En el mismo sentido, el juez destacó las declaraciones del ex novio de la víctima, E. J. y de su madre, R. R., quienes relataron, de manera coincidente con los demás testigos, las manifestaciones vertidas por M.S.R.C. en cuanto a los hechos de abuso sexual de los que fue víctima por parte del acusado.

Si bien, la defensa sostiene que existe subjetividad en el relato de los testigos mencionados, considero que no hay motivo para dudar de su veracidad, en tanto si bien no fueron testigos presenciales, acreditaron, tal como destacó el juez de sentencia, los dichos de la víctima.

En cuanto a la falta de testigos presenciales en los casos de delitos sexuales, esta Sala anteriormente ha señalado que hechos como el aquí analizado generalmente se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba del proceso (ver al respecto «**Gómez Ayala**»).

Asimismo, debe destacarse que todos los aspectos de la declaración de la víctima, mediante los que describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron lugar los hechos, fueron corroborados a través de los restantes elementos de prueba que demuestran y ratifican la veracidad de sus expresiones.

Al respecto, basta con citar las declaraciones de las licenciadas Ana Cucci y Marisa Fusari, quienes afirmaron, que la versión de los hechos brindada por M.S.R.C. era fiable y que presentaba indicadores de ansiedad y angustia.

Además, manifestaron que no existieron en la víctima signos de manipulación ni motivo alguno para formular una denuncia falsa, máxime cuando a la época del develamiento ya no había relación con el acusado, en tanto se había interrumpido la convivencia.

Asimismo, descartaron algún tipo de fabulación o mitomanía.

En tercer lugar, considero que tampoco debe prosperar el agravio dirigido a cuestionar la falta de estrés postraumático en M.S.R.C.. Se advierte sobre ello que ambas licenciadas explicaron que si bien no se había detectado un cuadro de estrés postraumático, aclararon que se trató de una experiencia psicotraumática. En este sentido, la licenciada Ana Cucci manifestó que el estrés postraumático es una forma posible de reaccionar en casos que peligran la vida o la integridad, que es un cuadro clínico específico que a veces en estos casos se configura, o no, y que se da más en casos de situaciones inesperadas más disruptivas, pero que en este caso lo psicotraumático surge desde otro lugar.

A su vez, también fue valorado por el juez el informe del examen psíquico realizado a M.S.R.C. por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual, del que surge que su relato reúne elementos de credibilidad. En particular, refiere que sus dichos resultan coherentes, siendo una producción inestructurada, con engranaje contextual y temporal, sin contradicciones fundamentales.

Asimismo, expresa que M.S.R.C. aportó detalles específicos de las situaciones de carácter sexual a las que habría sido expuesta. Destaca, además, que M.S.R.C. describió el estado emocional al momento de las vivencias, como llanto, asco y rabia, como así también sensaciones corporales y que mencionó dolor en la zona genital.

De este modo, el sentenciante refirió que se presentaron todos los criterios de validación de los testigos, tales como la inexistencia de móviles espurios, la verosimilitud y el contenido de las declaraciones, siendo éstas lógicas, precisas, consistentes y con, como se dijo, corroboraciones periféricas, tales como las declaraciones de otros testigos y la de las licenciadas.

También mencionó que hubo persistencia en la incriminación, la que se prolongó en el tiempo y en todas las instancias en que la víctima se presentó, es decir, frente a las profesionales de la psicología, en la Fiscalía, en el tribunal y frente a terceros.

En este sentido, tal como lo afirmó el juez de la instancia anterior, se puede concluir que, por la forma en que el hecho se develó, resulta poco probable la existencia de algún tipo de acuerdo en contra del acusado para perjudicarlo, en tanto son varias las personas que se encuentran involucradas y que prestaron declaración en forma coincidente y coherente entre sí.

Por su parte a la época en que los hechos en que se denunciaron no existía relación alguna entre la víctima y el acusado.

De tal manera, lo expuesto por testigos y profesionales hacen que no existan razones atendibles para descreer de las declaraciones de M.S.R.C., más aún, su credibilidad se ve fortalecida por cuanto su relato es corroborado por aquéllos.

A ello, el sentenciante agregó que la defensa material se basó en una versión alternativa pobre y sin sustento, limitada exclusivamente a manifestar el acusado que tales abusos no podrían haberse dado, en tanto él pasaba mucho tiempo trabajando y que nadie lo vio ejecutar tales conductas, lo cual es lo usual en este tipo de hechos.

Por su parte, en esa cantidad de años es obvio que tiene que haber pasado varios momentos a solas, y si no lo denunciaron antes fue porque la víctima temía por su seguridad, no por otra razón.

En definitiva, a partir de todo lo reseñado es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa en tanto no se advierten en la sentencia cuestionada los vicios que refiere.

Por el contrario, considero que los razonamientos expuestos en esa sentencia para tener por acreditada la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría, encuentran sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas, particularmente, de las declaraciones de M.S.R.C. y de los testigos y profesionales declararon durante el debate.

Elementos de prueba que han sido adecuadamente valorados por parte del juez de la instancia anterior, de manera integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M. R. M..

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», entre otros).

Por estas razones, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada.
ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.
ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.
SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.
Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia
RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por M. M. R. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

33- SUBELZA ORTIZ. 28-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE IE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230828_FcSOC.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, art. 63, art. 142 inc. 1° y 5 en función del art. 55 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Delito continuado. Privación ilegítima de la libertad. Violencia. Amenazas. Tiempo de duración. Concurso real. Valoración de la prueba. Testigo único. Violencia sexual. Violencia psicológica. Cosificación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión** e inhabilitación absoluta como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado, privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por haber sido cometida con violencia y amenazas y por el tiempo de duración, todo en concurso real y cometido en contexto de violencia de género (arts. 119 tercer párrafo, art. 63, art. 142 inc. 1° y 5 en función del art. 55 del Código Penal y ley n° 26.485). c

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Canaliza jurídicamente la petición in pauperis efectuada por su asistido,

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2431, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

Dr. Valerio

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Palermo.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Adaro

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Sobre este tópico menciona el Dr. Adaro los siguientes precedentes destacados en el fallo Agüero Pérez

- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- González Sosa.

b-CIDH

Castro Castro vs. Perú. 25-05-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala. 19-11-99:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Doctrina relacionada.

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. J F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-07128527-2/1((018601-17472)) FC/ SUBELZA ORTIZ CARLOS P/ ABUSO SEXUAL (17472) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106296789*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07128527-2/1 caratulada “F. c/ S. O., C. R. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD DOBLEMENTE AGRAVADA POR HABER SIDO COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS Y POR EL TIEMPO DE DURACIÓN, TODO EN CONCURSO REAL Y COMETIDO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de C. R. S. O. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.431, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-17.472/21, a la pena de quince años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, accesorias legales y pago de costas por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado, privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por haber sido cometida con violencia y amenazas y por el tiempo de duración, todo en concurso real y cometido en contexto de violencia de género (arts. 119 tercer párrafo, art. 63, art. 142 inc. 1° y 5 en función del art. 55 del Código Penal y ley n° 26.485).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado que «[...] los abusos sexuales con acceso carnal del imputado S. a [J.C.L.V.] ocurrieron de forma recurrente y sistemática, con uso de violencia física e intimidación, en numerosas oportunidades entre el 1 de enero de 2021 y el 17 de febrero de 2021, en dos lugares: el hecho de abuso sexual con acceso carnal ocurrido el día 1 de enero de 2021 en el inmueble del imputado S. sito en calle..., Provincia de Mendoza, mientras que los innumerables hechos sucesivos, uno de ellos percibido por uno de los hijos de [J.C.L.V.], en el inmueble en el que vivía [J.C.L.V.] en el mismo barrio y que fuera escenario de los hechos ocurridos durante todo el período sito en calle ..., Provincia de Mendoza,. Asimismo, la privó de su libertad en el domicilio de ésta impidiendo su libertad ambulatoria entre esas fechas utilizando para ellos violencia y amenazas».

Para así decidir, el tribunal de la instancia anterior valoró la declaración de la víctima (J.C.L.V.), cuyos términos estimó respaldados en las declaraciones de las autoridades, docentes y empleadas del establecimiento educativo donde concurrían sus hijos –M. C. L., C. U., É. A., P. C. y A. F.–, en los informes realizados por el personal profesional del EDeAAS y del EPI y, finalmente, en la prueba instrumental

incorporada al debate, entre la que destaca el acta de procedimiento y su ratificación posterior por los funcionarios actuantes.

En función de ello, desestimó la versión del acusado ofrecida en ejercicio de su derecho de defensa material durante el debate, junto con las versiones aportadas por diferentes testigos de descargo –C. G. O., M. C. y G. S.–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado S. O. funda su pretensión casatoria en el inc. 2 del art. 474 del CPP, por entender que existen vicios formales que descalifican la resolución impugnada como acto jurisdiccional válido.

En ese sentido, advierte la presencia de una motivación contradictoria, de una fundamentación aparente, falsa o arbitraria y, finalmente, de una transgresión a las reglas de la lógica, la experiencia y de la psicología por parte del tribunal impugnado (art. 416 inc. 4 del CPP), quien habría inobservado el principio de la duda.

Al canalizar jurídicamente la petición in pauperis efectuada por su asistido, el recurrente indica que, lo que es objeto de discusión, es la discrepancia entre la teoría del caso de la defensa y de la acusación, referida a la existencia o inexistencia de una relación sentimental y de convivencia entre el acusado y la víctima al momento de los hechos, en donde la denunciante consentía libremente las relaciones sexuales con S.. Menciona que el fallo cuestionado afirma que no sólo existió fuerza física para doblegar la voluntad de la denunciante, sino también amenazas.

Sin embargo, la defensa considera que esa conclusión se apoya exclusivamente en la declaración de la única testigo de los hechos –la denunciante–, cuyo relato de los hechos adolece de fisuras que ponen en crisis la confiabilidad de su relato, tornándolo inverosímil y sin respaldo en las demás pruebas rendidas e incorporadas a la causa.

Expresa que la persistencia y la continuidad, como calidades que consideró el sentenciante para valorar su testimonio y asignarle credibilidad, sólo implican la repetición continua de su discurso inicial sobre hechos que pueden o no haber ocurrido, pero nada tienen que ver con el grado de certeza al que se arribó en la sentencia, pues alguien podría ser también persistente y continuo en un relato falso, mentiroso y ganancial.

La defensa cuestiona el excesivo valor dado al testigo único, lo que en la práctica lleva al propio imputado a tener que construir su estado de inocencia y no a que el Estado lo destruya con prueba de cargo, toda vez que frente a la declaración de la víctima se contrapuso lo que el acusado declaró en debate a favor de su inocencia, relato que –a su criterio– es claro, coherente y lógico, sostenido además conforme la prueba testimonial de descargo producida en el debate (declaración testimonial de P. C. y C. G).

Indica que, sin hacer un juicio de moralidad de la denunciante, ha quedado demostrado con certeza que existía una relación sentimental paralela antes del día 1 de enero de 2.021 y durante un tiempo, entre el acusado y la denunciante, que ella ha negado en forma persistente y continua.

Esto genera alrededor de su relato una sospecha seria de que su testimonio no es confiable, por ocultar información, máxime cuando hay testigos que dieron cuenta de esa relación sentimental, particularmente su ex pareja –Á. S.–, quien habló de «engaño».

La defensa se pregunta si es coherente el relato de «una víctima» que se refiere a la madre de su supuesto captor y abusador. En efecto, indica que, en sede de la Oficina Fiscal, la denunciante se refirió a la madre del acusado como su suegra, lo que denota que efectivamente existía una relación sentimental entre las partes, en la que la J.C.L.V. estaba posicionada en la familia de S. no sólo como su pareja, sino que ya tenía en su organización familiar a la madre del acusado como su suegra. De ahí que se pregunta si es coherente

el relato de una «víctima» que, dentro de ese ámbito, se refiere de esa manera a la madre de su supuesto captor y abusador.

Añade que la denunciante expresó que a S. en el barrio, más que respeto, lo que le tenían era miedo, circunstancia que lejos de ser corroborada por los vecinos del lugar, fue contradicha por los testigos de descargo (también vecinos), con lo cual el relato de la denunciante mantiene la original pérdida de confiabilidad.

A su entender, tampoco las amenazas que dijo sufrir la denunciante pudieron ser acreditadas durante el curso del debate. Refiere que, dentro de estas amenazas, se cuentan las que supuestamente el acusado efectuaba sobre la vida de la propia J.C.L.V., así como sobre la propia familia S. e incluso el acusado sobre su propia vida.

Entiende que, además de la falta de prueba, tampoco tendría ninguna lógica que el acusado amenazara con matar a su propia familia –a su propia madre–, dada la falta de efecto intimidante podría eso tener, pues justamente la familia de S. no era de ninguna ayuda para la denunciante en la supuesta situación de dominio u opresión que padecía.

Expresa que el relato del personal docente y no docente de la escuela V. G. demuestra que la víctima no se encontraba para nada bajo una situación de privación de libertad.

Refiere que tanto el testimonio de quienes depusieron en el curso del debate, como las declaraciones incorporadas por lectura, si bien no aportaron conocimiento respecto del hecho endilgado y bajo debate, sí fueron importantes para fijar numéricamente la gran cantidad de «oportunidades» que la denunciante habría tenido para dar conocimiento de lo que supuestamente padecía y solicitar el correspondiente auxilio.

Considera que esos testigos no pueden ser tachados de que forman parte del entorno barrial o de confianza del acusado –tal como lo hace el sentenciante con los testigos de la defensa–, ni tampoco que sus relatos sean «edulcorados». Por el contrario, son testigos objetivos, dada la falta de vínculo con la denunciante como con S..

Expresa que no fue objeto de discusión, que personal del establecimiento educativo V. G. se hizo presente en el domicilio de la denunciante, y que fueron distintos docentes –la vice-directora, la docente misma de uno de los hijos de la denunciante e incluso la maestra de inglés–.

Esto pone en crisis que la presencia de la mujer en el establecimiento educativo significó «la primera oportunidad» que tuvo para contar lo ocurrido, oportunidad que en sentido figurado se pretende hacer ver como una forma de liberación.

Señala que debe tenerse presente que la denunciante pudo poner fin al «infierno» que vivía en cualquiera de esas «muchas veces» que, según dijo, le salvó la vida a S. cuando este quería matarse.

Añade que, según dijo la denunciante, un hijo suyo (A.G.L.) habría presenciado una de las vejaciones sexuales a las que fue sometida por el acusado.

Sobre ello, la defensa refiere que, si bien no hace a la existencia del hecho en sí, lo cierto es que cuando el menor fue consultado bajo la modalidad Cámara Gesell, no efectuó ninguna referencia a un hecho de esta naturaleza, y que preguntado el mismo en otra oportunidad por personal docente acerca de si había en el hogar alguna situación de violencia o maltrato el menor respondió que no.

Con lo cual, interpreta que de ser cierta esta parte de la acusación, y sin pretender detalles en la memoria del menor, lo exigible es –al menos– el recuerdo de una situación que –sin detallarla– le hubiese llevado a responder afirmativamente a la pregunta de si hubo situación de violencia o maltrato.

Justamente, la respuesta es negativa porque el hecho particular es irreal, inexistente y, por ello, el relato de la denunciante sigue siendo persistente y continuo en su falta de confiabilidad.

En relación con la supuesta utilización de un cuchillo y su secuestro en el domicilio del imputado, considera que ello no puede aparecer como prueba de la existencia del hecho o de la veracidad de los dichos de J.C.L.V., toda vez que se trata de un elemento presente en el domicilio en que convivían ambas partes y que era utilizado por el imputado como herramienta de trabajo por su oficio.

Explica que el hecho que la víctima lo describa con sus particularidades no es un aporte periférico que sostenga la veracidad de la denuncia, porque no es más que la descripción de un objeto de uso personal, cuyo uso con fines intimidatorios no puede ser sostenido desde ninguna prueba.

Estima la defensa que, donde más se pone de relieve la mendacidad de los dichos de la denunciante es cuando en audiencia declaró en relación con su anterior pareja diciendo: «yo a S. lo busqué, pero él quería continuar con la relación, pero yo no». Siendo que el propio testigo Á. S. consultado sobre este punto declaró «el tema era el engaño de ella, yo nunca más quise volver con ella».

Sobre el contexto situacional al momento de los hechos denunciados, señala que si bien no escapa al conocimiento público de que existía una situación de pandemia que implicaba restricciones a la circulación, ello no impedía a la denunciante solicitar ayuda.

Ello por cuanto, a pesar de las restricciones ambulatorias dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, J.C.L.V. tuvo «oportunidades permanentes de solicitar auxilio».

En este sentido, destaca la declaración de P. C., quien dijo que su puerta de ingreso estaba a dos metros de la vivienda de la denunciante, como también, que el día en que habría ocurrido el primero de los hechos, –1 de enero de 2021– se desarrolló una fiesta en la vecindad a la que acudieron un gran número de personas, tal y como lo relató incluso la denunciante.

Destaca que la presencia de la víctima en el Registro Civil, conforme lo declarado por ella misma, así como por la testigo C. G., quien ocasionalmente se encontraba en dicha oficina y vio llegar los futuros cónyuges, pone de relieve que de ser cierta la denuncia, la víctima tuvo otra oportunidad más de develar su padecimiento y sin embargo no lo hizo.

Por último, la defensa refiere no se acreditó la versión dada por la denunciante acerca de que «S. no fue a trabajar más, por miedo a dejarla sola», siendo que los testigos de la defensa dieron cuenta de que el mismo trabajaba en la papa mencionando que salía por la mañana y regresaba por la tarde.

Por todo ello, el recurrente considera que existe un estado de insuficiencia probatoria que debe resolverse a favor del acusado, conforme los términos del art. 2 del CPP.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso es formalmente procedente, aunque debe ser desestimado en el fondo.

Entiende que lo expresado por la víctima se encuentra acreditado en la causa a través de los distintos elementos de prueba que han sido debidamente valorados en la sentencia.

En particular, con los informes realizados por los profesionales del EDeAAS y del EPI, los testimonios del personal de la escuela a quienes la víctima les solicitó ayuda y, finalmente, con los dichos del personal policial que acudió en esa oportunidad.

Menciona que el sentenciante también evaluó las testimoniales ofrecidas por la defensa y los dichos de S., pero los mismos no resultaron útiles para desvincular al acusado de la acusación.

Luego, con citas bibliográficas, se expone sobre las razones que determinan a las mujeres víctimas a permanecer en relaciones violentas, identificando las siguientes: el ciclo de la violencia doméstica, el síndrome de adaptación paradójica a la violencia, así como también la presencia de mecanismos de afrontamiento de tipo evitativos y pasivos y, finalmente, el «síndrome de indefensión o desesperanza aprendida».

Sobre este último se expone, donde existe un estado psicológico que se produce frecuentemente cuando los acontecimientos son incontrolables, cuando no se puede hacer nada para cambiarlos, cuando se haga lo que se haga siempre sucede lo mismo, la mujer se adapta a las circunstancias, utilizando mecanismos como la minimización o negación, e, inclusive, la disociación.

Estima que la postura defensora que descrea de los dichos de la mujer, decae frente al cuadro probatorio, toda vez que ha quedado demostrado que el acusado tenía sometida a la víctima, bajo amenazas.

Además, que a diferencia de lo que menciona la defensa, la mujer en la única oportunidad que se encontró sin la exigida compañía del acusado, tomó coraje y pidió ayuda, porque en las demás oportunidades (registro civil, iglesia, almacén) estaba bajo la estricta vigilancia del encartado que no le permitía moverse con libertad.

Advierte que, para descreer de la víctima, el letrado pretende exigirle un actuar libre, autónomo y valiente, desconociendo la violencia psicológica, física y sexual que padecía la nombrada, y el trabajo reflexivo que debió llevar adelante para fortalecerse emocionalmente y pedir ayuda, debiendo tenerse en cuenta, además, la consecuencia de dicha decisión, porque ello implicó la salida de su vivienda, con sus hijos menores, sin ninguna pertenencia para terminar alojados en un hogar transitorio.

Por ello, concluye en que el ataque a la sentencia, consistente en atribuirle una fundamentación parcial y arbitraria, carece de todo sustento, atento a que se encuentra acreditada la violencia, el abuso sexual reiterado y la privación ilegítima de la libertad, todo inmerso en una relación de desigualdad y maltrato.

De ahí que, más que vicios en la resolución impugnada, los agravios defensivos reflejan su disconformidad, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante. Por las razones expuestas, considera que la sentencia cuestionada debe ser convalidada en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor de C. R. S. O. y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia no adolece de ninguno de los vicios denunciados. Paso a explicarlo.

De acuerdo con la estructura planteada en el libelo recursivo, debe resaltarse que la defensa plantea vicios exclusivamente formales con el fin de hacer decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio.

Para ello, presenta agravios que se nutren, esencialmente, de una crítica al grado de credibilidad otorgado por el tribunal de la instancia anterior a la principal prueba de cargo producida en el proceso, esto es, la declaración de J.C.L.V.

En concreto, refiere que el sentenciante ha valorado arbitrariamente el testimonio de la denunciante porque, el mismo, presenta fisuras, inconsistencias y omisiones que impiden asignarle el peso convictivo cargoso dirimente que se le reconoce en el acto impugnado, pues aquellos lo evidencian como un relato inverosímil, incoherente y carente de autenticidad.

Por esta razón, en lo que sigue, mis argumentos se centrarán en determinar si la sentencia impugnada es arbitraria en este sentido, a la luz de los cuestionamientos defensivos y en el orden que han sido presentados en el escrito recursivo.

a.- En primer término, la defensa considera acreditado en la causa que la denunciante mantuvo una **relación sentimental paralela con el acusado**, que se habría iniciado con anterioridad al supuesto inicio de los acontecimientos investigados. Interpreta que, en ese marco, las prácticas sexuales entre ambos fueron libremente consentidas por la mujer, lo que desprende de su permanencia junto al acusado en la vivienda que compartían y utilizaban como lugar de residencia.

Por lo tanto, para el defensor, que la supuesta víctima haya negado en forma persistente y continua negativa esa relación, atenta contra la confiabilidad que pueda reconocérsele a su testimonio. Entiendo que este argumento no puede ser de recibo en esta instancia.

Ello, por dos motivos esenciales. Primero, porque a los efectos de la configuración delictiva de los ilícitos investigados, es absolutamente irrelevante que exista o no un tipo de relación sentimental o amorosa entre la víctima y el autor del hecho, en los términos en que la describe la defensa. Segundo, y esencialmente, desde que tampoco existen elementos probatorios que habiliten a considerar que, entre ambos sujetos, existía algún tipo de vinculación sentimental que permita conjeturar sobre la presencia de **relaciones sexuales consentidas** por la víctima. Me explico en lo que sigue.

Sobre el primer aspecto, y no obstante la advertencia que hace la defensa al respecto, entiendo que planteo constituye la utilización de una herramienta cuestionable el pretender desacreditar a una víctima de abuso sexual y de privación ilegítima de la libertad dentro de un evidente contexto de violencia de género, sobre la base de argumentos que –de manera soslayada– proponen abrir juicios de moralidad sobre la denunciante.

Es que, para la defensa, la información de los hechos proporcionada por la víctima no sería confiable porque habría ocultado una supuesta relación paralela con el acusado de aquella que mantenía con su pareja lo que, francamente, representa una visión estereotipada de la mujer que no es admisible bajo ningún punto de vista.

Desde una perspectiva más general, se considera que sostener un pensamiento o una interpretación acorde con lo que plantea el recurrente sobre este punto, nos conduciría al absurdo de negar la posibilidad de actos de violencia sexual como los que aquí se ventilan en los casos en que éstos se desarrollen en relaciones de pareja, sea de tipo matrimonial, de noviazgo, entre otras formas.

Es que bajo ningún supuesto podría darse por sentado que, por haber mantenido relaciones sexuales anteriormente en el marco de esos vínculos de intimidad, o por el estilo de vida que asuma una persona en el plano sentimental, debiera darse por sentado el consentimiento, pues ello implica asumir razonamientos prejuiciosos, que deben quedar completamente maginados del análisis del contexto que rodea los casos de violencia de género, en este caso, de violencia física y sexual.

Ahora bien, en relación con el segundo de los aspectos recalcados, debe decirse que la respuesta negativa al agravio defensivo se impone por dos motivos concretos. Por un lado, porque parte de una premisa errónea, desde que no es cierto que se acreditó con certeza en la causa la existencia de una relación sentimental paralela entre la víctima y el acusado previo al inicio de los acontecimientos delictivos.

En rigor, lo único que se ha verificado en la sentencia sobre este punto, es que la víctima conocía al acusado desde algún tiempo antes que ocurrieran los hechos y que mantenían una relación de amistad de la que también participaba su pareja Á. S..

Sobre ello, se observa que la dicente fue abierta y espontáneamente clara al manifestar durante el debate, que a S. O. lo conoció cuando se mudó junto a su pareja y sus cuatro hijos (de una relación anterior) desde el departamento de ... a la vivienda ubicada en calle ... departamento de .. –lugar donde se produjeron la mayor parte de los acontecimientos sexuales y de la privación de la libertad de la víctima–.

Del mismo modo, fue categórica cuando negó haber mantenido una vinculación sentimental y/o sexual con el encartado (v. registro audiovisual, audiencia del 24/10/22, min. 00:32:18).

Esa narrativa resulta coincidente con su primera versión de los hechos, la que aparece contenida en el acta de denuncia obrante en la causa –incorporada como prueba instrumental al debate–, donde detalló las circunstancias que la llevaron a conocer al acusado, así como también, los motivos que determinaron la relación de amistad que, primero, aquel tuvo con su marido, y que, luego, se hizo extensiva a ella. En este punto, la defensa destaca los testimonios de C. G. O. –sobrina y vecina del acusado– y de M. P. C. –amiga, vecina y dirigente del culto evangélico al que concurría el acusado– como elementos que acreditarían la existencia de esa supuesta relación.

El repaso de los fundamentos del fallo, junto con la reproducción del soporte audiovisual respectivo, me persuaden a compartir la valoración que hace al respecto el sentenciante, cuando estima que sus versiones presentan una «versión edulcorada» del comportamiento del acusado que, ni siquiera, encuentra respaldo en las declaraciones de los demás testigos de la defensa. Por otro lado, la ineficacia del argumento defensivo también se observa desde un análisis inverso, que nos permita conjeturalmente considerar en su caso, el hipotético impacto del mismo dentro del razonamiento jurisdiccional cuestionado.

En este sentido, se observa que, de reconocerle valor a la hipótesis que plantea la defensa, y –con ello– de admitirse la existencia de esa supuesta relación sentimental paralela entre la víctima y el acusado, no existe impedimento inferir que los hechos ocurrieron del modo en que los declaró la víctima, ni una pérdida de confiabilidad de ese relato.

Se hace extensivo en este aspecto el análisis y las conclusiones de la sentencia sobre la inexistencia de ganancialidad en el relato de la denunciante. Pues no encuentro una relación lógica entre el supuesto ocultamiento de información como lo remarca el recurrente, con las circunstancias que rodearon los acontecimientos investigados.

Es que, según la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la resolución impugnada, salvo el primer hecho de abuso sexual cometido en el interior del domicilio del acusado, los restantes acometimientos sexuales se perpetraron en un contexto donde la víctima aparece separada de su ex pareja (Á. S).

Además, surge como dato que no fue motivo de controversia, que quien era conocido en el lugar de los hechos era el propio acusado, por cuanto la víctima no tenía allí vínculos familiares o de amistad que –de acuerdo a la propuesta defensiva– incidieran de algún modo determinante en la psiquis de la víctima, para negar esa supuesta relación sentimental. Por todos estos motivos, el argumento defensivo examinado debe ser descartado.

b.- En segundo término, el recurrente afirma que no es coherente que una supuesta víctima de agresiones a su sexualidad y libertad se refiera a la madre del presunto atacante como su «suegra».

Sobre ello, se observa que la defensa a la declaración que realizó la víctima en sede de la Oficina Fiscal interviniente, cuando denunció los hechos ventilados en el presente caso.

En efecto, de la denuncia respectiva surge, efectivamente, que la víctima, al describir uno de los episodios de violencia ejercida por el acusado y su posterior reacción ante ese ataque, mencionó que «[...] salió corriendo de la casa como para pedir ayuda y nadie me auxiliaba; y me fui para la casa de mi suegra que queda a unas tres casas [...]».

Entiendo que, en la lógica que asumieron los acontecimientos delictivos objeto del presente proceso, de acuerdo con el especial contexto donde se insertan, esa particular manera de la denunciante de

mencionar a la progenitora del acusado como lo destaca el recurrente, no incide en la coherencia ni en la credibilidad de su relato.

Primero, porque el uso de esa expresión por parte de la dicente encuentra una adecuada y razonable respuesta en la misma pieza donde consta su primera declaración.

Así, conforme surge del acta de denuncia, a la víctima se le preguntó expresamente sobre ello, a lo que explicó que le decía «suegra» a la madre del acusado porque S. O. la obligaba a hacerlo, a «[...] fingir que teníamos una buena relación».

Lo que obviamente incluía sus referencias –y relaciones– ante quienes integraban el grupo familiar del acusado quienes, alguno de los cuales –una sobrina y una hermana–, vivían en el mismo complejo donde se encuentra la vivienda donde ocurrieron los hechos, según la descripción que hizo la denunciante, y el croquis ilustrativo correspondiente.

Por otro lado, de la denuncia en su integridad aparece que la expresión «suegra» aludida por la defensa, fue utilizada por la víctima en esa única oportunidad, por cuanto no ha sido replicada en ningún otro pasaje de su testimonio, tanto en la propia Oficina Fiscal, como durante el debate. En base a ello, el argumento no logra el propósito pretendido y debe, también, ser descartado.

c.- En tercer término, la defensa pone en duda la credibilidad del testimonio de la víctima, al advertir que sus referencias al presunto sentimiento de temor que generaba el acusado en sus vecinos, no quedó corroborado. Se advierte que el argumento defensivo no tiene trascendencia en el análisis de credibilidad intrínseca del testimonio de la víctima.

Más bien se refiere a datos periféricos, contextuales al núcleo de los hechos denunciados, que no aportan elementos significativos para evaluar el peso convictivo cargoso que se le reconoce en la sentencia.

Por el contrario, la lectura de los fundamentos del fallo cuestionado demuestra que el contexto de los hechos ha sido correctamente abordado por el tribunal de la instancia previa, particularmente en cuanto tiene que ver con la extrema violencia de género padecida por la víctima en manos del acusado.

Terreno donde se destaca, en cuanto al tópico bajo análisis en este apartado, las limitadas posibilidades que tuvo la denunciante de contar con ayuda, así como también, de revelar los padecimientos sufridos. Obsérvese en este punto que, según surge de las constancias de la causa, los vecinos del barrio donde se encontraba la vivienda en la que se produjo la privación de la libertad y los abusos sexuales eran familiares y amigos de S. O., quien vivía en el lugar desde tiempo atrás.

Lo que determina innegablemente un «contexto intimidatorio» que, como bien lo destaca el juez de la instancia anterior, «explica razonablemente porqué la mujer no acude a una oposición más agresiva o a alertar a otras personas que puedan salvarla», dado que le impedían sentirse confiada para asumir los riesgos del lugar.

Por ello, es esperable que los vecinos que declararon durante el debate, como lo apunta el sentenciante al examinar los testimonios de los testigos de descargo, efectuaran «[...] conclusiones sesgadas en perjuicio de la mujer, ya que mientras que S. es presentado como un hombre dedicado y trabajador la mujer es representada como celosa, violenta con S. y con destrato hacia el hijo de este» –en el caso de C. G. O.–, o «conclusiones personales basadas en prejuicios [...] un sesgo en el testimonio tendente a presentar al imputado como un hombre trabajador y a desconocer los hechos respecto de comportamientos agresivos del Sr. S. para con otros y alumbrar los hechos en que se vierta involucrada la denunciante, ya sea actuando en un “ataque de locura” o buscando ella (no él) una relación (oculta) con S.» –respecto de M. P. C.–.

Por lo demás, tratándose los hechos denunciados de comportamientos que ocurrieron en la clandestinidad, marginados del conocimiento de terceras personas, su actitud o conducta respecto del agresor, no tiene trascendencia alguna no sólo respecto de los hechos en sí, sino como elementos que incidan de algún modo determinante en el análisis de credibilidad del testimonio de la víctima, como lo pretende la defensa.

No obstante ello, ante la pregunta concreta de la defensa del acusado durante el debate, la denunciante fue clara y contundente al explicar cuáles creía que eran los motivos por los que la gente le tenía miedo a S. O.. Al respecto, indicó que quemó la casa de su madre mientras se encontraban dentro de esa vivienda sus hermanos, y que, según se lo contó aquella, el encartado golpeaba a las mujeres que habían estado con él (v. min. 01:31:50/01:32:40). En base a ello, este argumento defensivo no puede recibir acogida favorable, y debe ser rechazado.

d.- En cuarto término, la defensa advierte inconsistencias en el testimonio de la denunciante cuando describió las amenazas que dijo haber sufrido de parte del acusado.

Dice la defensa que además que esas amenazas no se acreditaron en las presentes actuaciones, no tendría sentido alguno que el acusado amenazara a la víctima con matarse a sí mismo –y la víctima haberlo impedido–, como tampoco atentar contra la vida de los integrantes de su propia familia, incluida su madre.

Entiendo que el argumento defensivo se plantea desde la absoluta descontextualización de los comportamientos delictivos investigados, así como también, de la desconsideración de la gravedad de los mismos. En ese sentido, conviene mencionar que la sentencia repasa los principales pasajes del testimonio de la víctima durante el debate, en los que se observa el uso sistemático y continuo de expresiones amenazantes por parte del acusado, con fines **de «cosificación de la mujer»** como «instrumento de satisfacción de sus deseos sexuales de S.», como lo destaca el sentenciante.

Conviene recordar aquí, en refuerzo de ese razonamiento judicial, que se observa que la víctima ha sido coherente y coincidente sobre este punto a lo largo de todo el proceso judicial.

Así, conviene destacar que las referencias a las constantes amenazas de muerte para sí, para su entonces pareja, para sus hijos, y para la familia del propio acusado por parte de este mismo, integraron las manifestaciones de la víctima ante las autoridades policiales que la asistieron al momento de la develación en el establecimiento educativo, luego durante la formalización de la denuncia en la oficina fiscal correspondiente, pasando por cada una de las entrevistas y exámenes psicológicos realizados por personal del EDeAAS, del EPI y del CMF y, finalmente, como se indicó anteriormente, ante las partes durante el juicio.

Me interesa destacar que, en el marco de la audiencia debate, las referencias a comportamientos y expresiones del acusado, con evidente y manifiesto carácter intimidatorio y violento de múltiples y variadas modalidades, aparecen en forma constante en el relato de la víctima, acompañado con un correlato emocional evidente.

Expresiones que dejan al descubierto que la agresión sexual permanente a la que fue sometida la denunciante ha sido acompañada en forma constante de violencia psicológica, a través de descalificativos, humillaciones, desvalorizaciones, menosprecio y amenazas directas de atentados contra la vida propia y ajena.

Todo ese conjunto –violencia sexual y violencia psicológica– buscó y logró, hasta el momento de la develación, disminuir progresivamente hasta eliminar los recursos internos de la persona afectada para

hacer frente a las diferentes situaciones traumáticas a las que fue sometida durante el tiempo en que se desarrollaron los acontecimientos investigados.

En ese sentido, la víctima adujo expresiones amenazantes del acusado, que iban desde quitarle y quitarse la vida, hasta hacerlo con los hijos de su pareja e, incluso, respecto de los miembros de la propia familia del agresor (a modo de ejemplo, v. min. 00:40:20, 00:44:30, 00:46:40, 00:48:00, 00:51:01, entre muchos otros pasajes de la audiencia respectiva).

Manifestaciones que efectivamente le generaron a la víctima un sentimiento de temor, coartando y determinando su accionar a la voluntad y designios del agresor. Aquí no debe perderse de vista que la víctima se encontraba ilegítimamente privada de su libertad, bajo una modalidad delictiva en la que, el acusado, logró monopolizar en forma absoluta la toma de decisiones de aquella, en cuanto tiene que ver con la posibilidad de comunicación y de circulación libre.

Nada de lo que la víctima hacía en su vida cotidiana estaba exento del control excesivo y violento del acusado. De esta manera, el contexto en el que se produjo la violencia aludida precedentemente, así como las consecuencias que los hechos de violencia han producido en la psiquis de la víctima, han sido debidamente considerados por el tribunal de sentencia al analizar el testimonio de la víctima. Ello, en mi criterio, impone descartar el argumento defensivo.

e.- En quinto término, la defensa funda el demérito que le asigna a la declaración de la víctima en que, a diferencia de lo que consideró el tribunal de sentencia, aquella tuvo múltiples «oportunidades» para dar conocimiento de lo que supuestamente padecía, y solicitar ayuda.

Ocasiones que se habrían presentado cada vez que el personal del establecimiento educativo al que concurrían sus hijos se presentaba en su domicilio, y cuando concurren al Registro Civil. A lo que agrega que la situación de restricción de circulación que regía por la situación de pandemia, no resultaba óbice a solicitar ayuda. Ninguno de los argumentos propuestos por la defensa conmueve el análisis y las conclusiones que sustentan el razonamiento jurisdiccional, acerca de la develación de los hechos delictivos de los que fue víctima la denunciante. Veamos.

Por un lado, advierto que la oportunidad como el modo en que se produjo la develación de los mismos por parte de la víctima, y el efecto que de ello se deriva respecto de la acreditación de los hechos y la responsabilidad penal del acusado como autor de los mismos, se encuentra debidamente examinado y desarrollado en la sentencia puesta en crisis, encontrándose buenas razones para convalidar ese tramo del razonamiento jurisdiccional.

En particular, porque para afirmar que la primera ocasión real que tuvo la víctima para exteriorizar la violencia que estaba sufriendo a manos del acusado fue ante las autoridades escolares el día 17 de febrero del año 2021 y, con ello, posibilitar la intervención del personal policial, corroboró lo dicho al respecto por la víctima a través de las declaraciones de las personas que estuvieron de algún modo involucradas en la develación.

Me estoy refiriendo al testimonio que coincidentemente prestaron sobre este aspecto el personal educativo respectivo, junto con el que aportaron los agentes de la policía que intervinieron en el procedimiento que se desarrolló a solicitud del mismo, cuyos términos no han sido cuestionados de modo alguno por el casacionista.

En ese sentido, la descripción que hizo la víctima sobre las circunstancias que se presentaban cuando el personal educativo concurría a su domicilio durante la época de pandemia a llevarle alimentos, impiden ver en cada visita una posibilidad real y cierta de develación, en los términos que lo propone la defensa. Nótese que, según lo afirmó la dicente, la mayoría de las veces se hacía pasar por enferma, oportunidad

en la que era el acusado quien las atendía, aquellas dejaban la comida y se iban (v. min. 00:55:30). Por lo demás, dado el contexto en el que se insertan los acontecimientos, y las diferentes acciones violentas desplegadas por el agente, no es esperable, ni mucho menos exigible, comportamientos heroicos de la víctima en ese sentido.

Por eso es comprensible y razonable que la develación se haya producido cuando J.C.L.V. se sintió dentro de un ámbito que, por diversos factores, particularmente por la ausencia del acusado, le generó protección, tal como se desprende de su contundente declaración (v. min. 01:05.50/01:07:57). Este testimonio, como bien lo destaca la sentencia, se corresponde en lo esencial con las declaraciones que efectuaron tanto la vicedirectora de la escuela ..., M. C. L. durante la investigación penal preparatoria y en juicio, como también, C. U. y É. A., ambas docentes del mismo colegio de los hijos de la víctima, en sus concretas referencias a las circunstancias que rodearon el develamiento de los hechos, el estado anímico en que se encontraba la denunciante, y las expresiones vertidas por ella en ese momento para referirse a los hechos sufridos.

Adviértase que, al igual que sucede respecto de otros testimonios de valor cargoso, sus expresiones no han sido objeto de cuestionamientos por parte del recurrente. Por lo cual estimo innecesario referirme al resto de tales testimonios. Lo referido me lleva a compartir en su totalidad las palabras del sentenciante cuando describe –y valora– esa situación de la siguiente manera: «Los muros de la escuela sirvieron como protección física, como prevención situacional frente al riesgo de agresión por parte de S., por lo que una vez aislados ella y sus hijos de la fuente de peligro por primera vez en más de un mes, pudo expresar sus padecimientos.

Así, esta develación, el modo y las circunstancias en que ocurre, es un indicio de la verosimilitud del relato de la mujer así como de su credibilidad, ya que todas las personas que se encontraban en la institución fueron testigos de su desesperación y su temor al ingresar al lugar».

Por otro lado, la presencia de la víctima en el Registro Civil no puede ser considerada como lo interpreta la defensa, en el sentido de que ello le representó una oportunidad para develar la situación que estaba atravesando.

Pues, como lo explicó en su declaración en el debate, y a instancia de preguntas de la defensa, ambos fueron juntos a esa oficina pública para pedir fecha de matrimonio, a lo que la víctima accedió para evitar que el acusado concretara las amenazas de muerte respecto de ella y de otras personas (v. a partir del min. 01:21.02).

Extremo que, como lo destaca la sentencia, aparece confirmado por C. G. O. –testigo de la defensa–, cuando manifestó que había encontrado a S. O. y a la víctima en el Registro Civil en oportunidad en que fueron a pedir fecha para casarse.

Por lo tanto, y como en todas las demás ocasiones en que salían de la vivienda donde ambos residían, la víctima no se encontraba sola, sino siempre bajo la completa vigilancia y control del acusado. Finalmente, se observa que el juez consideró las restricciones para el movimiento y el vínculo interpersonal, derivadas de la pandemia consecuencia del virus denominado «Covid 19», como circunstancias que definieron el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos, e incidieron en diversos aspectos del mismo. En particular, desde que la omisión del acusado de llevar barbijo fue lo que determinó que el personal educativo le negara el ingreso al establecimiento escolar, permitiendo con ello el develamiento de los hechos.

Lo examinado conduce irremediamente al rechazo de este argumento de la defensa.

f.- En sexto término, y relacionado al cuestionamiento tratado en el apartado anterior, la defensa considera que la **pérdida de confiabilidad del testimonio de la víctima** se acentúa cuando se observa que, según sus propios dichos, ella pudo ponerle fin a las supuestas agresiones del acusado las veces en que éste quiso quitarse la vida, pero aquella se lo impidió.

Sin embargo, debe considerarse que la víctima brindó una explicación al respecto, señalando que asumió esa conducta porque el propio acusado le decía que se iba a matar para que le quedara en su conciencia (v. min. 00:40:20). Se entiende razonable, entonces, que dentro del contexto de violencia de género en el que se insertan los hechos, con el impacto que ellos produjeron decididamente en la psiquis de la víctima –efecto que se trasluce indubitablemente en cada una de sus declaraciones, y que fue detectado por los distintos profesionales que la abordaron y trataron psicológicamente–, la salida que plantea la defensa a esa situación no haya sido considerada de esa manera por ella.

Recordemos aquí que la denunciante adujo sentir un intenso sentimiento de agobio y desasosiego, que le produjo miedo y la hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que el acusado le decía que hiciera.

Reitero aquí que **no es admisible exigir de la víctima actitudes heroicas** que, en el contexto del caso examinado, inexorablemente la conducirían a sufrir males mayores. De ahí que la crítica de la defensa basada en este cuestionamiento resulta improcedente.

g.- En séptimo término, el impugnante se refiere a la utilización de un cuchillo y su secuestro en el domicilio del acusado.

Estima que ello no acredita ni la existencia del hecho ni la veracidad de los dichos de la denunciante, porque se trataría de un elemento de uso persona y laboral de su representado, cuya utilización con fines intimidatorios no se apoya en ninguna prueba.

Sin embargo, se advierte que la sentencia examina adecuadamente este extremo, en tanto vincula la descripción que hizo de ese elemento la víctima en cada una de sus intervenciones a lo largo del proceso –cuchillo con un bordado tejido–, con el resultado del procedimiento que acabó con el hallazgo y posterior secuestro de un cuchillo de 24 cm. de largo, con mango artesanal de piola de color blanco de 11cm de largo, con hoja de 13 cm. de largo marca «inox. giulania», conforme surge del acta de allanamiento y secuestro obrante en autos.

El resultado de esa confrontación, que confirma la coincidencia entre el elemento denunciado y el secuestrado, es puesto en valor para respaldar la credibilidad que se le reconoce al testimonio de la víctima y, en razón de ello, tener por acreditado que S. O. utilizaba ese cuchillo como un elemento para amenazar a la víctima y lograr sus cometidos. Es preciso recordar aquí que la víctima mencionó en múltiples pasajes de su declaración, que el acusado se acostaba al lado de ella con el cuchillo en la mano, que durante el día lo llevaba permanentemente en la cintura, que en varias ocasiones la abrazaba con el cuchillo en la mano, que se lo apoyaba en el cuello y en el costado de la cintura diciéndole que «se iba a ir (de la casa), pero en sangre» (v., entre otros, mins. 00:44:30, 00:45:30, 00:46:40, 00:48:02).

Con lo cual, si a esa correspondencia entre elementos probatorios distintos –declaración testimonial y acta de procedimiento y secuestro– la situamos y examinamos en forma contextualizada como lo hace la sentencia, no resulta arbitrario que el juez respaldara la veracidad de la víctima, también, con este aspecto periférico. En consecuencia, la crítica que enarbola la defensa en este aspecto, no puede ser de recibo en esta instancia.

h.- En octavo y último término, el recurrente indica que la **versión de la víctima carece de veracidad** porque uno de sus hijos no hizo mención alguna en su declaración en Cámara Gesell, respecto al supuesto abuso sexual que, según aquella, habría presenciado.

Sin embargo, la compulsiva de las actuaciones que obran en la causa, da cuenta que el hijo de la víctima al que se refiere la defensa (A.G.L.), nunca declaró en Cámara Gesell.

En ese sentido, según se desprende de la entrevista preliminar realizada por el Cuerpo Médico Forense y Criminalístico, Sección Niñas, Niños y Adolescentes del día 17 de junio de 2021, la licenciada Janet Vidoni concluyó que «[e]l adolescente no se encuentra en condiciones para realizar la declaración testimonial mediante Cámara Gesell. Se sugiere incorporarlo a un espacio terapéutico para poder evaluarlo nuevamente». Lo antedicho descarta por sí mismo el argumento defensivo sin necesidad de agregar nada más.

i.- Como corolario de lo expuesto, y si bien no ha sido materia concreta de impugnación, aún cuando la defensa dirige su embate recursivo exclusivamente sobre la idoneidad y el grado de credibilidad que se le reconoce en la sentencia al testimonio de la víctima, debe señalarse que el tribunal de juicio respaldó esa conclusión valorativa en el resultado de exámenes psicológicos que le fueron realizados.

En esa línea se destacan los diversos informes elaborados por especialistas del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDeAAS) y, también, del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI).

En los primeros, se deja constancia que la mujer no delira ni fabula, que su relato resulta claro y coherente, con estructura lógica y una elaboración inestructurada, que contiene detalles contextuales e interaccionales, y que presenta un correlato emocional y gestual de angustia, temor y asco congruente con lo declarado.

Además, que los expertos intervinientes coincidieron con lo expresado por la víctima respecto a que se vio involucrada en «[...] la realización de actividades sexuales no deseadas por la misma, a las cuales habría accedido a participar por la presión física y emocional ejercida por el denunciado, cediendo por temor por la vida de sus hijos, la de su pareja (Á. S.) y la propia, lo cual se vincula a las amenazas de muerte que habría recibido por parte del mismo de manera sistematizada, como así también menciona temor que habría experimentado debido al uso de arma blanca».

Finalmente, que también existieron limitaciones impuestas por el acusado para el movimiento de la mujer, imponiéndole actuar según determinadas reglas de conducta, establecidas por éste y en contra de su voluntad, impidiéndole la libre circulación para que no pudiera pedir auxilio a terceros.

En el segundo, se refleja también la coherencia interna del relato de la víctima desde la denuncia hasta su declaración en juicio en los aspectos sustanciales del hecho, dejándose constancia que la mujer «[...] relata hechos de violencia psicológica severa, refiere control e imposiciones de conducta a partir de intimidaciones con el uso de arma blanca [...] restricción social, control de las expresiones y del diálogo con terceros e impedimentos para salir y circular sola [...] violencia física, conductas de ahorcamiento, asfixia con elemento y golpes de puño [...] describe hechos compatibles con violencia sexual, donde se vio obligada por el Sr. S. a mantener relaciones sexuales no deseadas, a partir de agresiones físicas e intimidaciones, accediendo por experimentar un riesgo vital propio, de sus hijos y su pareja (el Sr. Á. S.)». Lo que, a consideración de los especialistas, «denota correlato afectivo y gestual acorde a su relato, intensa angustia, llanto durante la entrevista [...] refiere consecuencias compatibles con los hechos denunciados, alteración de hábitos fisiológicos, rememoraciones recurrentes».

j.- En definitiva, tras el análisis y contraste de la sentencia con los puntos de agravio presentados en el recurso de casación examinado, estimo que la decisión del tribunal de juicio de hallar en la declaración de

J.C.L.V., conjuntamente con los demás elementos de prueba que corroboran periféricamente el grado de credibilidad asignado a ella, una base suficiente para alcanzar el grado de certeza requerido para dar por probados los hechos enrostrados al acusado y su responsabilidad como autor de los mismos, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Ello en tanto se corresponde con el método de abordaje que reclama este género de conductas delictivas, donde resulta un elemento fundamental para la acreditación de los hechos la declaración de la víctima; a lo que debe sumarse, en el caso en análisis, la existencia de elementos de prueba que corroboran periféricamente aquel relato.

De este modo, los argumentos de la defensa constituyen un mero intento de aislar fragmentos de aquel testimonio, a los fines de descontextualizar los puntos sólidos que emergen del mismo, particularmente respecto de las múltiples agresiones sexuales a las que fue sometida la víctima por parte del acusado, dentro de un contexto de evidente violencia de género desplegada por el agente para doblegar la voluntad –negativa– de aquella.

Estrategia que, por lo motivos analizados precedentemente, no logra su propósito, desde que no existe elemento o explicación lógica y razonable que permita contrarrestar el mérito convictivo que resulta del análisis armónico, integral y contextualizado del plexo probatorio valorado para, desde allí, respaldar mínimamente la versión desincriminatoria del acusado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. R. S. O..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.-

34- STRAPPA FIGUEROA. 30-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	PI	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230830_FcSFD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 del CP. Ley 26485. Arts. 197, 198 inc. 3 y 249 del CPP. Reglas de Brasilia.

Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Delito continuado. Violencia de género. Concurso real. Nulidad. Asperger. Vulnerabilidad. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Consentimiento. Error de tipo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciséis años de prisión** por encontrárselo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado y cometido en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, 55 y art. 63 del CP y Ley 26.485), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, 55 y art. 63 del CP y Ley 26.485)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2073 (26-04-21), pronunciada por el TPC N° 1° - 1° CJ.

Precedentes citados*a-SCJM*

- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Lago Prima. 16-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Vargas Vergara. 21-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220321_FcVVA.pdf
- Contrera Robledo. 27-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcCRF.pdf
- Contrera Robledo. 22-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf
- Sea R.. 23-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220323_FcSRJ.pdf
- Molina Colodro. 25-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcMCF.pdf
- Torres Lucero
- Italiani
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- G. Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Gutierrez Farfán. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGutierrez.pdf

Doctrina citada

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Ed. Ad Hoc, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2013, p. 131

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06880174-9/1((018601-779293)) FC/ STRAPPA FIGUEROA DENIS ALEXIS P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL (14 HECHOS) COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (779293) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106128702*

En Mendoza, a treinta días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06880174-9/1 caratulada “F. C/S.F., D. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL (14 HECHOS) COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN” Y ACUMULADOS N° P-4520/20.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y DR. OMAR A. PALERMO, tercero.

La defensa del acusado interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.073 de fecha 26 de abril de 2022, y sus fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en sala unipersonal.

Ello, en tanto condenó a D. A. S. F., en el marco de la causa n° P779.293/19 y su acumulado n° P-4520/20, a la pena de dieciséis años de prisión por encontrárselo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado y cometido en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, 55 y art. 63 del CP y Ley 26.485), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en contexto de violencia de género (art. 119, tercer párrafo, 55 y art. 63 del CP y Ley 26.485).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior, en **autos n° P-779.293/19**, consideró acreditado que los hechos ocurrieron, en lo sustancial de acuerdo con la acusación del Ministerio Público Fiscal y la parte querellante. Así, no obstante no poder determinarse con exactitud días y horas de los abusos en el debate, de forma recurrente y sistemática, con uso de violencia física e intimidación, acontecieron en numerosas oportunidades entre el 19 de septiembre y el 2 de diciembre de 2019, en los domicilios ubicados en el departamento donde vivía M.M. en la ciudad de Mendoza, el departamento en que convivieron como pareja en Godoy Cruz y en la casa de la madre del acusado, ubicada también en Godoy Cruz, refiriéndose a trece hechos en modalidad de delito continuado (ver fundamentos de la sentencia, pto. 7, primera cuestión, p. 19). Asimismo, respecto de autos n° P-4.520/20, tuvo acreditado que el 16 de agosto de 2015, entre las 5:00 y 6:00 horas, en calle de Godoy Cruz, Mendoza, D. A. S., aprovechando que quien era su pareja, L.A.M.S., se encontraba en estado de perturbación de la conciencia producida por la ingesta de alcohol que derivó en pérdida de lucidez, por lo que no pudo prestar su consentimiento, abusó sexualmente de ella penetrándola por vía vaginal y sin protección. Para así decidir, el juez valoró, en autos n° P-779.293/19, el testimonio de la víctima denunciante, M.M.H, de L.M., víctima de los autos acumulados, Lic. F. L. del EPI, Lic. S. N. que dirige la Asociación por Ayuda al Niño Atípico –APNA–, Dra. A. T., Dra. C. G. del CMF, Lic. G. L.

L., C. P. L., Dr. J. P., Lic. S. M. M., L. S. y L. F., declaración del acusado D. A. S. F., denuncia del 9 de diciembre de 2019 de M.M.H, examen físico de M.M.H del 13 de diciembre de 2019, informe del Equipo Profesional Interdisciplinario del 10 de diciembre de 2019, el Informe del Cuerpo Médico Forense del 10 de enero de 2020, certificado de discapacidad de M.M.H emitido el 26 de noviembre de 2019, informe diagnóstico psicológico y clínico de M.M.H. de la Lic. N., capturas de pantallas de Whatsapp entre la víctima y la Lic. N., prueba instrumental debidamente incorporada.

Asimismo y respecto de los autos n° P-4520/20, valoró el testimonio de la víctima denunciante, L.M., de M.M.H, víctima de los autos principales, la Dra. C. G., el Dr. P. y la Lic. S. M. M. del CMF, Lic. S. G. D., perito de control, P. M., G. J. M., A. C. M., L. G. F., A. E. S., Lic. M. G. N. –terapeuta de la víctima–, L. S. y L. F. así como la declaración del acusado D. A. S. F.. Hizo lo propio respecto de prueba instrumental debidamente incorporada. Así, denuncia del 15 de enero de 2020 de L.M., informe de valoración de riesgo del EPI del 15 de enero de 2020, examen psíquico del CMF del 15 de enero de 2020 de L.M., examen psíquico del CMF del 10 de agosto de 2020 del acusado, imágenes extraídas de la computadora del acusado ubicada en su dormitorio, certificado de nacimiento del menor hijo del acusado y de la denunciante y expediente del Quinto Juzgado de Familia n° 122/17/5F requerido AEV.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Luego de justificar la procedencia formal, refiere que la sentencia incurre en arbitrariedad y violación de las reglas de la sana crítica respecto de la valoración de la prueba, del planteo de nulidad articulado y asimismo en cuanto a la determinación de los hechos y autoría del imputado –vicios de procedimiento–. Invoca, además, existencia de vicios sustanciales en cuanto a la arbitrariedad en la individualización de la pena y errónea aplicación de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, por resultar desproporcionada y excesiva.

En cuanto al primer grupo de agravios, sostiene que el juez desconoció normas procesales establecidas bajo pena de nulidad como el deber de motivación, siendo ésta, escasa, ilógica, arbitraria e insuficiente. Refiere que la reedición del planteo de nulidad del informe de fecha 10 de enero de 2020 elaborado por el CMF, rechazada al comienzo del debate por no tratarse de una pericia sino de un informe que no requería la notificación a la defensa bajo pena de nulidad ni de los recaudos procesales para las pericias, dada su naturaleza descriptiva y por ende su menor valor convictivo se justificó por la aparición en el debate de nuevos elementos de prueba –los testimonios de los propios profesionales del Cuerpo Médico Forense, Lic. L. y Dra. G., Lic. L., psicólogo del EPI–, que avalaron su posición.

Expresa que la falta de regulación procesal de dichos informes, y la confusión terminológica –pericia o informe pericial– no es baladí y que los especialistas, que a diario realizan estas labores técnicas, en mejores condiciones para resolver el planteo, expresaron la inexistencia de diferencia alguna entre uno u otro procedimiento.

Para ello, transcribe las respuestas de los profesionales L., G., L. y P.. Concluye que la confusión terminológica sólo tiene por objeto salvar la omisión del fiscal de instrucción de notificar a la defensa para su debido control (art. 249 del CPP). Surgió de dichas declaraciones que no son pericias los informes del EPI pero sí los que provienen del Cuerpo Médico Forense, ya que realizan un análisis global de personalidad con técnicas específicas donde se evalúan rasgos o estructuras de personalidad y credibilidad del relato, reconocido por el sentenciante al rechazar la nulidad.

Deja en claro que, más allá de los argumentos teóricos utilizados, las pericias del Cuerpo Médico Forense

en la causa n° P-779.293/19 fueron realizadas sin control de la defensa, obrando de modo contrario en la causa n° P-4.520/20, en la que se realizó nueva pericia con control de la defensa. Así, puntualiza también que en ambas causas han intervenido dos fiscales diferentes.

Con cita de doctrina sostiene que, ante la falta de regulación y lo señalado, se está ante un fraude de etiquetas al omitir llamar pericia a lo que técnicamente lo es, evitando cumplir las exigencias procesales, conformándose el tribunal con otorgarle, por ello, un valor convictivo menor.

Cuestiona esta discrecionalidad, dada la esencia técnica del acto –una pericia– y la inobservancia del ordenamiento procesal, lo que torna a dicho acto en nulo sin más. Añade que la posibilidad de control posterior esgrimida por el tribunal, no hace desaparecer la nulidad que el acto contiene pues ha habido violación de normas y garantías constitucionales.

Aclara que dicha oportunidad se produjo con bastante posterioridad, pues al ser realizada el acusado ni siquiera estaba imputado, razón por la que no pudo proponer perito de control y no le fue notificado el inicio de las actuaciones a la defensa oficial, normas prescriptas bajo pena de nulidad. Indican que al asumir la defensa solicitaron la realización de nueva pericia psicológica a la denunciante para su control, denegada por la fiscal, y confirmada por el juez en función de garantías, y del mismo modo aconteció durante el juicio.

Ello encuadra en las previsiones de los **arts. 197, 198 inc. 3 y 249 del CPP, nulidad absoluta** por violación de garantías constitucionales y convencionales de primer orden –el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio–.

Reafirma que no se trata de la nulidad por la nulidad misma, que dicha prueba es de suma importancia porque incidió notablemente en el caso. Ello, porque fue valorada como elemento de cargo en contra del acusado en la sentencia, por lo que debe ser declarada de oficio en cualquier parte del proceso o en su caso a pedido de parte.

Luego, se refiere a la oportunidad de su instancia con referencia al **art. 201 del CPP**, discurre sobre ello y solicita que este Tribunal disponga la referida nulidad absoluta de la pericia en cuestión.

Como segundo motivo de agravio, aduce motivación **aparente por ilogicidad en la apreciación o valoración de la prueba** y falsedad por reposar en una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento.

Asimismo, que esos vicios de razonamiento tiene una gravitación decisiva en la resolución condenatoria, la que deviene arbitraria y, por ello, nula. Afirman que a más de darle sustancial importancia al testimonio de la víctima el juez añadió que fue corroborado por un cuadro probatorio integral que demostró la violencia proferida a aquella, incluida la violencia sexual.

En primer lugar, como el examen ginecológico del Cuerpo Médico Forense no detectó ningún signo de violencia o lesiones en el cuerpo de la víctima y las explicaciones de la Dra. T. en cuanto a que en las relaciones anales en la mayoría de los casos pueden no producir lesiones, permitió concluir al tribunal que ello no impone excluir la existencia de abuso sexual, a ser realizado dicho examen a más de diez días desde la última relación anal. Pero, añade, que las violencias no fueron únicamente producto de relaciones sexuales no consentidas, sino de situaciones cotidianas.

Refiere que el tribunal sostuvo que el contexto de extrema violencia de género se extendió a violencia psicológica, física y sexual, siendo el físico, grosero y manifiesto.

Señala entonces que además de tratarse de trece hechos con abuso sexual, once de acceso anal, en el lapso de dos meses, deberían haber dejado signos, rastros o consecuencias físicas en la denunciante. Entiende, por ello, ilógico lo manifestado por la profesional e incompatible con el relato de los hechos

tenidos por ciertos. Añade que existe numerosa bibliografía en materia de medicina forense en contrario, que cita.

En segundo lugar, indica que **el índice de riesgo**, clave para evaluar si existió o no violencia física, fue omitido en la valoración del juez, porque arrojó resultado moderado.

Como el profesional L. refirió que el resultado podría haber sido diferente si la víctima hubiera contado con familiares en el país, infiere que dicho índice, en caso contrario, pudo haber resultado aún más bajo. Entiende que el mismo fue valorado sólo en cuanto resultó conveniente para acreditar la teoría del caso de los acusadores y así surge de la sentencia, para terminar sosteniendo que no existió violencia contra la víctima y que las relaciones fueron consentidas.

En tercer término, cuestiona la **falta de valoración de la prueba de descargo**, sobre todo una exportación de mensajes de WhatsApp y un mensaje de audio entre acusado y víctima, de las que efectúa parcialmente transcripciones del día 29 de noviembre de 2019, relación entre víctima y acusado que fue delimitada por el tribunal desde el 19 de septiembre y hasta el 1 o 2 de diciembre del mismo año.

Sostiene que allí se advierte cuál fue la modalidad vincular incluso el motivo de la ruptura y claramente que la denunciante no se encontraba en una situación de inferioridad ni sumisión, pues surgen numerosas indicaciones hacia el acusado en la vida doméstica –compra de una heladera, uso de la tarjeta de crédito, el pago del sueldo– e, incluso, se la advierte enojada, amenazante o dominante acerca de fotos publicadas por la familia de S. del hijo del acusado.

Refieren que ello ha sido el motivo del término de la relación, los celos y actitudes reprochables de la denunciante para con el hijo del acusado Precisamente por esa razón, dos días después éste dejó el hogar que compartían, corroborado por el testimonio del padre del imputado.

Continuó luego con un audio enviado el 24 de octubre de 2019, reproducido durante el debate, en la que aparecería contradicción entre lo señalado por la víctima en el debate y dicho audio, en referencia a cómo pretendía ser nombrada ante terceros por el acusado.

Ambas pruebas para la defensa desvirtúan el contexto extremo de violencia de género en que M.M. habría estado inmersa y que no fueron valoradas por el sentenciante. Refiere también que el tribunal afirma condicionamiento y control del acusado hacia la víctima, aun cuando surgió del debate que el control de los teléfonos y las redes era mutuo. Colige el juez, en forma cargosa, que el acusado era estudiante de ingeniería en sistemas.

En cuarto lugar, se detiene en la declaración del imputado y la credibilidad del relato de la víctima. Sostiene que, ante el desconocimiento de su defendido del síndrome de la víctima, el juez adujo falta de credibilidad por los manifiestos síntomas que debieron ser advertidos por éste.

Sin embargo, los profesionales de la salud que intervinieron en los distintos informes, pericias o estudios, sostuvieron la dificultad de darse cuenta de ello (Dra. G., Lic. N.). Sólo uno de los testigos, amigo de la víctima, conocía la patología con anterioridad por ser docente y haber tenido un alumno con dicha enfermedad.

Se opone a la conclusión extraída por el tribunal de la negativa del imputado respecto del ejercicio de violencia física, psicológica o sexual, a la que contrapone el testimonio de la víctima de la que afirma no sabe mentir.

Refiere que no hay prueba de ello, pues su terapeuta sostuvo que la acción de mentir pudo ser aprendida, lo que entienden queda en evidencia en los audios antes reseñados.

En quinto orden, analiza los testimonios de L. F. y L. S., progenitores del acusado, a los que el juez de la instancia previa les restó valor por su vínculo afectivo, testimonios concordantes con el resto de la prueba

incorporada.

Menciona que si bien los supuestos hechos acontecieron en la intimidad, dos de ellos, en los que se habría ejercido violencia, fueron en el domicilio de sus padres sin que advirtieran nada al efecto. Si bien la víctima tachó de acumuladora a la madre del acusado y de haberle servido una ensalada con cucarachas, ambos padres nunca presenciaron violencia alguna y refirieron que iban los domingos a lavar la ropa a su casa, quedándose, a veces, a comer. Entiende que el relato de éstos es notoriamente más creíble por razones de lógica y sentido común.

Además, juzga inverosímil y con intención de dañar, la existencia de insectos en el plato de comida.

Error de tipo

En sexto lugar, la defensa plantea **consentimiento por error de tipo**, negando todo tipo de aprovechamiento respecto de M.M. Se remite a lo ya señalado en cuanto a la inexistencia de violencia pero, añade, que conforme los estudios y las testimoniales rendidas, la denunciante ha prestado su consentimiento para tener relaciones sexuales con el acusado, aun cuando pudo no haber estado de acuerdo con ciertas prácticas sin haberlo exteriorizado.

Transcribe para ello parte del informe de la Dra. G. y la Lic. L., acerca de la posibilidad de influenciabilidad, inducción, vulnerabilidad, disminución para percibir riesgos, apego muy fuerte e inflexibilidad de pensamiento según su patología. Y hace lo propio con las testimoniales rendidas, incluyendo la de la Lic. N.. De ello, concluye que la víctima no tenía deseo sexual pero sí comprensión del acto y, asimismo, dificultad para oponerse cediendo fácilmente ante una insinuación, lo que corroboran con la denuncia de ésta del 9 de diciembre de 2019.

Refiere que por sus características presta un consentimiento que no tiene correlato con el deseo sexual, que responde más bien al apego y a la imposibilidad de oponerse, no sólo respecto del acusado, sino de cualquier otra persona con la que tenga una relación sexo afectiva.

A partir de lo señalado, sostiene que S. incurrió en un error sobre el consentimiento, creyó y actuó conforme con la creencia de existencia de acuerdo, no pudiendo siquiera imaginar en su fuero interior que M.M. no estaba de acuerdo con las prácticas sexuales llevadas a cabo o, incluso, que no tenía deseo sexual, lo que fue manifestado por el acusado al prestar declaración.

Finalmente, y en esta causa, se detiene en la falta de aprovechamiento de la situación de discapacidad y por ello mayor vulnerabilidad de la víctima por el acusado sostenido por el tribunal. Al efecto, sostiene que la conoció en una aplicación de citas y no a través de alguna asociación de personas con autismo o de otros países, que era una mujer de casi su misma edad, que había tenido parejas anteriores y relaciones sexuales, que con el devenir del tiempo tomó conocimiento de su síndrome por ella misma y luego en una especie de reunión con su terapeuta de una hora y media donde ésta le habría explicado sobre el síndrome, al que no le dio mayor importancia, mencionándole que era estructurada y rutinaria.

Sostiene que en esa conversación no obtuvo toda la información necesaria para tener un vínculo de pareja con una persona de esa condición considerando, además, que la relación duró solo dos meses. Por otra parte, de la simple observación de M.M. no se advierte que sea una persona diferente o distinta a las demás, sin conocer de qué se trata su padecimiento a menos que se dedique a la salud mental, situación a la que expresamente se refirió la Dra. G. y que coincide con la declaración del acusado. De ello, reitera, que la sentencia es arbitraria y ello acarrea su nulidad absoluta.

causa n° P-4.520/20

Por su parte, en la **causa n° P-4.520/20**, cuya denunciante es L.M., señala que el juez, en base al testimonio de aquélla, realizó una breve contextualización de la causa, dando por acreditadas una serie de

afirmaciones y acusaciones, que a su juicio no se hallan de ningún modo probadas. Luego hace lo propio acerca del develamiento y la credibilidad del testimonio de L.M., transcribiendo gran parte de los fundamentos de la sentencia en cuanto al hecho en sí, y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar y las razones de las distintas referencias de dicho recuerdo.

Asimismo, el juez valoró testimoniales en abono de dicha denuncia así como que fue M.M.H. quien la motivó a ello. Se hizo referencia en la sentencia acerca de la existencia de otra pareja que lo habría denunciado por otros 23 hechos en la justicia de familia, expediente requerido AEV. Y luego se detuvo extensamente en los fundamentos de los distintos informes y pericias del Dr. P., Lic. M. y Lic. D..

Sostiene la defensa que la credibilidad y veracidad de la denunciante, en base a esos informes, se halla seriamente comprometida y entiende que dicho testimonio único debe, a los efectos de derribar el estado de inocencia del acusado, ser corroborado por datos periféricos o pruebas objetivas –lesiones que corroboren la violación, pericias que corroboren su credibilidad, coherencia y ausencia de contradicciones en el relato e inexistencia de móviles de enemistad o venganza–.

Así, entiende que el juez ha errado el análisis en tanto a la víctima se le realizaron dos pericias psicológicas psiquiátricas, una en enero de 2020 y otra en junio del mismo año, absolutamente coincidentes respecto de los rasgos de personalidad y el escaso nivel de credibilidad de su relato. Dichas conclusiones, entienden, resultan avaladas por la testimonial de la Dra. G., la Lic. M., el Dr. P. y la perito de control, Lic. D.. Del mismo modo, analiza el examen psicológopsiquiátrico del acusado y los testimonios en relación con ella.

Hace lo propio con el informe del EPI del que surge estimación de riesgo de violencia física o riesgo vital bajo, a su juicio absolutamente incompatible con el grado de violencia sexual relatada por L.M. La defensa entiende, por ello, que el relato de la víctima es fantasioso, de escasa veracidad, inconsistente y que presenta serias contradicciones y, por ello, no es creíble.

Aclara que no necesariamente ha inventado el hecho con una finalidad específica sino para llamar su atención y posicionarse como víctima en sede judicial a raíz de la motivación de M.M. También que ha surgido del debate ánimo de venganza por haberla dejado y abandonado.

Asimismo, por no haberle puesto su apellido, reconocido ni hacerse cargo económicamente del hijo en común, lo que pudo motivar la denuncia de un hecho inexistente.

Para ello, refiere que la propia declaración del acusado, del hecho denunciado y los testimonios de los padres que corroboraron dicho relato. Seguidamente, analiza las declaraciones de los hermanos, la madre y una amiga de M., quienes recién han tomado conocimiento del hecho luego de la denuncia, testigos de oídas de la propia víctima y a criterio de la defensa, en orden a las pericias efectuadas a la víctima, con un valor convictivo nulo.

Por su parte, hace lo propio respecto del testimonio de la terapeuta de L.M., Lic. R. N., de la que destacan su corta experiencia, dos años de ejercicio profesional, sin formación específica en materia de delitos, que sólo mantuvo una sesión previa a la denuncia y de la que sostiene que ha faltado a la verdad, respecto de la posibilidad o no de radicar la denuncia sin advertir los rasgos de personalidad que sí señalaron los peritos oficiales, lo que otorga mayor valor probatorio.

Destaca que estos efectuaron dos pericias, con técnicas específicas, en las que intervinieron cuatro peritos y uno de parte, y llegaron a conclusiones similares mientras que su terapeuta, que tiene una visión parcial y subjetiva, ha aplicado solo entrevista psicológica en una terapia general.

Cuestiona el diferente tratamiento dado por el juez a las pericias de las distintas víctimas, señalando que respecto de M.M., cuando los peritos oficiales dicen que no miente, la misma deviene en verdad absoluta, pero cuando la conclusión es opuesta –en el caso de L.M.– las relativiza, intentando la fiscal hacer una

interpretación forzada de los informes periciales y de las declaraciones de los peritos.

Agrega que se comparte la mirada de género en los procesos penales, pero que ello no puede habilitar la aplicación desmedida e ilegítima del poder punitivo estatal, ni suponer la utilización arbitraria de presunciones o conjeturas en contra del sometido a proceso, fulminando las reglas del debido proceso legal.

Afirma que la fiscalía no ha podido derribar el estado de inocencia del acusado y que la defensa ha demostrado que el hecho no existió o al menos que existe una duda razonable que impide alcanzar el grado de certeza necesario para condena. Cita doctrina.

En cuanto a los vicios sustanciales, y referidos a ambas causas, plantea arbitrariedad en la determinación de la pena, en tanto se encuentra muy alejada del mínimo legal. Señala, así, errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de proporcionalidad entre el hecho, el reproche y la medida de la culpabilidad. Juzga errado valorar como agravante el aprovechamiento de la intimidad y la desprotección para la comisión de los hechos –inc. 1 del art. 41 del CP–, pues si fuera frente a terceros, debería ser considerado una atenuante lo que es inadmisibile.

Además, indica que ello no acontece en el hecho del expediente acumulado, porque se trataba de la vivienda de los padres del acusado.

En el mismo sentido, refiere contradictorio por parte del juez de la instancia previa considerar los hechos cuya víctima sería M.M. como delito continuado y no concurso real y luego valorar como circunstancia agravante que se trata de numerosos hechos de abuso sexual con acceso carnal, los que no han sido fehacientemente acreditados ni determinados en el proceso. Se pregunta entonces por qué no aplicó el concurso real y sí el delito continuado, y entiende que no puede utilizarlos para aumentar la pena al acusado.

Asimismo, y respecto de la extensión del daño respecto de M.M., la situación de haber tenido que huir de Mendoza por el temor que sufría no se encuentra acreditada con certeza, así como tampoco que el embarazo de L.M. haya sido consecuencia del abuso sexual, que tuvo acreditado el tribunal.

Nada de ello ha sido probado con certeza en autos. Hace lo propio respecto de la condición de parejas del imputado, lo que entiende ha sido doblemente valorado, pues forman parte de la propia tipología del delito, son elementos constitutivos de la figura y de su descripción típica. Igual razonamiento realiza respecto de su condición de autor y del dolo directo, cuestión que nada tiene que ver con la determinación, que es propio de la teoría de imputación, que ha sido valorado en la primera parte de la sentencia, y es una cuestión de tipo objetivo –la autoría–, que nada tiene que ver con la categoría de la culpabilidad y el juicio de reproche.

Respecto del **dolo**, señala que es un tema de tipo subjetivo y que el delito sólo admite dolo directo.

A más de indicar que el tribunal, sólo ha admitido como *atenuante* la falta de antecedentes del acusado, reafirma que el proceso de ponderación es arbitrario e infundado, que la pena es excesiva y desproporcionada, de cumplimiento íntegro en virtud del art. 14 del CP.

Añaden que debió haberse considerado la corta edad actual de S., su futuro laboral, profesional y su posibilidad de reinserción.

Por ello, entiende que existe errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP, falta de motivación y desproporcionalidad de las pautas fijadas por el Código Penal argentino.

Por último, hace reserva de recurso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos por la defensa

del acusado en los autos n° P-779.293/19 y n° P-4.520/20, considera que el recurso no procede sustancialmente.

Respecto a la arbitrariedad de la sentencia para resolver la nulidad del informe de fs. 156/157, refiere que no demuestra cuáles podrían haber sido las defensas concretas que se vieron impedidos de ejercer y que beneficiarían a su defendido, fuera del mero control formal del acto.

Entiende contradictorio el planteo, en punto a cuestionar la labor de los profesionales de la salud mental. Para ello trae a colación el concepto que la defensa tuvo respecto de los profesionales del Cuerpo Médico Forense –objetivos, imparciales y de mayor capacitación– en la causa cuya víctima es M.. Por ello entiende que se trata de un planteamiento de nulidad por la nulidad misma.

En cuanto a la mentada arbitrariedad, falta de lógica, parcialidad y apartamiento en la sentencia de las reglas de la sana crítica racional, entiende que el sentenciante ha realizado un profundo análisis conjunto del plexo probatorio.

Entiende que la defensa en ambas causas realiza una interpretación personal en beneficio de su defendido de algunas de las pruebas rendidas, pero sólo aparece como un criterio diverso del adoptado por el juez de la instancia previa, sin que puedan verificarse los vicios que le endilgan a la sentencia. Refiere que el tribunal, en la causa cuya víctima es M.M., contextualizó la relación de pareja y la vulnerabilidad de ésta en base a su propia declaración y la de los profesionales L., N. y G..

Asimismo, su credibilidad a partir de los informes de los profesionales que la entrevistaron y sus declaraciones en el debate. Refiere que sostuvo que se encontraba en un contexto de violencia psicológica, física y sexual con una historial de humillaciones y amenazas, con correlato en prueba instrumental y la declaración del amigo de la víctima.

También abordó razonablemente la inexistencia de lesiones en zona anal a través de las explicaciones de la actuante, Dra. T.. Afirma, en contrario a lo sostenido por la defensa, que la sentencia ha valorado la prueba de descargo, pero no en el sentido que pretende la defensa.

Acuerda que ello permite afirmar la inexistencia de consentimiento de la mujer, quien refirió haberse negado a estas prácticas y se aprovechó de su vulnerabilidad. Añade que la víctima se hallaba inmersa en un contexto de violencia de género. Concluye que la sentencia ha valorado en forma conjunta, razonada e íntegra todos los elementos de prueba que acreditan, de modo irrefutable, la existencia de los hechos y la autoría en ellos del acusado.

De este modo, los agravios esbozados aparecen infundados.

causa n° P-4.520/20

Respecto de los autos n° P-4.520/20, entiende que el juez explicó las razones y realizó un análisis detallado de las pruebas por las que llegó a la certeza necesaria para condena. Así, señala que el juez consideró el relato de la víctima, que se mantuvo a lo largo del tiempo.

Asimismo, la narración de lo acontecido a terceras personas –sus hermanos, su amiga, su madre y, además, su terapeuta–.

Finalmente, las circunstancias de los develamientos y el mantenimiento medular de dicho relato. Agrega que el juez en la sentencia, explicó las razones del valor que le dio a dicho relato, razonando acerca de los informes del Dr. P., Lic. M. y Lic. D. así como de sus declaraciones en el debate. Lo propio realizó con la prueba de descargo. En suma, otorgó valor al testimonio de la víctima que, además, encontró sustento en prueba periférica que lo avala.

Entiende que la defensa pretende separar y anular elementos probatorios e indiciarios e instalar una duda acerca de la existencia de los hechos, que no puede ser de arribo en el análisis conjunto realizado por el

tribunal, lo que no hace sino reflejar su discrepancia con la interpretación de aquel.

Por último, respecto del agravio en orden a la individualización de la pena con cita de jurisprudencia de esta Sala, estima que los arts. 40 y 41 del CP han sido debidamente aplicados.

Ello, en tanto el juez dio las razones que justificaban el apartamiento del mínimo de la pena, la que por otra parte no aparece como desproporcionada o arbitraria por la detallada medida e incidencia que le asignó a las pautas valoradas en su decisión. Por las razones expuestas, considera que debe confirmarse la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, corresponde adelantar que la impugnación, respecto de ambas causas, no debe prosperar.

En consecuencia, la sentencia cuestionada debe ser confirmada en esta instancia. En tanto resulta de utilidad, luego de dar tratamiento a la nulidad impetrada, dejo aclarado que el juez de sentencia ha efectuado una transcripción prácticamente exacta, en sus fundamentos, de los testimonios rendidos. De igual modo, de la prueba instrumental y testimonial que fuera incorporada.

Seguidamente, daré tratamiento en primera instancia a la nulidad articulada para luego abordar el resto de los agravios planteados.

a.- Autos n° P-779.993/19

a.1.- Nulidad del informe psicológico-psiquiátrico de la víctima elaborado por el Cuerpo Médico Forense en autos n° P-779.993/19

La defensa interpone nulidad del informe del fecha 10 de enero de 2020 del Cuerpo Médico Forense porque entiende que reviste condición de pericia en los términos de nuestro digesto procesal –arts. 244 y ss– e incumple, por ello, los requisitos exigidos en ése bajo pena de nulidad.

En el caso particular, la notificación previa a la defensa para la proposición de perito de parte que habilita la posibilidad de control del acto violentando, de este modo, el derecho de defensa en juicio.

Valga aclarar que el mismo es reiteración de dos planteos anteriores realizados por la defensa en oportunidad del debate. Tal como lo reseña el juez en su sentencia al resolver el segundo de ellos, acontecido durante los alegatos, aquella reeditó un planteamiento efectuado al inicio del juicio (véase constancias audiovisuales del día 29/11/2021, minutos 00:05:00 y hasta 00:29:50) y que fue rechazado, previo al dictado de la sentencia (véase constancias audiovisuales del día 01/12/2021, video 2, minutos 00:00:00 y hasta 00:12:14).

Fundamenta el mismo, al igual que el segundo, en la existencia de nuevos elementos de prueba que habrían surgido durante el debate, tales la conceptualización de dicho informe como pericia efectuada por los profesionales L., G., L. y P. en orden a las técnicas utilizadas, la modalidad de realización y la duración de la misma.

De la compulsa de las actuaciones surge claro que la tramitación seguida para la evaluación psicológica psiquiátrica efectuada a la víctima de autos por los profesionales del Cuerpo Médico Forense no se ajusta a las previsiones de los arts. 244 y ss. del CPP, en tanto, tal como señala la defensa, al inicio de dicha evaluación, ni siquiera el acusado se hallaba imputado.

Efectivamente, la víctima radicó la denuncia el día 9 de diciembre de 2019, y ello da inicio a las actuaciones e inmediatamente fue derivada para su evaluación al Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y al Cuerpo Médico Forense (CMF).

Muestra de ello es que el informe del EPI y el examen físico del CMF son del día siguiente, 10 de diciembre

de 2019, y se agregan a fs. 20/21 y 33/34 mientras que el examen psíquico, ya comenzado, fue concluido con posterioridad.

Cierto es que el acusado, al día siguiente de resultar aprehendido, 28 de diciembre de 2019, prestó declaración y solicitó pericia psicológica psiquiátrica de la denunciante con proposición de perito de control (ver fs. 87 vta.), la que fue rechazada por el Ministerio Público Fiscal.

La defensa interpuso ocurrencia contra dicha denegatoria, y mediante decreto del 3 de enero de 2020 es la propia Fiscal quien hace saber la decisión de realizar pericia a través del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales, con indicación de puntos de pericia y plazo para proponer perito de parte.

Ello, fue debidamente notificado el mismo día. Celebrada la audiencia por ante el Juez Penal Colegiado, dicha nulidad fue rechazada, sin que contra dicha decisión se haya hecho uso de la vía recursiva.

Nada de esto fue desatendido por el juez del tribunal de la instancia anterior cuando se expidiera en la primera oportunidad quien, asimismo, no sólo mencionó la omisión de interposición de recurso de apelación, sino la falta de oposición al requerimiento de citación a juicio, de incidente de nulidad durante la audiencia preliminar (art. 366 del CPP) o de oposición a dicha prueba que formaba parte del ofrecimiento del Ministerio Público Fiscal en dicha audiencia (véase constancias audiovisuales del día 01/12/2021, minutos 00:05:00 y hasta 00:18:00).

Ello, en el entendimiento de que dicho informe no revestía naturaleza de pericia, que no le resultaban aplicables las normas previstas para éstas bajo pena de nulidad, que su diferencia radicaba en el menor valor convictivo del mismo. Así, el juez entendió que la etapa para el planteamiento había precluido y rechazó la nulidad.

Añado, además, que bien pudo la defensa, en orden a la pericia dispuesta el 3 de diciembre de 2020, simplemente haber instado su producción, circunstancia que también omitió.

Comparto con el juez de la instancia previa, que la distinción entre informe y pericia como medios probatorios no depende de la consideración de los profesionales que realicen las operaciones, sino que se trata de una distinción jurídica y que la diferencia radica en la mayor entidad o valor convictivo de la pericia por sobre un informe.

En este sentido ha expresado esta Sala que la pericia supone someter los elementos de prueba colectados durante la investigación a operaciones técnicas para obtener conclusiones en base a conocimientos técnicos y científicos con el fin de obtener certeza.

Su valor convictivo deviene de su naturaleza valorativa y la relación de seriedad de sus conclusiones y los métodos científicos utilizados que deben guardar nexo lógico entre premisas y conclusiones, coherencia y calidad de sus fundamentos, lo que motiva el derecho de control del imputado.

Por su parte, el informe técnico supone constatación de cosas o lugares por personal policial o especialistas sin ningún tipo de valoración, tienen carácter descriptivo y no requiere el grado de fundamentación que la pericia. Consecuencia de ello, es que a pesar de no estar controlado por las partes, no amerita la exclusión probatoria (ver mi voto en «**Zubieta Duchén**»).

Asimismo, que los informes que realizan diversos profesionales o expertos en el proceso resultan un elemento de prueba más que puede o no ser recibido para fortalecer el conocimiento sobre algún aspecto desconocido. En relación con ello, lo que debe exigirse a quien juzga el mérito de un informe elaborado por profesionales o expertos es una explicación racional sobre las razones que llevaron a apartarse de las conclusiones expuestas por el perito interviniente («**González R.**»).

Esta distinción en cuanto a su naturaleza jurídica y de la que se deriva una diferencia valorativa conviccional no implica necesariamente la nulidad de dicho informe, el que pudo ser contrastado, controlado o en su

caso, reeditado por la propia defensa.

No puede dejar de soslayarse que es ésta quien, en forma dogmática, refiere afectación al derecho de defensa, sin justificar ni acreditar cuál ha sido el agravio concreto sufrido. Más allá de ello, debe señalarse que la credibilidad del relato de la denunciante encuentra fundamento, asimismo, en numerosos elementos de prueba obrantes en la causa y sobre los que luego me detendré en el análisis. De tal manera, aunque se marginara el informe cuestionado del elenco de elementos de prueba a valorar, la acusación se sostiene sólidamente en otros. En definitiva, el nuevo disenso articulado, ahora en el recurso, no logra conmover en esta instancia el razonamiento jurisdiccional de la instancia previa. Por ello, corresponde su rechazo por los fundamentos expuestos.

a.2. Cuestionamientos de la sentencia por motivación aparente, parcial, ilógica y arbitraria

De manera preliminar, debe señalarse que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, los elementos de convicción obrantes en la causa han sido valorados por la jueza de la instancia anterior de acuerdo con los principios de la sana crítica racional, en particular la lógica y la experiencia común, con observación en dicho análisis de la triple situación de vulnerabilidad de la víctima –su condición de inmigrante, mujer y el padecimiento del Síndrome de Asperger–.

Por ello, al no adolecer la sentencia cuestionada de falencias que ameriten su anulación, en tanto posee la motivación necesaria, debe ser considerado un acto jurisdiccional válido (ver al respecto, LS. 186-427; 153-011; 354-218; 392-94 y 397-177, entre otros).

Como ya se ha reseñado, la defensa estructura este segundo agravio puntualizando seis cuestionamientos referidos a: a) el examen físico y ginecológico del CMF de M.M.; b) el informe de riesgo físico del EPI; c) el contexto de violencia de género y omisión de valoración de prueba de descargo, d) la declaración del imputado y credibilidad del relato de la víctima; e) la valoración de la prueba de descargo, particularmente, testimonios de los progenitores del acusado; y, f) cuestionamientos sobre el consentimiento de la víctima y error de tipo.

El juez de la instancia anterior abordó, en un primer momento, la especial condición de vulnerabilidad de la víctima M.M. que radica en su condición de inmigrante –estudiante extranjera oriunda de Ecuador–, el padecimiento del Síndrome de Asperger, y su condición de mujer.

Destacó que M.M. arribó a la provincia para estudiar, con 29 años, sola, sin redes de contención familiar y social, pues sus padres permanecieron en su país de origen, y con sus perros con los que mantiene una especial relación de apego. Definió su situación como de vulnerabilidad interseccional en los términos de la Corte IDH (ver fundamentos de la sentencia, p. 6).

Luego, expresó las razones por las que acuerda credibilidad a su relato. Especialmente, en base a los estudios e informes que se le realizaron a la víctima –el informe psíquico del CMF de fecha 10 de enero de 2020 elaborado por la Dra. G. y la Lic. L., el informe del EPI suscripto por el Lic. L. de fecha 10 de diciembre de 2019, el certificado de Discapacidad expedido el 26 de noviembre de 2019, el informe de la Lic. N. y el testimonio de estos profesionales intervinientes rendidos en el debate–.

Del minucioso análisis que el juez de la instancia previa realizó tanto de la prueba instrumental como de dichos testimonios que ampliaron y permitieron a las partes ahondar largamente sobre ellos, concluyó que: M.M. presentaba Síndrome de Asperger, que esta condición era conocida por el acusado y que, por sus características, ello resultaba determinante para concluir acerca de la credibilidad de su relato, de la falta de ganancialidad en la radicación de la denuncia, así como de su condición de vulnerabilidad.

Surge de la totalidad de la prueba rendida y así fue consignado en la sentencia que el síndrome de Asperger es uno de los trastornos del espectro autista de alto rendimiento –TEA–, diagnosticado a la víctima a los

seis años.

En términos generales, dicha patología afecta el área de las relaciones sociales y afectivas y genera una especial vulnerabilidad psicosocial y personal. Las personas que lo padecen carecen de capacidad para mentir, distorsionar o inventar historias falsas, ostentan dificultades para comprender sutilezas sociales, tienen escasa empatía y gran apego a la literalidad.

Además, carecen de deseo sexual y aprenden a través del comportamiento de los demás. Una vez fundamentada la vulnerabilidad interseccional de M.M., el sentenciante se detuvo en su propia declaración y consideró que, estando debidamente acreditado el síndrome que la misma padece, lo estaba una de sus características, la imposibilidad de mentir, así como que los actos de habla de aquella ponían de manifiesto en forma sincera la percepción de sus vivencias interiores en relación con la realidad externa.

Esta característica la evaluó de gran relevancia en orden a la credibilidad de su testimonio y a la ausencia de consentimiento respecto de los hechos vividos, puntualizando su extraordinaria memoria. A ello, sumó además indicios claros de ausencia de ganancialidad e inducción a los efectos de la radicación de la denuncia que ancló no sólo en los citados informes sino en su propia declaración en el debate; así como en la forma en que se materializó el develamiento, a través de tres personas –su terapeuta, una psicóloga y una abogada del área de violencia de género de la municipalidad de Las Heras–, que le insistieron en radicar la denuncia.

Por último, y previo al análisis de los hechos de abuso sexual en sí, abordó el contexto de violencia de género en que la víctima M.M. se encontró inmersa. Contexto que merituyó de extrema violencia y, comparto, que surgió debidamente acreditado, del informe del Cuerpo Médico Forense que cuestiona la defensa y del que transcribe sus conclusiones en forma expresa y fortaleció con el testimonio de la Lic. N., la Lic. G. L., el propio de la víctima M.M. y L.M. denunciante de la causa nº P-4.520/20.

Sumó asimismo mensajes de WhatsApp remitidos por la víctima a la Lic. N. del que surgía mención a ejercicio de violencia física. De ese bagaje probatorio, se puede afirmar que M.M. fue víctima de violencia psicológica, física y sexual, y que tal como se concluye en la sentencia el acusado ejercía control de sus movimientos, de sus relaciones afectivas y de sus redes sociales.

2.a.i.- Examen ginecológico de M.M. e inexistencia de lesiones visibles

El primer cuestionamiento de la defensa, en este segundo agravio, se centra en cuestionar el examen ginecológico efectuado a M.M. y, dada la falta de lesiones traumáticas sobre la superficie corporal informadas en región genital, paragenital, anal y perianal, la valoración efectuada por el tribunal, quien para ello consideró el testimonio de la profesional que lo elaborara, Dra. T..

La profesional explicó que la inexistencia de lesiones dependía de una serie de factores –edad, forma de realización del acto, violencia ejercida, uso de lubricante, práctica habitual o no–, por lo que la inexistencia de lesiones no impone excluir la existencia de abuso, añadiendo que entre la fecha del examen y los hechos habían pasado diez días.

Cuestiona la defensa, que si la violencia como medio comisivo de los abusos sexuales fue tan grosera y manifiesta como expresa el juez en la sentencia, y se trató de trece hechos, en un lapso de dos meses, la misma debió dejar signos, rastros o consecuencias físicas en la denunciante, más tratándose de once hechos de acceso anal y a sólo ocho días del examen. Cita bibliografía médica.

A partir de ello, concluye que los hechos no ocurrieron de este modo en tanto no hay prueba periférica que respalde la existencia de violencia física ejercida por el acusado.

Al respecto, debe decirse que la Dra. T. en su condición de profesional de la salud dio explicaciones

científicas que permiten justificar las razones por las cuales pudieron no existir lesiones traumáticas visibles en la víctima.

Pero la afirmación de la defensa, la inexistencia de violencia física y de allí la inverosimilitud del relato de la denunciante acerca de la existencia de los hechos, no parte sino de parcializar, aislar y atomizar el caudal probatorio afirmando, sin fundamento alguno, la carencia en este aspecto de material de corroboración periférico.

Y digo ello, pues las características de M.M. y su situación de vulnerabilidad interseccional, tanto por el síndrome que padece, su calidad de inmigrante sin redes de contención familiar o social como, su condición de mujer, atraviesan y condicionan necesariamente el análisis de la prueba en su preciso contexto. Y ello así tanto de la prueba directa –la declaración de la propia víctima y los exámenes que se le efectuaron–, como aquellos otros elementos que no obstante no devenir prueba directa e inmediata de los hechos, permiten aportar elementos de juicio indiciarios al contexto de los mismos.

La propia víctima fue quien estableció un patrón modal que se repetía en casi todos los hechos, el forzamiento ante su negativa a tener relaciones, sobre todo anales o practicar sexo oral, golpes de su cabeza contra la pared o tirones de pelo, la inmovilización a través de sus brazos colocándola de espaldas y subiéndose con sus rodillas sobre su espalda, facilitando ello el acceso sexual.

En este sentido, M.M. refirió en varias oportunidades, «[...] yo llegaba de la casa de S. y aunque sabía que me iba a castigar, igual no me importó y llegué tarde, a las once de la noche, estaba enojado [...] iba camino a cruzar la puerta de la habitación [...] me agarró de espaldas [...] él es más fuerte [...] me estampó contra la pared y comenzó a hacerme eso [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:05:35 y ss).

Más adelante, «[...] me puso en el piso, alrededor estaban los perritos mirando que gritaba, el piso estaba frío, me puso boca abajo, siempre la misma técnica, me tenía de los pelos, me tenía atrapada con sus brazos, agarró una botella y me la introdujo, luego agarró un lápiz, una birome y también me la introdujo [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:08:12 y ss).

En otra parte de su relato, señaló que «[nuevamente] me agarró de los pelos, me ahorcaba, me ponía una almohada, me cacheteaba, golpeaba, le gustaba [...] mientras se arrodillaba sobre mi [...] él hacía mucha fuerza y mi cabeza se estrellaba sobre la pared, yo me agarraba la cabeza y decía ah! Te duele la cabeza? [...] me detenía los brazos [...] y me violaba» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:16:40 y ss).

Por otra parte, la modalidad descrita a los efectos de la inmovilización u otro tipo de castigos físicos –tirones de pelo, cachetadas con la mano abierta, principios de ahogamiento, entre otros–, no necesariamente y así lo indica la experiencia común, implican dejar evidencias lesivas en la superficie corporal.

Y lo propio puede concluirse respecto del acceso vía anal, en mérito a las explicaciones médicas ya reseñadas por la Dra. T.. Ello, sin dejar de considerar que frente a esta violencia física existía un correlato importante de violencia psicológica, que omite la defensa en el análisis sesgado de los elementos de juicio cuya valoración por parte del sentenciante cuestiona.

En orden a la inexistencia de lesiones en este tipo de informes y su falta de decisividad a fin de acreditar la existencia de situaciones de abuso sexual, ya se ha expresado esta Sala en numerosos precedentes (**«Lago Prima»**, **«Medina Martínez»**, **«Vargas Vergara»**, entre otros).

Pero, además, existen numerosos elementos de corroboración periférica tanto de las situaciones de violencia física descritas por la víctima como de los accesos sexuales por vía vaginal, anal y oral.

Así, surge de los informes al ser examinada ante el EPI, el CMF y las testimoniales de estos profesionales. La Dra. G. luego de señalar que M.M. padecía Síndrome de Asperger, que su relato lo escribió en una gran

cantidad de hojas, en tanto debieron adaptar las técnicas a utilizar y que le costó mucho comunicarse, refirió que hablaba de situaciones de maltrato, de sometimiento sexual (registro audiovisual, 22/03/2022, 01:18:00 y ss).

En el mismo sentido, la Lic. N., que advirtió, luego de comenzar la terapia, modificaciones en vida de relación a través del lenguaje simbólico y la presencia de una situación delicada.

Refirió entre ellas la mención a un golpe a través de una cachetada, el gusto inicial por los helados y luego su rechazo pues eran utilizados para la enseñanza de prácticas de sexo oral rechazadas por M.M., prácticas sexuales de todo tipo bajo amenazas de matarle a sus hijos – los perritos– incluso manifestaciones acerca de que le pasaban cosas terribles, que vivía un caos, temor, y hasta una amenaza de muerte (registro audiovisual, 14/12/2022, video 1, 00:12:59, 00:16:30 y ss, 00:24:00 y ss).

Por su parte, el Lic. L. expuso que la imposición de formas de realización de conductas sexuales con las que M.M. no estaba de acuerdo –sexo anal–, descripción de conductas sádicas a las que se habría acomodado para que no la echara del lugar en el que convivían así como juegos en los que habría mencionado situaciones de asfixia (registro audiovisual, 02/12/2022, video 1, 00:09:24 y ss). C. M. P. L., amigo de M.M., quien la conocía desde hacía tiempo, la ayudó con su última mudanza notándola en ese momento, inquieta, nerviosa, alterada, temerosa.

A éste, luego le comentó que había pasado una mala experiencia, que había estado viviendo en pareja con el acusado, que había roto en llanto, se desestabilizó y que. a pesar de no indagar demasiado, si le refirió pesadillas con situaciones violentas, vivencia de situaciones feas, verbales y físicas, que habían repercutido en su miedo, amenazas incluso de muerte (registro audiovisual, 22/03/2022, video 1, 00:52:10 y ss., 00:54:13 y ss).

Todos y cada uno de estos elementos fueron considerados por el juez de la instancia anterior y obtuvieron adecuada y amplia valoración, a los efectos de aportar elementos de convicción acerca de la existencia de las situaciones de abuso sexual vividas por la víctima en manos del acusado. 2.a.ii.- Informe del Equipo Profesional Interdisciplinario –EPI–

En segundo lugar, la defensa entiende que el resultado de dicho informe, que arroja riesgo moderado de violencia física respecto de M.M., fue omitido en la valoración por el tribunal de juicio y deviene determinante para acreditar la inexistencia de violencia física ejercida por S.. Añade que ese valor se halla atado a las circunstancias particulares que rodean a la víctima y no a las del acusado o a la relación que ambos mantuvieron.

No obstante reconocer, más adelante, que el mismo fue ponderado, aun con resultado adverso a su pretensión, no surge con claridad cuál es la vinculación que pretende hacer valer en su razonamiento.

En efecto, el Licenciado L. expresó que el informe en cuestión de estimación de riesgo tiene como propósito la gestión de dichos riesgos para evitar situaciones de violencia mayor y, para ello, se utiliza el juicio clínico estructurado, que consiste en la entrevista psicológica semidirigida y la observación como métodos clínicos así como el uso de guías con indicadores (registro audiovisual, 02/12/2021, video 1, 00:06:13 y ss, 00:27:40 y ss, 00:37:00 y ss).

Añadió, luego, que el riesgo tiene una estructura diferente, un criterio de urgencia, de inminencia, que permite incluso decidir medidas de protección. Más adelante, expresó que el riesgo es un concepto complejo que no depende solo del imputado, sino de la propia víctima o del contexto. Luego, a requerimiento de la propia defensa se expuso en el caso concreto y refirió que se consideró en el informe riesgo de violencia física –cachetones, empujones, tirones de cabello, celos, conductas de control– (registro audiovisual, 02/12/2021, video 1, 01:12:00 y ss). Estas menciones están consignadas en el

informe de fecha 10 de diciembre de 2019.

Entiendo que las explicaciones brindadas por el profesional en el debate acerca del informe no hacen sino echar luz sobre la situación en la que se encontraba la víctima, y el baremo moderado que arroja el riesgo no habilita sin más la deducción que pretende instalar la defensa acerca de la inexistencia de violencia y, por el contrario, la existencia de relaciones consentidas.

Más cuando éste explicó, en general, con toda claridad los indicadores demostrativos de los distintos niveles de riesgo (registro audiovisual, 02/12/2021, video 1, 01:12:00 y ss).

Ello ha sido valorado con amplia claridad por el juez de sentencia al abordar la especial situación de vulnerabilidad de la víctima y la credibilidad de su testimonio (ver fundamentos, p. 6).

2.a.iii.- Contexto de violencia de género y omisión de valoración de la prueba de descargo

La defensa afirma que el tribunal ha realizado un análisis parcializado sin considerar al efecto la prueba de descargo. Ello en mérito, a su juicio, a dos pruebas fundamentales aportadas por la defensa.

La primera, unas conversaciones entre el acusado y M.M. por WhatsApp, que transcribe, y de las que surge una relación de igualdad de trato y, por ende, de ausencia de un contexto de violencia de género.

Destaca la fecha – unos días previos al fin de la relación– y su contenido, que no denotaría situación de inferioridad ni sumisión, al surgir órdenes de la víctima acerca del uso de la tarjeta de crédito y mensajes de tono imperativo y amenazante en relación al borrado de fotos del hijo del acusado en redes sociales por parte de familiares de éste.

Concluye que, por estos celos y actitudes reprochables, es que su defendido dejó el hogar conyugal dos días después, lo que surgió además del testimonio del padre del acusado, L. S..

La segunda prueba, es un audio de WhatsApp que sería contrapuesto a la declaración de M.M. en tanto de aquel surge que solicita ser llamada «su mujer», mientras que en el debate adjudicó ello a un pedido del propio acusado.

A ello aduna, también en favor de la inexistencia de violencia de género, inferioridad o sumisión, que el acceso a las redes y a sus teléfonos celulares era mutuo y así surgió del propio debate. Agrega que la sentencia valoró, por ello, negativamente los conocimientos de tecnología de S., cuando dicha situación puede darse en cualquier pareja.

Debo señalar que el tribunal en el punto 6.4 de sus fundamentos, a fin de acreditar la existencia de un contexto que consideró extremo de violencia de género analizó uno a uno los informes realizados a la víctima por especialistas y luego los testimonios de los profesionales, como ya me he referido.

Así lo hizo respecto del informe del Cuerpo Médico Forense de fecha 10 de enero de 2020 con expresa transcripción de gran parte del mismo y de sus conclusiones (ver fundamentos, p. 9, párrafo 4to.); el testimonio al efecto de la Lic. G. L., la Lic. N. y la declaración de la propia víctima en la que se extendió profundamente. Sumó asimismo elementos de convicción, adicionales y coincidentes, de las declaraciones de C. P. L. y de L. M..

Acuerdo con el juez de sentencia que dicho contexto de violencia respecto de M.M. se halla suficientemente probado. Las pruebas que pretende hacer valer la defensa para menoscabar esta conclusión, no dejan de ser un nuevo intento de parcializar ese mismo contexto de violencia.

Ello, pues se tratan de unas conversaciones particulares, sobre situaciones puntuales, que podrían importar discusiones propias de la convivencia o de una relación sentimental naciente, más cuando la convivencia no se extendió demasiado en el tiempo.

Esos elementos no logran conmovir de modo alguno el cúmulo probatorio que se considera al efecto. Valga señalar, por caso, también que en prueba de similar tenor a la que utiliza la defensa, es que la víctima

M.M. comunica a la Licenciada N. el sufrimiento de hechos de violencia física (ver fundamentos, p. 10, penúltimo párrafo).

2.a.iv.- Declaración del acusado y credibilidad del relato de la víctima por su condición

La defensa extrae una de las afirmaciones de la sentencia acerca de la declaración de S., que «la inadvertencia del padecimiento de TEA por parte de M.M. carece de credibilidad ante los manifiestos síntomas que, según los profesionales, deben ser advertidos», y la contrapone con la mención contraria que al efecto habrían hecho éstos –la Dra. G., la Lic. N.–.

Excepcionó el juez a su amigo C. P. L. que por una experiencia personal conocía el síndrome.

Luego, cuestiona que se le adjudique al acusado la presentación ante N. como Asperger, la negativa del ejercicio de violencia y sexo anal sostenida por el acusado frente a la imposibilidad de mentir de la víctima, para afirmar que no existe prueba de la imposibilidad de mentir de ésta con base a los mencionados audios y su respuesta en el debate.

La defensa reseña con exactitud pasajes de los distintos testimonios, pero elige aquellos pasajes que abonan su tesis defensiva, y pretende lograrlo restando valor al testimonio de la víctima. Para ello, omite referirse al relato que la propia víctima ha realizado de los diferentes y numerosos hechos por los que el acusado llegó a juicio, no solo durante el debate sino a través de toda la investigación penal preparatoria, en sus diferentes denuncias.

Éstos se encuentran dotados de precisas referencias de modo, tiempo y lugar, detalles y circunstancias que abonan su credibilidad y que se replican a lo largo de todo el proceso en forma invariable tanto frente a los órganos judiciales como frente a los psicólogos, psiquiatras y médicos con los que M.M. se entrevistó o fue evaluada.

Asimismo, este relato completo, preciso, circunstanciado, no puede de modo alguno escindirse de la condición particular que padece M.M.. A cada uno de ellos dio tratamiento acabado el juez en su sentencia. Al respecto, debe señalarse que la Lic. N. atendió, como bien se explica en la sentencia, a M.M. como derivación del Hospital Central y en su condición de Directora técnica de APNA, Asociación por ayuda del niño atípico, dedicada a este tipo de síndromes y ante la necesidad de actualizar el certificado de discapacidad que traía de su país. Luego, y por decisión de M.M., comenzó a ser su terapeuta.

Expresamente, la profesional explicó las características del Síndrome de Asperger y mencionó que «[...] la empiezo a atender [a M.M.], me dice que está de novia, que ha encontrado un chico [...] yo la atiendo en virtud del autismo porque hay mucho para manejar [...] me dice que se han conocido por redes, me dice que es Asperger, piensa ella que por eso se van a llevar bien, [me dice] yo quiero que lo conozcas, lo voy a llevar a la institución [...]».

Agregó, «[L]lega una mañana, me presenta al señor, tenemos una charla, no vi de primera impresión que fuera Asperger [...]», y haciendo mención a la cachetada que M.M. le dijo le había dado el acusado, refirió que le dijo a éste que «M. tiene un diagnóstico de autismo, tenés que tratarla con cuidado porque tienen un pensamiento literal, [...] eso que es blanco es blanco, no hay opciones, [...] yo hablé bastante con él, que la cuidara, que necesitaba protección [...] fue un diálogo ameno, [...] ahí lo vi por primera y última vez [...]» (registro audiovisual, 14/12/2019, video 1, minutos 00:08:35 a 00:12:00).

Luego declaró que la relación continuó, que la veía feliz, pero más adelante comenzó a advertir cambios, en su lenguaje simbólico, mencionando que ya en un momento advirtió y le comentó que le estaban pasando cosas terribles.

Frente a ello, el acusado sostuvo que cuando conoció a M.M. no le dijo que tenía autismo ni él percibió alguna característica distinta pero sí lo hizo más adelante, pero no le dio importancia ni le pareció un

motivo para terminar la relación. Definió el vínculo como una relación normal y estable de pareja.

Agregó que ninguno de los hechos denunciados ocurrieron realmente, que tenían discusiones como cualquier pareja, relaciones sexuales con cierta frecuencia, siempre consentidas, pero nunca relaciones vía anal porque porque no son de su agrado (registro audiovisual, video 2, 25/03/2022, minutos 00:01:00 y ss).

De la propia declaración del acusado surge que tomó conocimiento por la misma M.M., y luego a través de la Lic. N., cuál era su padecimiento y en términos generales, sus características, pues refirió saber que se trataba de Asperger, que así se lo había dicho N..

Fácil es colegir, a pesar de que éste solo mencione recordar que le dijo que era muy estructurada, que si la profesional le mencionó el Síndrome de Asperger le haya explicado mínimamente cuáles eran sus características. De allí que la advertencia espontánea, o no, de dichos síntomas carezca de relevancia frente al conocimiento certero del padecimiento de boca de la propia víctima y su terapeuta.

Por otra parte, la relación, según el mismo S. comenzó a fines de septiembre de 2019 y se extendió hasta finales de noviembre de 2019 y la entrevista con la Lic. N. aconteció a mediados de octubre (registro audiovisual, video 2, 25/03/2022, minutos 00:23:45 y ss).

Ello permite deducir que prácticamente desde el comienzo de la relación el acusado conocía del padecimiento de M.M.

El segundo elemento, del que pretende la defensa atar la falta de credibilidad del relato de la víctima es la posibilidad de que una persona con este síndrome, dadas sus características, aprenda a mentir. Y de esa suposición, concluir que M.M. ha mentado. Pero nuevamente, son los elementos de convicción arrimados al proceso los que dan por tierra con este argumento y ello también fue debidamente evaluado en la sentencia, no ya desde la íntima convicción del juzgador, ni arbitrariamente, sino del saber profesional volcado en autos.

Al definir el Síndrome de Asperger, los informes y los testimonios de todos los profesionales, refirieron que se trata de un trastorno del neurodesarrollo, parte del Trastorno del Espectro Autista –TEA–, de alto rendimiento, que no le impide comprender la realidad sino que afecta en este caso principalmente los dominios afectivos y relacionales, la comunicación verbal y no verbal (testimonio de la Dra. G., registro audiovisual, 22/03/2022, minutos 00:10:47 y ss; 02/12/2022, minutos 01:26:00 y ss.) con vulnerabilidad elevada y riesgo de ser engañada. También se expresó que M.M. tiene un pensamiento normal, sin alteraciones en el contenido del pensamiento que es de tipo analítico, estructurado, secuencial y perseverante, y que las restantes funciones psíquicas superiores se encontraban dentro de los parámetros normales.

Se habló, además, de especial fragilidad (testimonio de L., registro audiovisual, 02/12/2022, minutos 00:12:30 y ss), gran necesidad de estima e ingenuidad, pasibles de engaño e influenciabilidad porque no se pueden adelantarse a la intención del otro (testimonio de la Lic. L., registro audiovisual, 04/03/2022, minutos 00:10.00 y ss).

La Lic. N., especialista en la disciplina, fue incluso más amplia y expresó que M.M., diagnosticada con TEA de alto rendimiento, cuenta con un coeficiente muy elevado pero cierto déficit en la parte afectiva, social e imaginativa (testimonio de la Lic. N., registro audiovisual, 14/12/2021, minutos 00:04:35 y ss).

Añadió que no cursan la sexualidad como cualquier persona, pues son tan intelectuales que la parte sexual no existe como deseo. Tienen un aprendizaje de todo, imitaciones, ecojuegos, ecocomportamientos. Son inflexibles (testimonio de la Lic. N., registro audiovisual, 14/12/2021, minutos 00:07:00 y ss). Específicamente el juez de sentencia abordó la credibilidad de la víctima en dos órdenes, desde la

vulnerabilidad propia del síndrome que tiene y luego, desde la vulnerabilidad producto de la violencia de género que la misma padeció, a la que ya nos referimos en el punto anterior.

Respecto a la primera y en cuanto a la capacidad de mentir que aduce la defensa, todos los profesionales resultaron coincidentes en que, por el síndrome que cursa M.M., no sabe mentir y así fue consignado en los fundamentos y valorado principalmente en orden a la credibilidad de su relato y he de omitir las transcripciones dada la literalidad y exactitud con que esos testimonios fueron volcados por el juez de la instancia previa (ver fundamentos, p. 7 y 8; registros audiovisuales del testimonio de N., 14/12/2021, video 1, minutos 00:36.00 y ss. – no saben mentir, siempre dicen la verdad–; testimonio de la Lic. G. L., registro audiovisual, 04/03/2022, minutos 00:13.50 y ss. –la persona con Asperger es muy difícil que pueda distorsionar o crear historias falsas–; testimonio de L., registro audiovisual, 02/12/2022, video 1, minutos 00:16:00 y ss.; testimonio de la Dra. G., 22/03/2022, minutos 00:13:00 y ss).

La pretensión de la defensa de tomarse de una de las características del Síndrome de Asperger, la necesidad de aprender determinadas conductas para poder superar esas deficiencias en sus dominios afectivos y relacionales y de ese modo lograr ser como los demás y luego de ello intentar relacionarlo con la capacidad de mentir, solo deviene **antojadiza**, pues es una posibilidad que no encuentra asidero en los elementos de convicción incorporados al proceso.

De este modo, no puede pretenderse asignar a esta mera elucubración una valoración relevante. Por ello, al encontrarse sólidamente fundamentada la cuestión vinculada con la credibilidad del relato por parte del juez de la instancia anterior, y no encontrarse verificados los vicios que refiere la defensa, el agravio debe ser rechazado.

2.a.v.- Cuestionamientos a la valoración de las declaraciones testimoniales de los progenitores del acusado

Cuestiona la defensa la relativización del valor del testimonio de éstos por el juez en la sentencia para acreditar la existencia de violencia de parte de su hijo para con M.M., para lo que usó dos argumentos.

El primero, en relación a que, no obstante tratarse de dos hechos que acontecieron en el domicilio de los padres de S., fueron en un ámbito de intimidad y en segundo lugar, el vínculo familiar que los une. Efectivamente el contexto en que se sucedieron los hechos 12 y 13, fue el dormitorio de S., situado en la planta alta del domicilio paterno, con la puerta cerrada bajo llave al decir de la víctima (registro audiovisual, video 2, 07/02/2022, minutos 01:57:00 y ss.) y sin posibilidad de visualización de terceros.

En este sentido, de las declaraciones de los progenitores puede colegirse, que no son sino declaraciones de concepto acerca del comportamiento general de su hijo, y acuerdo con el juez de la instancia previa, que no resultan testigos de la vida íntima de la pareja.

En este orden de ideas, los motivos por los que asistían –a lavar la ropa los domingos y a veces a comer no quedándose demasiado tiempo-, o la circunstancia de hallarse todos –al decir de la progenitora–, no aportan por sí solos elementos de juicio acerca de la inexistencia o improbabilidad del acaecimiento de los hechos.

Por su parte, la circunstancia mencionada acerca de un pequeño insecto en la ensalada, es utilizada por la defensa en el mismo sentido, cuando la misma no habla sino de una de las características de M.M., «tiene mucha memoria, exquisita, son pensadores de detalles» (testimonio de Lic. N., registro audiovisual, 14/12/2021, video 1, minutos 00:57_01 y ss).

Por lo tanto, entiendo que los testimonios de los progenitores han sido analizados en la sentencia en la justeza del contexto que arroja un vínculo familiar y con las limitaciones del tiempo –acotado– que han compartido con el hijo y su pareja con los que no convivían. Por ello, dicho agravio no tiene la

trascendencia que la defensa pretende darle al mismo.

2.a.vi.- Consentimiento de la víctima: error de tipo y falta de aprovechamiento del acusado

En razón a las conclusiones que se arribaron en el subapartado 2.a.iii, entiendo que efectivamente hubo ejercicio de violencia física, psicológica y sexual para perpetrar los hechos de los que M.M. resultara víctima, tal como resolviera el juez de sentencia en sus fundamentos y que comparto.

En tanto allí sólo se analizara la prueba arrojada por la defensa para sostener que la misma no existió, me detendré, ahora, en los elementos de juicio que surgen de la sentencia en el punto 6.4 y 6.5 (págs. 9 a 14), que fueron analizados antes parcialmente.

Así, en cuanto a que la existencia de violencia excluye el consentimiento y el eventual error de tipo en que pudiera haber incurrido el acusado. La idea central de la defensa gira sobre el siguiente razonamiento: que la denunciante prestó su consentimiento para tener relaciones sexuales con el acusado y si bien pudo no estar de acuerdo interiormente con ciertas prácticas, no lo exteriorizó. S., por ello, incurrió en error sobre el consentimiento, actuó en la creencia de la existencia de tal acuerdo.

Para la defensa, ese error excluiría el tipo.

Para ello, recurre al informe de fecha 10 de enero de 2020 emitido por el CMF y las declaraciones de la Dra. G. y Lic. L. y de ellas destaca ciertas características de la víctima del síndrome que padece: influenciabilidad, ingenuidad, niveles de protección bajos que la colocan en riesgo, inflexibilidad de pensamiento, interpretación diferente de la realidad, pasibles de engaño, tendencia al apego y obediencia automática.

Específicamente, frente a la existencia de consentimiento, y surgiendo del examen la afirmación de «existencia de sometimiento sexual si bien consentido por su fácil influenciabilidad y apego», así como de las testimoniales que M.M. ante una mínima insinuación cede fácilmente porque no puede protegerse, concluye en que M.M. presta su consentimiento sin correlato de deseo sexual respondiendo al apego y a esa imposibilidad de oponerse. Por ello, el acusado actuó bajo la creencia de que existía acuerdo incurriendo en error de tipo – ausencia de consentimiento–.

Al efecto, transcribe declaraciones de M.M. y del acusado. Ahora bien, del relato de la víctima, de los informes de los profesionales y de la explicación de éstos durante el debate, además de su amigo P. L. y L. M., denunciante de la causa acumulada, el juez de sentencia tuvo por acreditado, como ya se dijo, ampliamente el contexto de violencia, a la que calificó de extrema, física, psicológica y sexual, y al efecto analizó uno a uno este cuantioso caudal probatorio (ver fundamentos, punto 6.4, p. 9). Destacó que la expresión «consentida» fue debidamente explicada por los especialistas y no puede entenderse como consentimiento en su concepto jurídico.

La propia defensa reconoce ello cuando transcribe las palabras de la Lic L. –«no puedo asegurar que su consentimiento no esté viciado es un consentimiento entre comillas [...] la víctima no tiene la capacidad de darse cuenta del engaño del otro [...]»–; de la Lic. N., –«no tienen deseo [...] puede intelectualmente comprender pero no tiene deseo[...]»–.

Cabe considerar que el Lic. L. informó y luego refirió en audiencia la existencia de sometimiento, de una modalidad asimétrica, realización de actos para evitar algún grado de malestar o tener consecuencias de comportamiento violento sexual, verbal; violencia psicológica severa, actitudes de control que ejemplificó, imposición de realización de conductas sexuales con las que la víctima no estaba de acuerdo, sexo anal sin que quisiera, algunos juegos sexuales de asfixia (ver informe del EPI de fs. 20/21 y declaración testimonial, registro audiovisual, 02/12/2021, video 1, minutos 00:06:15 y ss). El informe del CMF de fecha 10 de enero de 2020 fue reforzado en este aspecto por la Dra. G. cuando señaló que M.M. era muy apegada, que había

sometimiento sexual teniendo en cuenta sus características y agregó que «[...] si bien no es fácil estar con una persona que tiene Asperger y no tiene por qué saberlo, no precisamente por eso va a someterla, más allá de que lo sepa o no y había sometimiento [...]» (registro audiovisual, 22/03/2022, minutos 00:22:15 y ss.) para luego sí referir lo reseñado por la defensa acerca de que no puede protegerse, que había mucho apego y cede fácilmente.

Además, la Lic. N., quien la atendía terapéuticamente y puso en conocimiento del acusado del síndrome que M.M. padecía, refirió que comenzó a advertir situaciones que empezaban a pasar, que a M. no le agradaban, delicadas, mensajes, dibujos e incluso le sugiere que se retire de la relación por su situación. Afirmó que M.M. había vivido una situación de terror, prácticas de perversión, amenazas (registro audiovisual, 14/12/2021, minutos 00:12:59 y ss.).

Más aun, es el testimonio de M.M. en juicio, el que corroboró todos aquellos hechos que fue denunciando en la investigación penal preparatoria, plagados de detalles y circunstancias de tiempo, modo y lugar, incluso ella misma dijo haber sido su propio detective (ver registro audiovisual, 07/02/2022, video 2, minutos 00:05:04 y ss.), en mención al esfuerzo por recordar una a una las situaciones vividas y poder efectuar la denuncia, las que se fueron desarrollando, dada la extensión, en numerosas presentaciones. Y así lo consignó el juez de la instancia previa.

Minuciosamente detalló situaciones de control –de sus actividades diarias, horarios, con modificaciones de las rutinas de la víctima de gran importancia por el padecimiento de TEA, de sus correos electrónicos, redes y teléfono celular, amistades–, humillaciones verbales, agresiones físicas –tirada de ropa, arranque de pelo–, expresiones perversas en relación a enfermedades o a la muerte, aun cuando éstas aparecían a modo de chiste (ver fundamentos, p. 9 y 10).

A esta violencia psicológica, siguió el detalle de amenazas – diarias– y golpes, referidos por ésta a Lic. N.. Algunas también en relación con ser expulsada de la vivienda con sus perros –a los que tenía especial apego– en tanto el nuevo domicilio había sido alquilado por S., en una evidente situación de control utilizado en pos del logro de sus deseos.

Referenció el juez la sexualidad de la mujer como un medio de pago por hechos realizados por el imputado o frente a infracciones o faltas cometidas por la víctima, definiendo la sexualidad como un acto debido de gratitud, siendo evidente la cosificación.

Para ello fue uno a uno reseñando los elementos de prueba objetiva y periférica –informes y pasajes de testimoniales–, con los que fundamentó el contexto de violencia –psicológica, física y sexual– en la que se encontró inmersa M.M. sumida por el acusado y debo decir que comparto la extensa valoración efectuada, la que luce suficiente y razonada.

En orden al cuestionamiento específico de la defensa, la existencia de consentimiento, la sentencia no desoyó dicho argumento, fundamento central de sus alegatos.

Con cita de doctrina y jurisprudencia, partió de considerar inverosímil que una persona en el contexto que se describe –controlada, intimidada, amenazada y golpeada cotidianamente por su pareja– mantenga relaciones sexuales consentidas, pero añadió que la violencia física desplegada era manifiesta, que las prácticas de sadomasoquismo pretendidamente convenidas son insostenibles, no sólo por las características de M.M., sino porque así lo hizo saber en las denuncias y en el debate, sin ánimo alguno de perjudicar al acusado. Luego se detuvo en cada uno de los hechos que fueron materia de acusación y la declaración de la víctima respecto de ellos (ver fundamentos, págs. 13 a 15).

Ya he transcripto más arriba, al igual que se hizo en la sentencia, la existencia de un patrón que identificó la víctima acerca de la comisión de los hechos y que repitió en varios pasajes de su declaración y

puntualizaré solo algunos que entiendo clarificadores para entender la inexistencia, fuera de toda duda, de relaciones consentidas entre la víctima y el acusado. Así, M.M. aún a riesgo de ser reiterativo, en relación con el acusado refirió que «[...] me iba a castigar, esas cosas que me hacía siempre, yo pataleaba, me puso en el piso, alrededor estaban los perritos mirando, gritaba, boca abajo, la misma técnica, me tenía de los pelos, me tenía atrapada de los brazos, se cayó el vino y agarró la botella y me la introdujo, luego agarró un lápiz, una birome y también me la introdujo, me decía cosas horribles [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:08:00 y ss.).

Más adelante, señaló que el acusado «[m]e agarró de los pelos y me hizo las mismas cosas por donde se le antoja, me tapaba la boca, me ahorcaba, me ponía una almohada, me cacheteaba, le gustaba [...] él hacía mucha fuerza, mi cabeza se estrellaba contra la pared [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:08:00 y ss.).

Agregó que intentó situaciones de aseguramiento ante la desconfianza que le generaba una persona que supuestamente la amaba pero la agredía.

Relató así que «[...] cuando nos mudamos él ofreció en primera instancia su bono de sueldo para que yo viviera con los perritos, pero era una trampa, terminamos viviendo juntos [...] me dio miedo, desconfianza [...] le hice un contrato por internet y le hice firmar y le dije que yo le iba a pagar la mitad para no tener que hacer todos sus caprichos, le hice firmar cuatro veces, cada firma me costó una felación, no había cariño, había agresión [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:19:27 y ss.).

Acerca del consentimiento, expresamente dijo que «[...] yo no estoy obligada a este tipo de cariño porque es un tipo de cariño que no me gusta [...] no es consentido [...]» y para mayor claridad ante los modos de relaciones sexuales, afirmó, «[Y]o fui bastante clara al inicio [refiriéndose a las denuncias en la investigación penal preparatoria] no voy a contar como violaciones las relaciones vaginales a pesar de que no quería a cada rato porque supongo o creo que el sexo vaginal es de la pareja. Pero hay muchas veces que no me gustaron y que no quise, la sacaba por atrás y me la ponía adelante [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 00:36:00 y ss.).

Continuó diciendo: «[É]l me pedía muchas cosas, que cambiara el acento, que el pelo, que hablara como una nenita, lo hacía porque no había maldad. Empecé a ver maldad después [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 01:03:00 y ss.).

Y luego: «[É]l solo quería su regalo de cumpleaños, yo no quise ese tipo de sexo, nunca quise, él siempre me agarraba por detrás, de los brazos, me inmovilizaba, [...]» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 01:21:29 y ss.). «[J]ugaba a los roles, juegos malos, no placenteros para mí, juegos [pensaba] es mi novio, mi mente se confundía, mis días fueron todos así, [otra vez] me tiró un vaso de agua en la cara, me dio vuelta y me hizo lo mismo, para él todo era lo mismo, mi castigo era sexo anal o felación, creo que me hizo de todo» (registro audiovisual, 07/02/2022, minutos 02:00:00 y ss.), como parte de su exposición en el debate.

En mérito a lo expuesto, y resultando evidente la violencia ejercida en todos los órdenes, así como la inexistencia de consentimiento, el aprovechamiento de la condición de la víctima es un elemento negativo más a considerar en la situación del acusado, y por ello la vía por la que ambos se conocieron o forjaron su relación, la edad de ambos, la experiencia en relaciones anteriores de M.M., devienen irrelevantes.

Ya ha sostenido este tribunal la importancia que en situaciones de violencia contra la mujer y particularmente en delitos sexuales que acontecen en el ámbito propio de la intimidad de una pareja, como es el caso, tiene el testimonio de la víctima, en la mayoría de los casos único elemento de prueba directo de los hechos, y al que pueden o no adunarse elementos de corroboración periféricos.

Y ese fue también uno de los ejes seguidos por el juez de sentencia con cita de doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. En este orden, debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «[e]s evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho». (**Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89**).

A ello agregó que «[n]o es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato [...]» (párr. 91) (ver mi voto en «**Contrera Robledo**»; «**Sea R.**»; «**Molina Colodro**»). La particular situación de vulnerabilidad de M.M. en orden al Síndrome de Asperger que padece es uno de los aspectos centrales de su vulnerabilidad y así fue considerado al momento de la valoración de su testimonio en la sentencia cuestionada. Sobre la cuestión, he destacado en otras oportunidades (ver al respecto «**Molina Colodro**», «**Sea R.**») la importancia de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptadas por Acordada Nº 24.023 de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

En ellas se establece que: «[U]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

Asimismo, se añade que deben considerarse personas en situación de vulnerabilidad aquéllas que «[...] por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (**Regla 3**).

Y dentro de las causas de ello enumera, «[...] la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico» (**Regla 4**).

En cuanto a la discapacidad como causa de vulnerabilidad se prevé que se entiende por aquella «[...] la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social» (**Regla 7**).

Por su parte, debe tenerse en cuenta que, sumado a lo referido, se encuentra en condición de vulnerabilidad «[...] aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta» (Regla 1). Del mismo modo, comparto la consideración del juez de la instancia previa acerca de la vulnerabilidad de M.M. por su condición de mujer (ver al respecto, y en lo pertinente, lo que he tenido oportunidad de señalar en los precedentes «**Torres Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo**

Lassa», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín Tobares», «Zurita», «G. Ayala», entre muchos otros).

En relación con la presencia de consentimiento, he reseñado también en otras ocasiones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional pueden guiar la investigación de casos de violencia sexual.

Esto por cuanto allí se establece que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas para facilitar su participación y testimonio en el proceso penal. Además, debe garantizarse el acceso completo a la información sobre el proceso.

En relación con el tipo de pruebas admisibles, señala la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual, por el ambiente de coerción que puede crear el agresor y por una diversidad de factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente a su agresor (CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, págs. 24 y 57) (ver mi voto en «**Mercado Barroso**»).

En igual sentido se ha expedido la Corte Penal Internacional al referir que son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima (Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000, Regla 71).

La **Regla 70** de éstas resulta ilustrativa para el caso que nos ocupa en cuanto a la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima, el ambiente de coerción que transitó generado por el agresor y cómo ello facilitó la falta de resistencia física.

Así, «[e]n casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios [...] a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b)[...] no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c)[...] no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d)La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo». (**Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70**).

Es oportuno recordar también que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello, porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con cuestionamientos aislados, o que tome las pruebas de manera desconectadas, o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas (voto en «**Gutiérrez Farfán**»).

Esto, en razón de que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42;

401-188).

De tal manera, entiendo, entonces, que surge con claridad que no ha existido una valoración arbitraria del plexo probatorio.

Por el contrario, la ponderación de los elementos de prueba se ha realizado con el abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y con la perspectiva de vulnerabilidad interseccional que el caso imponía y en las que la declaración de la víctima es una pieza fundamental en su reconstrucción histórica, a los que se ha sumado numerosos elementos de corroboración periféricos.

Por ello, corresponde desestimar los agravios articulados por la defensa y concluyo se ha logrado el grado de certeza necesario para condena.

b.- Autos n° P-4.520/20

Como ya se adelantara, el recurso respecto del hecho que tramita por estos autos interpuesto por la defensa y que pretende desacreditar la convicción a la que llegara el sentenciante con relación a la autoría de D. A. S. en el hecho endilgado tampoco puede ser de arribo.

Siguiendo la misma estructura de los autos anteriores, el juez de la instancia previa realizó una breve contextualización de la relación de la víctima y el acusado, dentro del cual abordó el contexto de violencia contra la mujer, el develamiento del hecho y la credibilidad de su relato, el examen psíquico del acusado, su declaración y la prueba de descargo. En este orden, el juez de sentencia sostuvo que L.M. y S., en ese entonces de 18 y 24 años, mantuvieron una relación de pareja de aproximadamente seis años hasta mediados de 2016, se comprometieron a los cinco meses y que producto del abuso sexual que consideró acreditado, tuvieron un hijo.

Agregó, que dicha relación se interrumpió al poco tiempo de que éste naciera y que el acusado no tuvo relación alguna con el mismo. La defensa estructura sus agravios centralmente en la falta de credibilidad del relato de L.M. Ello, en mérito a conclusiones extraídas de las dos pericias psíquicas que le fueron realizadas a aquéllas, con perito de control, las declaraciones testimoniales de quienes la evaluaron, todas contestes a su criterio – así, de la Dra. G., del Lic. M., del Dr. P. y del Lic. D. y el informe del EPI de riesgo bajo–. De allí también extrae la existencia de un móvil –ánimo de venganza– que justificaría la radicación de denuncia. Sostiene, asimismo, que el valor convictivo de las declaraciones de la madre, los hermanos y una amiga, es nula en tanto conocen el hecho por referencias de la propia víctima.

Por otra parte, cuestiona el testimonio de la terapeuta personal de L.M., Lic. R. N., su corta experiencia, la celebración de una única sesión antes de la radicación de la denuncia y su inadvertencia de rasgos de personalidad de la víctima reseñados por los peritos oficiales y de parte.

Debo dejar sentado que, como desarrollaré, la defensa no logra demostrar el apartamiento de las reglas de la sana crítica racional y, como bien se advierte, las partes en el debate han hecho referencia en sus conclusiones a dos hipótesis fácticas contrapuestas.

Por un lado, el Ministerio Público Fiscal, el abuso sexual con acceso carnal violento en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que surgen de los hechos reseñados en el requerimiento de citación a juicio. Frente a ello, la defensa refirió que la inexistencia del hecho, aun cuando sí referencia circunstancias de tiempo –el regreso de una fiesta a la casa de los padres de S. en horas de la noche–, resultan coincidentes y apoyadas por la prueba de descargo.

Ahora bien, esta versión de los hechos aportada a través de las pruebas de descargo, la declaración del acusado o los rasgos de la personalidad de la víctima que minarían su credibilidad, que entiende no han sido debidamente ponderadas, son una reedición de los planteos desarrollados al momento de brindar

los alegatos en la audiencia de debate y si bien, no obtuvieron respuesta favorable en la sentencia, el propio juez advirtió y analizó fundada y extensamente esta evidente dicotomía.

Así, y detalladamente, en un análisis completo y minucioso de todas las testimoniales rendidas, así como de la prueba instrumental debidamente incorporada, entendió acreditada la autoría de S. en el hecho investigado en esta causa.

El sentenciante consideró acreditada la hipótesis acusatoria por dos razones. La primera, guarda relación con el valor que corresponde asignar a la declaración de una víctima de abuso sexual cuando se desarrolla en un contexto de violencia de género. La segunda, se vincula con la existencia de elementos probatorios periféricos que corroboran la versión de L.M. Ello, sin dejar de razonar acerca de los rasgos de personalidad de la víctima sobre los que centra su atención la defensa y su incidencia en el valor otorgado a su relato. Veamos.

El juez estimó probado el contexto de violencia contra la mujer sufrido por L.M. principalmente a través de sus declaraciones, la denuncia con las que se inician las actuaciones y su declaración en el debate a lo que sumó las referencias realizadas por su amiga P. M., su hermano G. M., su hermana menor A. M., su madre y su psicóloga, la Lic. R. N.. Ahondó, para ilustrar este contexto, sobre situaciones puntuales de control en orden al modo de vestirse, de comportarse, respecto de las relaciones sociales, alejamiento de amistades y de sus familiares, celos, conductas de sumisión y obediencia y de violencia en algunas oportunidades que surgieron en casi todos estos testimonios.

Seguidamente, describió situaciones de abuso sexual, que no forman parte del requerimiento acusatorio, pero han sido consideradas como configurativos de situaciones que forman parte de este mismo contexto, incluso con referencias a la **exhibición de material pornográfico infantil**, que se condicen con el secuestro que se efectuara en el allanamiento practicado en la habitación del acusado en casa paterna y que originara una compulsión penal.

Resulta importante, en relación con el cuestionamiento de la defensa analizado, señalar que L.M. detalló estas situaciones en la denuncia que encabeza las actuaciones y en idéntico sentido durante el debate (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 00:29:50 y ss.). Fue ella misma quien mencionó que su amiga P. M., a quien S. ignoraba, le refería que tenía una relación abusiva y a quien le hizo saber de la situación de abuso sexual en septiembre de 2015 (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 01:19:30 y ss.).

Agregó también que de a poco le fue contando a su hermana A., porque es siete años menor y respecto de sus padres dijo que no, que no tenía la confianza para hablar con ella refiriéndose a la madre, incluso mencionó que había perdido la confianza con su madre responsabilizando de ello al acusado (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 01:22:10 y ss.).

Cabe tener presente que de igual modo fue mencionado en la denuncia y que éstos –su amiga P. M., sus hermanos y su madre–, declararon en forma coincidente en el debate. El hecho de abuso sexual con acceso carnal, materia de la acusación, fue relatado por L.M. con numerosas circunstancias de tiempo, modo y lugar, y evidentes signos de angustia e interrupciones de llanto espontáneo durante el juicio. Así, expresó en el debate que, «[...] una noche, el 15 de agosto de 2015, era el cumpleaños de mi hermano en un bar de la Arístides [...] fuimos con dos amigas a la Tonsa, a una fiesta [...] me quería volver a mi casa pero D. decía “quédate”, me convencieron, compraron muchísimo alcohol [...] yo me quería ir a mi casa porque me estaba quedando dormida [...] él decía “vamos a mi casa, yo te voy a cuidar”, me quedé dormida, cuando me desperté al otro día como a las once, estaba desnuda, helada y toda manchada de semen [...] no lo quería aceptar [...] me lavé, me sentía miserable [...] después no me vino el período, yo pensaba que estaba embarazada [...] estuve dos semanas para comprarme un evatest, yo no tenía trabajo [...] me dio

positivo [...] lloraba, se me cayó el mundo [...]» (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 00:53:00 y ss). Agregó más adelante, «[...] él no había tomado mucho, [...] eran las cinco de la mañana, [...] tomamos el primer taxi por San M. [...] llegamos a su casa [...] abrió las tres puertas [...] me llevó por las escaleras a su habitación [estaba] ebria y muy cansada [podía] responder pero me costaba y le dije que no, cuando me estaba tocando, [...] él me sacaba la ropa [...]» (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 01:42:00 y ss). La denuncia se tradujo en los mismos términos (ver fs. 1/4). Si bien la defensa señala que la amiga, los hermanos y su madre, han conocido el delito por comentarios de la propia L.M., lo cierto es que como ya reseñé antes, en éste, como en la gran mayoría de los casos, y sobre todo en relaciones de pareja, los sucesos acontecen en la intimidad, fuera de la vista de terceros.

Sin embargo, las coincidencias acerca del modo en que acontecieron, la fecha que tiene una referencia directa y verificable –el cumpleaños del hermano de la víctima– y sumado a ello, que el conocimiento de éstos –preciso y detallado– data con bastante anterioridad a la denuncia, en contrario a lo afirmado en el recurso, no hacen sino otorgarles a dichos testimonios gran valor convictivo como elementos periféricos de corroboración del suceso.

Asimismo, contrariamente a lo sostenido por la defensa que invoca motivos de venganza con fundamento en un supuesto abandono del acusado de su rol de padre, entiendo que la decisión de L.M. de radicar la denuncia una vez que fuera contactada por M.M, aporta elementos de juicio en favor de su falta de animosidad. La defensa pretende invertir el argumento, pero fue L.M. quien cursó el embarazo, tuvo y crió a su hijo sola, se encargó de su manutención durante todos estos años, y sin embargo no efectuó reclamo judicial ni extrajudicial alguno a S.. Ello fue expresado en su relato y reconocido por el propio acusado. Mencionó la víctima que ha visto a su hijo tres o cuatro veces, e incluso de la declaración de S. surgió remordimiento al reconocer que no había sido un buen padre aun cuando se desligó de los hechos (registro audiovisual, 29/11/2021, video 2, 01:42:00 y ss).

Cabe también valorar en este mismo sentido que L.M. nunca ocultó que fue contactada por M.M., que se sintió identificada con lo que ésta le contó – «ella me empujó a mí, ella me armó de valor»– y que fue ésta quien incluso la acompañó a radicar la denuncia, día en que la conoció personalmente, y que esta última habló primero con su hermana A. y luego hubo toda una deliberación previa, que incluyó a su terapeuta, antes de decidirse a poner en conocimiento de la fiscalía lo sucedido (registro audiovisual, 02/12/2021, video 1, minutos 01:40:00 y ss.; 29/11/2021, video 2, minutos 01:09:18 y ss., 01:34:44 y ss.). El cuestionamiento del testimonio de la Lic. R. N., basado en su corta experiencia, la celebración de una única sesión previa a la denuncia, así como su supuesta inadvertencia de los rasgos de personalidad de la víctima reseñados por los profesionales del CMF y el EPI, no superan el mero disenso, pues efectivamente su relación profesional con L.M. era únicamente terapéutica y se desarrolló durante un considerable lapso –nueve meses–. En ese período es que la profesional tomó conocimiento de los hechos y vuelca el mismo en su declaración en el debate. El juez en sus fundamentos otorgó gran importancia al testimonio de R. N., y dio adecuadas razones de ello.

Principalmente sostuvo que la misma brindó una versión de los hechos totalmente coincidente con lo manifestado por L.M., dentro de un proceso terapéutico de nueve meses en un marco de intimidad cuyo tema central fue la atormentante concepción de su hijo. Señaló que la misma padecía angustia, miedo, desánimo, aislamiento, poco interés por lo cotidiano. No detalló su relato respecto del hecho de abuso sexual en sí sino toda la serie de violencias psicológicas, verbales, físicas, que la misma sufriera y le manifestara en la terapia (ver fundamentos, p. 24).

Estos fundamentos no son sino la síntesis de una declaración clara, detallada y extensa realizada por la

licenciada en el juicio, y por ello comparto la ponderación del juez acerca de su valor en tanto entiendo suma importantes elementos en orden a la credibilidad del relato de la denunciante. Es esto último el centro del cuestionamiento de la defensa, la credibilidad de L.M..

Y para ello, con transcripciones extensas de los dos exámenes psíquicos realizadas a L.M. y las ampliaciones y aclaraciones que de dichos informes realizaron la Dra. G., el Dr. P., la Lic. L., la Lic. M. y la perito de control Lic. D.. De los rasgos de personalidad allí informados de L.M., sostienen dicha falta de credibilidad.

La sentencia referenció, de estos informes y de las declaraciones de los expertos, ciertos rasgos, principalmente la inmadurez, su posicionamiento como víctima y un relato de escasa veracidad como rasgos de su personalidad.

Se adunaron otras características: inestabilidad, pocos recursos para instrumentar mecanismos defensivos, cierta dispersión para hacer foco en lo que se le pregunta, narcisismo, inadvertencia del peligro, histrionismo, desbordes emocionales, posibles desajustes, baja tolerancia a la frustración y habilidades para la gestión del riesgo, necesidad de llamar la atención, entre otros (ver fundamentos, p. 24 y 25).

Frente a ello, el juez consideró que los expertos no pueden preguntar sobre el hecho concreto objeto del juicio, sino limitarse a **evaluar personalidades y funcionamientos** y recurrió, por ello y con mayor razón, dados estos informes, al resto de la prueba producida.

Su ajustado razonamiento estuvo determinado a valorar el relato de L.M. acerca del abuso sexual investigado y la influencia que sobre el mismo pudieron haber tenido aquellos rasgos y deslizó una advertencia coherente.

Razonar en contrario impediría denunciar hechos ilícitos a personas con esas características pues sus declaraciones serían, desde el inicio, inverosímiles o carentes de credibilidad. Igualmente me voy a permitir rescatar algunos pasajes de las declaraciones de algunos de los profesionales que abonan esta afirmación y que relativizan algunas de aquellas conclusiones.

Así, la Dra. G. indicó que «[...] tenía una conducta inmadura, quieren llamar la atención con cierta manipulación pero siempre con fondo emocional intenso, rasgos histriónicos, como un llamado de atención [...]» (registro audiovisual, 22/03/2022, minutos 00:35:45 y ss) y si bien refirió que el relato es más difícil de creer con estos rasgos, y que había que tener cuidado, señaló también, «[...] toda esta necesidad de llamar la atención es por algo. [La autoinflexión de lesiones] puede ser para llamar la atención o para calmar la angustia [...] esa persona que pide ayuda está perturbada [...]» (registro audiovisual, 22/03/2022, minutos 00:43:45 y ss).

Acerca de la falta de stress post traumático, el Dr. P. indicó, «[...] en muchas ocasiones los pacientes quedan con el trauma aquiescente, guardado, sin ningún síntoma evidente y quizás en alguna terapia o similar o reminiscencia de un hecho anterior aparecer indicadores [...] los pudo haber tenido en el momento del hecho [...] los puede haber conservado en su psiquismo [...] es posible que no aparezcan si es evaluada luego de cinco años [...]» (registro audiovisual, 01/12/2021, video 1, minutos 00:01:00 y ss.).

Si bien advirtió la aparición de contradicciones, sí dejó en claro que está prohibido preguntar acerca del hecho. Dicho esto, el juez de sentencia, consideró que el testimonio de la víctima siempre fue consecuente y se mantuvo inalterable a lo largo del tiempo, con buenas razones para el recuerdo: el cumpleaños de su hermano y el embarazo de su hijo.

Por su parte, apuntó las razones de los distintos develamientos: a su hermana al hablar sobre temas de sexualidad, a su psicóloga en el marco de la terapia y a su madre, previo a la decisión de radicar la denuncia y mantuvo idéntico relato con cada uno de éstos acerca del hecho.

A partir de ello, consideró que el testimonio de la víctima ostenta la credibilidad necesaria para afirmar la existencia material del hecho denunciado y la autoría del acusado, así como que existían sobrados elementos de corroboración periférica del mismo, lo que ha consignado puntillosamente y ha analizado con la necesaria perspectiva de género que el caso imponía.

Los diversos criterios considerados por el sentenciante para afirmar la credibilidad del relato de la víctima han seguido una perspectiva integral de valoración de acuerdo con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, por lo que no existe omisión de observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional.

Ello en clara observancia del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos. Sobre ello, he expresado que «[...] es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

De tal manera, «[...] uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables» (ver «**Ojeda Pérez**», «**Molina Colodro**», entre otros). Tampoco el juez de la instancia previa desatendió en la sentencia el examen psíquico del acusado realizado por el Cuerpo Médico Forense, también invocado por la defensa en su favor juntamente con las declaraciones de los profesionales intervinientes –Lic. M., Dr. P., Lic. D.– y el informe del EPI.

Entiendo que las explicaciones brindadas en la sentencia resultan en consonancia con algunos de los rasgos que ha transcripto –parcialmente– la defensa, y a los que aduna el sentenciante una personalidad rígida, inmadura, omnipotente, que no puede ajustarse a límites externos, centrada en sí misma, que carece de empatía con el otro, que no mide consecuencias de su proceder, y que se puede reflejar en su pareja, rasgos éstos que surgieron de la declaración de la propia perito de control, Lic. D..

Ello, aun cuando se informe inexistencia de indicadores específicos en el área sexual, lo que fue explicado en el debate por la Lic. M. e, incluso, por el Dr. P. acerca de la relativa incidencia de ello (registro audiovisual, 30/11/2021, minutos 01:35:00 y ss; y 01/12/2021, minutos 00:12:38 y ss).

En función del desarrollo que vengo haciendo, el informe del EPI de riesgo bajo, la negativa del hecho que surge de la declaración del acusado y la versión de lo acontecido ese día, que encuentra corroboración en las declaraciones de los progenitores, no logran disminuir la contundencia de la prueba de cargo ni desvincularlo de la comisión del hecho.

En este sentido, no puedo sino concluir que el juez de la instancia anterior valoró adecuadamente todo el plexo probatorio incorporado en el debate y justificó debidamente las razones por las cuales consideraba que el hecho denunciado por L.M. se encontraba acreditado y fue cometido por el acusado.

c.- Crítica sobre la arbitrariedad de la determinación de la pena impuesta

La defensa alega que la pena impuesta se encuentra muy alejada del mínimo legal. En este sentido, alega errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP, falta de motivación, falta de proporcionalidad entre el hecho, su reproche y la medida de la culpabilidad.

Cuestiona la valoración como agravante del aprovechamiento de la intimidad y la desprotección para la

comisión de los hechos –inc. 1 del art. 41 del CP–, y razona, por contraposición, que si fuera frente a terceros, debería ser considerado una atenuante lo que es inadmisibles.

Además, señala que ello no sucede en el hecho del expediente acumulado, porque se trataba de la vivienda de los padres del acusado. Por su parte, entiende que el juez tipificó los hechos, cuya víctima sería M.M., como delito continuado ante la falta de precisión de los mismos, y por ello, no debió utilizarlos para aumentar la pena al acusado.

Afirma que no está acreditado que M.M. huyera de Mendoza por el temor sufrido como así tampoco que el embarazo de L.M. sea consecuencia del abuso sexual respecto de la extensión del daño.

Sostiene que la condición de parejas del imputado ha sido doblemente valorada, pues forman parte de la descripción típica. Lo mismo acerca de su condición de autor, cuestión de tipo objetivo valorado en la primera cuestión, ajena a la culpabilidad y el juicio de reproche. En cuanto a la valoración del dolo, refiere que se trata de un tema de tipo subjetivo y que el delito sólo admite dolo directo.

Finalmente, indica que el tribunal sólo ha admitido como atenuante la falta de antecedentes del acusado y, añade, que debió haberse considerado la corta edad actual de S., su futuro laboral, profesional y su posibilidad de reinserción.

Adelanto que el juez de la instancia previa ha considerado, para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla, en un todo de acuerdo con los arts. 40 y 41 del Código Penal, sin incurrir en la doble valoración alegada.

De manera preliminar, corresponde tener en cuenta que el ámbito de la determinación de la pena «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes. En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver al respecto, «**Córdoba, Jorge Antonio**»).

En el caso, se estableció acertadamente la escala en un mínimo de seis años y un máximo de treinta años de prisión, dada la tipificación de los hechos en los autos n° P-779.293/19 y n° P-4.520/20.

Seguidamente, afirmó acertadamente que en el artículo 41 inc. 1 del CP. se establece la obligación de atender muy especialmente a la naturaleza de las acciones desplegadas, los medios empleados, la magnitud del daño y los peligros ocasionados, así como al grado de participación que tuvo el sujeto juzgado en el hecho que se le reprocha, la calidad de las personas involucradas en los acontecimientos y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión en que se desplegaron las conductas que se juzgan.

Explicó cuál era el criterio que utilizaría para la dosificación de la pena y así consideró, en primer lugar las condiciones objetivas en relación con las acciones desplegadas y luego las condiciones personales.

Entre las primeras consideró, como **circunstancias objetivas de mayor lesividad** del hecho punible: 1) la relación de pareja con las víctimas que funda una mayor lesividad, aprovechada para cometer el hecho por la mayor confianza que surge del vínculo, la duración en el tiempo y la relación asimétrica facilitadora. También la desprotección de la intimidad de los inmuebles; 2) en el caso de M.M., la mayor capacidad lesiva provocada por los numerosos hechos de acceso carnal acompañados de ejercicio de violencia física, psicológica y sexual con gran extensión del daño al deber huir de la provincia por temor no obstante la calificación como delito continuado; en el caso de L.M., además de la violencia psicológica desplegada en contexto de violencia de género, el abuso sexual trajo como consecuencia un embarazo no deseado, 3) la condición de mujeres de ambas víctimas; 4) la situación de discapacidad por el padecimiento del Síndrome

de Asperger de M.M. y su vulnerabilidad interseccional –mujer, sin redes de contención familiares y sociales e inmigrante–; y, 5) su calidad de autor y obrar con dolo directo.

De todo ello, concluyó que las conductas desplegadas por el acusado deben ser catalogadas como de gravedad intermedia en el entendimiento que la pena constituye una escala punitiva de gravedad continua con cita de doctrina. Dentro de las condiciones subjetivas y personales –segunda parte del art. 41 del CP– descartó la edad como atenuante, pues los 30 años del acusado están alejados de la inmadurez de la juventud y de la vejez y no afectaban la comprensión de la gravedad del hecho ni lo imposibilitaban para dirigir sus acciones.

Del mismo modo, su nivel sociocultural, de clase media acomodada, sin privaciones y estudiando una carrera universitaria. Sólo valoró como atenuante que carecía de antecedentes penales computables. A partir de ello, impuso la pena de 16 años de prisión.

La fundamentación del monto de la pena impuesta no deviene de modo alguno arbitraria, dadas las extensas razones que el juez de sentencia ha dado para ello y tampoco luce desproporcionada, ubicándose la misma apenas por encima –un año– del segundo tercio de la escala conforme el método seguido, mucho más cercana al término medio que al máximo superior establecido por la ley penal. La crítica en orden a la existencia de doble valoración por parte del juez de sentencia por la condición de pareja de ambas víctimas no puede ser de arribo.

Ello, por cuanto la misma no se encuentra prevista legalmente como figura agravada del art. 119 del CP y la figura típica por la que resultó condenado S. es únicamente la tipificada en el párrafo tercero del artículo citado. Al respecto, debe decirse que los vínculos personales como circunstancia a ponderar para la determinación de la pena aparece expresamente prevista por el art. 41, inc. 1 del CP.

En este orden, no se advierte vicio alguno en su consideración por el juez de sentencia. Sobre ello, la doctrina refiere que «[...]si bien existe un deber general de respetar los bienes jurídicos ajenos, este deber es mayor cuando entre el autor y la víctima existe una relación particular [...]» (ZIFFER, Patricia, **Lineamientos de la determinación de la pena, Ed. Ad Hoc, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2013, p. 129**).

A idéntica conclusión corresponde llegar respecto del grado de intervención en el hecho en calidad de autor, en tanto esta circunstancia sí aparece expresamente consagrada en la normativa sustancial, específicamente en el art. 41, inc. 2 del C.P. Con lo cual, no existe ningún impedimento para que el tribunal la estimara al momento de la determinación de la pena.

En el mismo sentido, tampoco encuentro impedimento para la consideración de la actuación del S. con dolo directo. Ello, por diversas razones.

En primer lugar, no se encuentra fuera de toda discusión en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia que los delitos vinculados con abusos sexuales sólo puedan realizarse con dolo directo.

Más allá de ello, y aun cuando se asumiera la posición de la defensa, no habría impedimento para valorar una circunstancia propia del tipo penal en su intensidad configurada en el caso.

En este sentido se ha expedido la doctrina, al sostener que «[...] en muchos supuestos las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente.

En cambio, sí es posible –y necesario –tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (ZIFFER, Patricia, **Lineamientos de la determinación de la pena, Ed. Ad Hoc, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires,**

2013, p. 131). Este criterio ha sido seguido por esta Sala en diversos precedentes (ver, al respecto, **«Zapata Ojeda», «Córdoba, Jorge Antonio», «Distéfano Barreta»**, entre otros).

Por último, la defensa no señala cómo incidiría la ausencia de tal consideración de esa circunstancia en una eventual reducción de la pena.

De tal manera, la gravedad de la modalidad utilizada por el acusado en la ejecución del de los delitos en cuestión permite justificar un incremento en el grado de reproche penal, con un correlato directo en la determinación de la pena. Por ello, al valorar el sentenciante aquéllas circunstancias, contrariamente a lo sostenido por la defensa, no ha vulnerado el principio de prohibición de doble valoración.

Esto, porque si bien el tipo penal describe la conducta de la que puede derivarse una pena, ello no impide que al momento de la determinación de la pena se pondere la intensidad con que esas circunstancias se presentan en el hecho concreto, decidiéndose en mérito a ello la cuantía de la sanción.

El aprovechamiento de la intimidad propio de la relación de pareja, conviviente en uno de los casos, que claramente es frecuente en este tipo de delitos, resulta claro y evidente y el razonamiento inverso utilizado para desacreditar su consideración como agravante en el caso, carece de lógica.

Lo propio ha de decirse respecto del lugar de comisión en los autos cuya víctima es L.M., pues que el hecho sucediera en la casa de los progenitores, pero en la habitación del acusado no le quita esta situación de intimidad, que se relaciona con la menor posibilidad de obtener ayuda ante la soledad que otorga dicha situación.

Tampoco puede prosperar el agravio según el cual sería un error considerar la cantidad de hechos cuando se ha optado por la calificación de los hechos bajo la modalidad de delito continuado, pues nada impide que, la reiteración de hechos fuera mensurado en orden a la naturaleza de la acción y la extensión del daño producida por el delito (art. 41, inc 1 del CP). Tal es lo que sucede en autos.

Tampoco resulta arbitraria la consideración del juez de sentencia respecto a que la edad del acusado – media, pero alejada de la juventud– no debía ser considerada como atenuante, lo que va inexorablemente unido, tal como se señala en la sentencia, a su nivel social medio alto y cultural, restándole pocas materias para recibirse de ingeniero y trabajo estable.

Las restantes críticas, como que M.M. huyera de Mendoza por el temor que le producía la situación vivida o la consecuencia de un embarazo no deseado en L.M. no significan más que una consecuencia del disenso acerca de la valoración de la prueba que fuera ya analizado en la primera cuestión.

En otro orden, debe señalarse que no ha existido omisión alguna del sentenciante a la hora de evaluar las condiciones personales de S.. Contrariamente, ha concluido que únicamente debía valorarse en su favor la carencia de antecedentes penales en tanto no se advertía ninguna circunstancia atenuante; razón por la que ha existido debida meritación de las condiciones referidas, aun cuando de adverso a las peticiones de la defensa.

En definitiva, la motivación de la penalidad aparece debidamente fundamentada en las circunstancias de las causas por las que resultó condenado S. y de acuerdo con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. Por ello, corresponde rechazar también este agravio de la defensa.

d.- Conclusión

En función de las consideraciones expuestas, y en opinión concordante con el señor Procurador General, estimo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al acusado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado D. A. S. F..
- 2.- Imponer las costas a la parte vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 30 de agosto de 2023.-

35- CORVALAN PEREZ. 30-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230830_FcCPL.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2394, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Lago Prima. 16-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Vargas Vergara. 21-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220321_FcVVA.pdf
- Contrera Robledo. 27-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcCRF.pdf
- Contrera Robledo. 22-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf
- Sea R.. 23-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220323_FcSRJ.pdf
- Molina Colodro. 25-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcMCF.pdf
- Torres Lucero
- Italiani
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- G. Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Gutiérrez Farfán. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGutierrez.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-07003041-6/1((018602-77046)) FC/ CORVALAN PEREZ LEONEL EXEQUIEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (77046) P/ REC.EXT.DE REVISIÓN CASACIÓN *106244730*

En Mendoza, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07003041-6 caratulada "F. C/ C. P., L. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN". En las presentes actuaciones, la defensa de L. E. C. P. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2394, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-77.046/20, a la pena de seis años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y, tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que el 16 de octubre de 2020, la menor P.C.N. de 15 años de edad se encontraba en la casa de su amiga L. R., en el barrio ..., cuando alrededor de las 4 horas del día siguiente, se fue a dormir sola al comedor de la vivienda, a un colchón que estaba colocado en el piso. Entre las 4 y las 5 hs. aproximadamente, el acusado, primo de la amiga de la víctima, aprovechando la circunstancia que P.C.N. estaba dormida y que su prima y el novio estaban en el garaje de la casa, mientras que el resto de los habitantes dormían, le sacó el pantalón corto de jean que tenía colocado, le bajó la bombacha hasta las rodillas, le separó las piernas y la accedió carnalmente con su pene por la vagina, efectuándole tocamientos en la vagina con los dedos, momento en que la víctima se despertó y lo empujó para sacarlo de encima.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa cuestiona la sentencia de la instancia anterior, porque entiende que presenta vicios en su fundamentación equivalentes a ausencia de motivación y, además, vicios sustanciales. Pretende que se absuelva al acusado, puesto que considera que las pruebas rendidas lo permiten.

En subsidio, pide que se encuadren los hechos en el delito de abuso sexual simple.

Refiere que la conclusión de la autoría del acusado no constituye una derivación del principio de razón suficiente, con apego a las pruebas de la causa. Niega la existencia del acceso carnal y que la denunciante estuviera dormida, circunstancia que le habría impedido consentir libremente el acto.

Señala que el juzgador partió de la culpabilidad del acusado, invirtiendo la carga de la prueba, generando de esta forma violación a los principios de inocencia e «in dubio pro reo».

Se queja también, porque no se valoró la declaración del acusado y porque dijo que no eran enteramente confiables los testimonios de los que estaban presentes en la casa la noche de los hechos, que confirmaban

la versión defensiva.

Agrega que el juzgador es contradictorio, ya que considera que aquellas declaraciones no son confiables por un deber de lealtad con el acusado mientras que, por otro lado, utiliza esos testimonios como parte de la prueba de cargo.

Así, se pregunta la defensa el motivo por el que L. R. y su novio declararon que P.C.N. salió del cuarto diciendo que el acusado había intentado tocarla, si tienen ese deber de lealtad hacia el acusado. Agrega que no se constataron lesiones traumáticas, no obstante que la revisó el médico del Cuerpo Médico Forense, dentro de las veinticuatro horas del hecho. Señala que los tres testigos presenciales, que corroboraron la versión del acusado, dijeron que P.C.N. había bebido mucho, mientras que ella lo negó, lo que afecta su credibilidad. Resalta que los jóvenes –víctima, acusado y L. R.- estuvieron en el garaje para charlar y beber y que luego llegó el novio de la nombrada en último lugar. También, que P.C.N. le dio un beso al acusado y que después vomitó. Que hasta las 4 o 4.30 hs, estuvieron despiertos en el garaje y juntos, siendo E. el primero que ingresó a la casa a ver televisión, habiéndolo hecho P.C.N. a los cinco o diez minutos después.

De tal manera, advierte la defensa, la denunciante no se acostó a dormir una hora u hora y media, como dijo, ni estaba durmiendo en los cinco o diez minutos en que ocurrieron los hechos investigados. Agrega que la testigo S. P. corroboró los dichos del acusado, si bien ella no estaba en el colchón, sino en su habitación.

Esto es, que él dijo «salí, dejé de molestar» y que ella le respondió: «dale, no seas maricón». Destaca que al no saber el doctor Chambella, que es quien colocó los hisopos, a cuál de los cuatro hisopos correspondía la muestra con espermatozoides, en virtud del principio in dubio pro reo, debe considerarse que ese hisopo fue obtenido de la periferia vaginal, no encontrándose probado el acceso carnal. Se agravia también, porque el juez no evaluó las pericias psicológicas de la perito de control, ni los informes licenciada Mathus del Cuerpo Médico Forense, como elementos desincriminantes. Reitera que quien ingresó primero a dormir fue el acusado, mientras que P.C.N. nunca se fue a dormir. Agrega que lo que sucedió, no importó más que cinco o diez minutos, tiempo en el que P.C.N. fue al baño, luego al comedor y le dijo «dale, maricón, no seas maricón».

Luego, se puso el pantalón y salió adonde estaban L. y S.. Aduce que el juez parte de un error, esto es, que P.C.N. estaba dormida, y a la luz de ello analiza todo. Apunta que no se comprobó el abuso sexual con acceso carnal, sino que pudo haber un acercamiento sexual sin penetración. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el señor Procurador General estima que el recurso debe rechazarse. Refiere que el recurso de la defensa intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, insistiendo en su teoría del caso.

Agrega, entre otras consideraciones, que los expertos que examinaron a la víctima determinaron que su relato era creíble y que presentó indicadores específicos de abuso sexual. Sobre la posibilidad de que el abuso sexual investigado sea simple, estima que la víctima refirió que sintió dolor, lo que implica que hubo una penetración del miembro viril en la zona vulvar que antecede a la entrada de la vagina, que produce dolor y ardor. Considera asimismo, que las contradicciones que advierte la perito de control no son medulares.

En función de lo expuesto, concluye en que el recurso interpuesto no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque de la revisión practicada surge que el juez de la instancia anterior asumió debidamente una perspectiva integral en relación a los criterios de valoración contenidos en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

Sobre la perspectiva de género en el proceso penal tuve ocasión de pronunciarme, entre otros, en los precedentes «**Cruz Caporiccio**», «**Brancello Urbón**»; «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; «**Castro Luis**» «**Castillo Ordoñez**»; «**Sosa Ortubia**» y «**Lucero Lorca**»; entendiéndolo aplicables al caso las consideraciones allí expresadas.

De tal modo, el agravio centrado en la credibilidad que se le otorgó al relato de la víctima, no puede prosperar, de conformidad con los parámetros expuestos en los precedentes de este Cuerpo que he citado precedentemente.

En este sentido, he sostenido que esas declaraciones ostentan un valor fundamental en la comprobación de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, en hechos como el presente, en los que la víctima está atravesada por una doble vulnerabilidad, derivada de su condición de mujer y de menor de edad.

Estos aspectos fueron desarrollados por el juez de la instancia anterior, en función de las concretas particularidades de esta causa, justificando así adecuadamente la credibilidad que le confirió. De esta forma, tuvo en cuenta que P.C.N. le contó a su madre del abuso, antes de las veinticuatro horas de sucedido, no obstante que de ello no obtendría beneficio alguno. Por el contrario, afirmó el juzgador, que la menor pudo suponer que ese develamiento significaría un quiebre en la relación con su mejor amiga, de quien el acusado es primo.

Más aún, teniendo en cuenta que la madre de P.C.N. decidió hacer la denuncia inmediatamente. Esta denuncia, así como su declaración en el debate, coinciden con la versión que dio la menor a través de la Cámara Gesell.

A esto se suma que las profesionales en Psicología del EDEEAS que la entrevistaron, no observaron en P.C.N. motivaciones espurias para denunciar, ánimo de venganza, rencor, resentimiento ni odio hacia el acusado. Calificaron su relato como coherente, verosímil y espontáneo, concluyendo en que reunía criterios de credibilidad. En este punto, destacó el sentenciante que ni siquiera la perito de control detectó la presencia de ganancialidad ni influencias externas.

Así, la timidez de P.C.N. y su llanto en ciertos pasajes de su exposición en la Cámara Gesell, le permitieron descartar que el correlato emocional de aquélla fuera artificial, tal como esta profesional dictaminó, en contra de la opinión del resto de las expertas que la examinaron.

Además, se halló material genético –cabezas de espermatozoides– del acusado, en uno de los hisopados que se le hicieron en el Cuerpo Médico Forense, tema sobre el que me explayaré más adelante, por constituir motivo de agravio para la defensa.

En segundo lugar, estimo que el recurso debe ser rechazado, porque la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de los vicios que le endilga la defensa ni de arbitrariedad alguna.

En efecto, el juez de la instancia previa se basó en las pruebas reunidas, que valoró de manera integral,

según las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no pudo demostrar.

Así, analizó la prueba instrumental, informes y pericias, tanto de los organismos oficiales como de la perito de control, así como la declaración de la víctima en Cámara Gesell y los testimonios de la madre de aquella. También, los dichos de L. R., su madre y novio, así como los de los profesionales de la salud – psicólogos, médico, bioquímico– que intervinieron en el caso, justificando el motivo por el que los consideró fiables o no.

En este sentido, debe señalarse que el juez de la instancia previa justificó la inexistencia de lesiones en P.C.N., sobre la base de lo declarado por el médico Chambella del Cuerpo Médico Forense.

Este médico dijo en la audiencia del 13 de septiembre de 2020, que un abuso sexual como el investigado en autos no es incompatible con la ausencia de lesiones que él verificó al examinar a la víctima, dado que ya había tenido relaciones sexuales.

Por el contrario, el dolor y ardor que P.C.N. manifestó haber sentido luego del abuso y le transmitió a su madre, no necesariamente deben provenir de una lesión, sino que constituyen indicios, junto con las otras probanzas incorporadas, de la introducción del miembro viril del acusado en la apertura vulvar de la menor, zona ésta que antecede a la vagina, configurando un coito vestibular.

De esta forma, queda descartado el agravio relativo a la errónea calificación legal que se le dio a los hechos, así como el requerimiento defensivo en el sentido de que sean encuadrados en subsidio, en el delito de abuso sexual simple.

Por su parte, las contradicciones que la defensa apunta, algunas con base en el dictamen de la perito de control, no se refieren a elementos esenciales en orden a la configuración del delito objeto de esta causa. En efecto, carecen de decisividad para modificar la condena pronunciada, frente al cuadro probatorio reunido, si P.C.N. escuchó o no a su amiga L., decirle que la esperara antes de irse a dormir.

O bien, si cuando se despertó sintió «que no tenía el pantalón» o si, por el contrario, «se subió el pantalón». También resulta intrascendente, si había mantenido conversaciones por WhatsApp o no, con el acusado, antes del hecho denunciado.

Además de la ya señalada falta de relevancia, estos aspectos fueron dilucidados por el juzgador de la instancia previa en los fundamentos, sin que la defensa refute debidamente los argumentos que, en este sentido, brindó.

Lo mismo ocurrió con los testigos propuestos por la defensa, quienes afirmaron por ejemplo, que primero ingresó a dormir el acusado y no P.C.N. quien, antes de ello, había bebido alcohol en exceso, estaba descompuesta y vomitó.

Asimismo, dijeron que se había mostrado «cargosa» con el acusado, llegando incluso a besarlo y que, luego del presunto abuso, le dijo a sus amigos L. y S., que el acusado solamente había intentado tocarla.

Respecto de la valoración de sus declaraciones, se debe desestimar la crítica referida a que el sentenciante no los consideró enteramente creíbles pero, sin embargo se basó en parte de sus dichos, para condenar.

Ello, toda vez que no se advierte la incoherencia que señala el recurrente. En efecto, ningún precepto legal impide al juzgador considerar, en una declaración testimonial, qué aspectos de la misma son eficaces y cuáles no para determinar cómo ocurrieron los acontecimientos.

Por tanto, la valoración en un sentido o en otro, de las distintas manifestaciones que contienen los testimonios citados, no implica que los mismos deban ser considerados en su totalidad como veraces o no, sin poder separar los distintos aspectos a que se refieren y valorarlos de esa manera, según he dicho con anterioridad (ver, al respecto, «**Dimatteo Luna**» y LS 265-436, 304-280).

Además, no obstante que los tres testigos que se encontraban en otras dependencias de la casa donde

tuvo lugar el abuso sexual, declararon en forma conclusión, los informes psicológicos del acusado que determinan que no posee disfunciones compatibles con las de un abusador de índole sexual. Dicho en otras palabras, los agravios vertidos por la defensa constituyen sino una discrepancia con el criterio valorativo del juez de la instancia previa, lo que se erige en un motivo más que impide que el recurso sea acogido.

Resta consignar que no se ha verificado la existencia de un error en la subsunción legal de los hechos constatados, así como que tampoco procede la absolución por la duda del acusado, solicitada por su defensa. Ello toda vez que, al resultar la motivación ajustada a derecho y no surgir el estado intelectual de duda que legitima su aplicación, esa decisión no es factible, según la jurisprudencia reiterada de esta Sala (ver, al respecto, «**Cruz López**», entre muchos) y de conformidad con los lineamientos brindados por la Corte Federal (ver, Fallos 343:1181).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado C. P., comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial de la impugnación.

En relación con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos.

Así, me remito, en lo pertinente, a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros. Por las razones expuestas estimo que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de L. E. C. P..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 30 de agosto de 2023.-

36- ALVAREZ P. D. 04-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	FS	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230904_FcAPD.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 16 de la ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual simple. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima. Testigo único. Sargento. Moobing laboral. Declaración del imputado. Amplitud probatoria. Perfil del abusador sexual. Mitos.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119 primer párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1514, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
- Di Cesare. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Acuña.
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- G. Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Yerquin. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcYBS.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Lago Prima. 16-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf
- Vargas Vergara. 21-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220321_FcVVA.pdf
- Contrera Robledo. 27-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcCRF.pdf
- Contrera Robledo. 22-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf
- Sea R.. 23-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220323_FcSRJ.pdf
- Molina Colodro. 25-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcMCF.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Gutierrez Farfán. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGutierrez.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

b-CIDH

- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es

- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 16-11-09:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Doctrina citada

GONZÁLEZ, E. y otras. Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6- 14. Chile.

REDONDO ILLESCAS, S. Y GARRIDO GENOVÉS, V. Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04962386-5/1((038601-19708)) FC/ ALVAREZ PABLO DARIO P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (19708) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105132414*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 04962386-5/1 caratulada "F. C/ A., P. D. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE S/ CASACIÓN". En las presentes actuaciones, la defensa de P. D. A. G. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.514, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119 primer párrafo del CP) en causa n° P-19.708/16.

De conformidad con lo determinado en la audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado en la causa n° P- 19.708/16 que «[...] el día 26 de julio de 2015, siendo las 1:30 hs. aproximadamente, en oportunidad que la víctima D.E.A.C. se encontraba acostada en uno de los cuartos de guardia del cuartel de bomberos de la zona este, ubicado en calle [...], departamento de Junín, P. A., Sargento 1° P.P. ingresó al cuarto, se acercó a la víctima y le tocó los pechos con las manos por arriba de la ropa».

Para así resolver, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima D.E.A.C., del Auxiliar Primero H. G., del Sub comisario A. M., de la licenciada N. A. del Cuerpo Médico Forense (CMF), del licenciado M. J. G., el informe psicológico realizado a D.E.A.C. del CMF, y demás elementos de juicio incorporados al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por entender que existen vicios de procedimiento. En este sentido, sostiene que el juez de la instancia anterior al realizar la tarea valorativa de la prueba incorporada al debate, aplicó de manera incorrecta los principios de la lógica jurídica.

Asegura que el sentenciante se alejó de los principios básicos de raigambre constitucional e internacional al otorgarle validez absoluta a determinadas pruebas de cargo.

Destaca que la asunción de tal postura fue aún cuando el Ministerio Público Fiscal se abstuvo de acusar. Asegura que la sentencia cuestionada no demostró el grado de certeza exigido es este estado procesal, a fin de que su asistido pierda el estado jurídico de inocencia que le brinda la Constitución Nacional.

De este modo, refiere que el juez de la instancia anterior al analizar las distintas declaraciones testimoniales brindadas durante el debate, no consideró los aspectos de estos relatos que no le daban veracidad a los dichos de la denunciante.

Sostiene que el sentenciante sólo le otorgó relevancia al testimonio de la supuesta víctima, D.E.A.C., a la cual le atribuyó una comprobación científica a fin de darle mayor grado de certeza. Señala que el juez de sentencia no tuvo presente en ningún momento el relato de los hechos brindado por el acusado A..

Refiere que la ampliación de la **declaración del acusado** es un medio de defensa material, que puede servir como un elemento de convicción para el juzgador y proporcionar fuentes de prueba, a favor o en contra del acusado.

Se agravia por cuanto el sentenciante no le atribuyó valor probatorio a la pericia que realizó el médico C. S. al acusado.

Señala que este profesional, actualmente jubilado, es un ex miembro del CMF. Destaca que en las conclusiones de esta pericia se refiere que A. no posee indicadores de desviaciones ni intereses incrementados en el área de la esfera sexual.

Entiende que el juez de sentencia buscó restarle valor probatorio a esta prueba donde se concluye que el área sexual del acusado A. no se encontraba afectada, con referencia a que se trata de un **moobing laboral**, aspecto que no fue tratado durante el debate.

Sostiene que en el presente hecho, no hubo testigos presenciales y, por lo tanto, el relato de las partes es de vital importancia. Por ello, entiende que la omisión de valorar el informe psicológico realizado al acusado, el cual tiene el mismo valor que el realizado a D.E.A.C., afecta el principio de igualdad ante la ley establecido en el art. 16 de la CN.

Señala que los tratados internacionales con jerarquía constitucional deben interpretarse de manera armónica, y no hacer prevalecer unos sobre otros.

Asegura que la licenciada A., quien intervino en la elaboración del examen psicológico de D.E.A.C., en su exposición aclaró que el hecho de que una persona tenga un **relato creíble**, no implica que sea verídico, puesto que los absolutismos no existen.

Destaca que al interrogar a la referida profesional respecto a las técnicas utilizadas para concluir sobre la existencia de abuso sexual, ésta manifestó que no obtuvo este conocimiento a través de las técnicas o test que comúnmente se utilizan, sino a partir del relato de la supuesta víctima.

Aclara que la misma respuesta obtuvo al preguntarle sobre los indicadores que presentaba D.E.A.C. de haber vivido un episodio de contenido sexual.

Agrega que la profesional manifestó que de acuerdo a los altos niveles de resonancia afectiva que registraba la supuesta víctima, entendía que existía una combinación de factores, que podía ser el tocamiento sufrido o bien otro factor del ámbito laboral, que la llevó a tener estas secuelas psicológicas.

Respecto a este último aspecto, señala que tanto el Ministerio Público Fiscal, como el sentenciante, advirtieron que el grado de afectación psíquica que presentaba D.E.A.C., aún después de tres años de acontecido el hecho, resultaba incompatible con un simple tocamiento.

Con base en lo expuesto, concluye que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas se encuentran alcanzadas por el principio de la duda que favorece al acusado P. D. A.. En función de ello, solicita haga lugar al recurso interpuesto y se ordene el dictado de una nueva sentencia.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de contestar la vista conferida, el Procurador considera que el recurso interpuesto por la defensa no resulta sustancialmente procedente.

En este sentido, sostiene que frente a un caso de violencia contra la mujer, es necesario analizar el caso con perspectiva de género. Destaca que la jurisprudencia nacional e internacional ha sostenido el valor

del testimonio único aportado por la víctima.

Señala que el sentenciante privilegió el testimonio de D.E.A.C., el que fue corroborado por testigos indirectos, pruebas objetivas e indicios.

En virtud de lo expuesto, concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

De tal manera, entiende que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

a.- Previo ingresar al análisis de los elementos de juicio que dieron sustento a la solución condenatoria adoptada por el sentenciante, entiendo necesario destacar que el análisis integral de las presentes actuaciones permiten comprobar que la causa en tratamiento aparece enmarcada dentro de un claro supuesto de violencia de género.

En este sentido, debe tenerse presente los estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

Al respecto me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que señalé la importancia de partir en el análisis de hechos, en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Concha, Jesús»**, **«Alaniz Pineira»**, **«Reyes Cortelezzi»**, **«Di Césare»**, **«Acuña»**, entre otros).

Asimismo, en el pronunciamiento en **pleno «Hisa»** hice referencia al estándar punto de partida del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso **«Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México»** y **«Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»**; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Además, se trata de una especie de conducta delictiva cuya comisión se desarrolla habitualmente en ámbitos de absoluta privacidad, es decir, en ausencia de otras personas.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de ellas constituye un elemento de prueba fundamental en la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la persona señalada por la víctima como penalmente responsable de su comisión.

En este sentido, en numerosos precedentes he destacado que la violencia ejercida contra las mujeres en

razón de su género ha merecido un especial amparo a nivel nacional como supranacional, en donde se ha establecido la importancia del testimonio de la víctima, como así también, la necesaria perspectiva de género en la interpretación de todos los elementos de juicio incorporados al proceso (ver «**Galdeano Reyes**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente «**González Sosa**», «**Scifo Ruffini**», entre otros).

A su vez, en el precedente «**Alaniz Pineira**» señalé, en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, que «[...] para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Agregué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este orden, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una **cultura patriarcal** que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)» (ver, al respecto, «**Concha, Jesús**»).

Sentado lo que antecede, analizaré los cuestionamientos de la defensa en relación con la valoración de las pruebas por parte del tribunal de la instancia previa. Como explicaré, considero que la sentencia en crisis se encuentra debidamente motivada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional y con perspectiva de género. Veamos.

b.- Conforme a los conceptos referidos en el punto anterior, debe señalarse que el juez de la instancia anterior valoró la prueba de la causa de acuerdo con los estándares internacionales y regionales referidos. De este modo, el juez de sentencia entendió que «[juzgar con] perspectiva de género, es considerar como prueba contundente y eficaz la declaración de la víctima por cuanto son hechos privados que en general, se producen siempre en un ámbito de clandestinidad absoluta» (ver, fundamentos p. 5).

Por ello, sostuvo que «[...] es suficiente su propia declaración [de D.E.A.C.] y la comprobación científica de que no fabula ni basa sus versiones en supersticiones, chismes o quimeras. Que sus afirmaciones no surgen de imaginaciones ni de ilusos delirios» (ver, fundamentos p. 8).

A ello, agregó que los testigos H. G. y A. M., quienes desempeñaban su función en el mismo lugar que D.E.A.C., coincidieron al declarar que ésta les manifestó la situación de abuso vivenciada. El primero de los nombrados sostuvo que el día del hecho observó a la víctima muy nerviosa y con los ojos llenos de lágrimas.

Explicó que D.E.A.C le pidió que no la dejara sola porque tenía miedo y agregó que muchas veces escuchó que ésta y el acusado se gritaban y que la relación entre ambos no era buena. Por su parte, M. agregó que como consecuencia de lo manifestado por D.E.A.C., dispuso la separación por «sexo» –entiéndase con ello «género»– de las habitaciones destinadas al descanso (ver, fundamentos p. 3).

Ahora bien, la defensa frente a los argumentos precedentemente referidos, no articula argumentos adecuados que demuestren qué aspecto del razonamiento del juzgador ha sido arbitrario, por ilógico o

por omisión de abordaje de puntos relevantes de la causa.

En efecto, el recurrente dirige principalmente sus agravios a supuestas omisiones del juez de sentencia en la tarea valorativa de la prueba, las que –según su criterio– de haberlas considerado habrían llevado a una solución absolutoria por el beneficio de la duda.

Así, la defensa cuestiona que el juez de la instancia anterior no valoró adecuadamente las conclusiones del médico C. S., perito de control, quien sostuvo que A. no posee indicadores de desviaciones ni intereses incrementados en el área de la esfera sexual.

Agrega que frente a estas conclusiones –y para justificar la causa de la conducta del acusado– el juez de sentencia hizo referencia a que se trataba de un caso de moobing, aspecto que no fue tratado durante el debate.

Entiendo que los argumentos esgrimidos por la defensa no pueden prosperar. Ello, por cuanto –según entiendo– las conclusiones del mencionado profesional sobre el perfil psicológico del acusado, no tiene la relevancia probatoria que pretende el censurante. En este sentido, en el **precedente «González Pringles»** me he pronunciado sobre los conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual.

Señalé en tal oportunidad, que entre los principales **mitos** de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos comenten este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí en este aspecto que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de prejuicios equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que pueden restringir los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. En otras palabras, no es necesario tener por acreditado ningún perfil psicológico particular por parte de personas acusadas para poder considerarlos autores de abusos sexuales.

En este sentido, sostuve en el **precedente «Yerkin»** que «[...] existe una amplia discusión en relación con establecer un perfil del abusador sexual, por lo que a partir de modelos teóricos unifactoriales, multifactoriales y de una interacción entre distintos factores, se hace referencia a características y factores asociados sin caer en generalizaciones, y se afirma que «[l]os abusadores sexuales son heterogéneos en las características de personalidad y psicopatología. Pueden o no tener trastorno de personalidad» (**González, E. y otras. Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6- 14. Chile**).

En igual sentido, investigaciones criminológicas empíricas de varones condenados por delitos sexuales indican que no se pretende realizar clasificaciones de tipologías de violadores sino una categorización de situaciones donde un eventual autor se encuentra con una víctima potencial.

Se ejemplifica con una investigación española sobre sujetos condenados en prisión por violación, el 70 % negaron los delitos, «la mayoría no presentaban clínicamente patologías», tenían pocos antecedentes penales y presentaban más participación laboral que otros condenados (**Redondo Illescas, S. y Garrido Genovés, V. Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714**).».

Además, debe señalarse que la defensa no explica de qué manera la interpretación pretendida del aludido elemento de prueba, hubiese variado el sentido de la decisión final frente al acerbo probatorio analizado. Por las mismas razones, no puede prosperar la pretendida omisión por parte del sentenciante de valorar la versión de los hechos brindada por el acusado A..

En este sentido, debe señalarse que el sentenciante luego de transcribir lo declarado por A. –quien negó el hecho que se le atribuyó– desestimó su relato a partir de la valoración de los distintos elementos de juicio –en particular el testimonio de D.E.A.C.– bajo los criterios de interpretación que la temática demanda, los que no han logrado ser rebatidos por la defensa en esta instancia.

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado con la labor profesional desarrollada por la licenciada A. del CMF, en tanto entiende que sus conclusiones sobre los criterios de credibilidad en el relato de la supuesta víctima, no se derivaron de la aplicación de las técnicas aplicables al caso, sino sólo del relato de D.E.A.C. Al respecto, debe señalarse que tales afirmaciones no se desprenden de las constancias de la causa. De este modo, la referida profesional –al ser interrogada por la defensa por los métodos utilizados en el examen psicológico realizado a la víctima–, hizo referencia a la entrevista como una de las técnicas más utilizadas (ver, a partir del minuto 20:56).

Ello no implica desconocer los otros métodos descriptos en el informe psicológico realizado a D.E.A.C.. En este orden, el representante de la querellante particular, frente al interrogatorio que la defensa realizó a D.E.A.C. en este punto, describió las técnicas utilizadas por los profesionales del CMF para llegar a las conclusiones sobre los criterios de credibilidad en el relato de D.E.A.C. (ver, minuto 19:42).

Por otro lado, la defensa a partir del grado de afectación psíquica que presentó D.E.A.C. al momento de realizarse el debate, la que considera incompatible con un simple tocamiento, pretende restarle credibilidad a su relato. Entiendo que este agravio no puede tener recibo en esta instancia.

Así, y no obstante su falta de incidencia frente al sólido cúmulo probatorio analizado, la licenciada A. aclaró que el hecho del abuso suscitó en D.E.A.C. consecuencias socio-ambientales que, a veces, son más importantes que el propio hecho.

Agregó que la resonancia afectiva por un hecho de violencia, independientemente de su entidad, depende de la estructura psíquica de cada persona. Por ello, la referida profesional sostuvo que no se puede hablar de resonancia afectiva normal o anormal (ver, a partir del minuto 9:38 y minuto 32:07).

En razón de ello, el sentenciante sostuvo que «[I] a angustia no deriva del solo hecho del tocamiento sino de su combinación con otros factores. Es multicausal» (ver, fundamentos p. 6 y 7).

En definitiva, la defensa pretende una solución distinta a la que llegó el sentenciante sobre la base de un análisis de los elementos de prueba propio de la posición que representa.

Según entiendo, estos argumentos carecen de razón suficiente como para desvirtuar los fundamentos con los que el sentenciante tuvo por corroborado el objeto de conocimiento y justificó la calificación impuesta a los hechos.

Con base a lo expuesto, y como adelantara, corresponde desestimar los agravios vinculados con la valoración de la prueba en la presente causa, en tanto no se verifican los vicios alegados.

En consecuencia, debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Adhiero a la solución que brinda mi colega de Sala a la primera cuestión propuesta al acuerdo.

Respecto de los lineamientos que deben ser observados al momento de valorar los elementos de prueba

con perspectiva de género, entiendo oportuno remitirme, en lo que resulta aplicable al presente, al desarrollo realizado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros.

En función de ello, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de P. D. A. González.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.-

37- CALDERON BELLO. 27-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcCBA.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f, 55 del CP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Convivencia. Contexto familiar. Cámara Gesell.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, y abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real agravado por la convivencia preexistente con la víctima menor de edad, padrastro de la niña.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP). Cuestiona: a.- Que la Cámara Gesell es nula porque no intervino – fue notificada-la defensa oficial en salvaguarda de los derechos del acusado (art. 18 del CN). b.- Que la sentencia es nula por valoración parcial de corpus probatorio y por fundamentación aparente. c- La omisión de análisis de pruebas.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2788, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tapia Castillo. 14-06-22. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_FcTcJ.pdf
- Tapia Castillo. 21-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcTcJ.pdf
- Baltazar Cruz. 25-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220425_FcBCH.pdf
- Silva Segovia. 10-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSJ.pdf
- Yerkin. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcYBS.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Lorente.

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Mamaní Navarro. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcMNM.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf

- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

b-CIDH

- V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Favela Nova Brasilia vs. Brasil. 16-02-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Lago Prima. 16-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf
- Vargas Vergara. 21-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220321_FcVVA.pdf
- Contrera Robledo. 27-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210827_FcCRF.pdf
- Contrera Robledo. 22-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf
- Sea R.. 23-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220323_FcSRJ.pdf
- Molina Colodro. 25-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210825_FcMCF.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Gutiérrez Farfán. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGutierrez.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>

Parágrafos destacados

“...Sentado cuanto antecede, considero que no se desconoció el principio 3 de la «**Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos**» que establece el deber de «[a]segurar la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas», en razón que se respetaron los tres sub principios que contiene, a saber: compatibilización de las garantías del imputado y los derechos de la víctima, protección contra todo perjuicio que pueda causar el proceso de justicia y medios de ayuda para facilitar el testimonio de la niña, niño y adolescente (BERLINERBLAU, V., NINO, M. y VIOLA, S. *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos: Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*. 1ª ed. 2013. pp. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07128332-6/1((038601-69458)) FC/ CALDERON BELLO ALEXANDER W. POR ABUSO SEXUAL (69458) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106296646*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-07128332-6/1** caratulada **“F. c/ C. B., A. W. P/ABUSO SEXUAL (69.458) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de A. W. C. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.788, y sus fundamentos, emitida por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa n° P-69.458/21, a la pena de ocho años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, y abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real agravado por la convivencia preexistente con la víctima menor de edad (arts. 119, segundo y tercer párrafo en función con el cuarto párrafo letra f, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP; arts. 557 y 558 del CPP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada la jueza de la instancia anterior consideró acreditados los siguientes hechos motivo de acusación: *«[q]ue sin poder precisar fecha exacta, aproximadamente desde el año 2010, en circunstancias en que la menor C.G.P.S. vivía junto a su padrastro, A. W. C. B. en una vivienda en calle ..., Mendoza, y en oportunidad en que su progenitora no se encontraba en el domicilio, C. hacía que la menor le tocara su pene, a veces por arriba del calzoncillo y a veces por debajo del mismo. Posteriormente, aproximadamente en el año 2014, el nombrado le metía la mano en la vagina, le metía los dedos y le tocaba los pechos, hasta que un día la accedió carnalmente provocando que la menor sangrara, situación que se repitió en reiteradas oportunidades. Luego, y en circunstancias en que la víctima residía junto con C. y la familia en Barrio..., en calle ..., aproximadamente en diez oportunidades C. la accedió carnalmente, hasta que el día 9 de julio de 2021 la manoseó y le introdujo los dedos en la vagina»* (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 08:01 hasta 09:11).

Para así decidir, la sentenciante valoró el relato de la menor

brindado en Cámara Gesell, la declaración del acusado en la audiencia, informes psíquicos y físicos de la menor, informe psíquico de C. B., demás pruebas instrumentales y testimoniales incorporadas al debate (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 20:34).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación conforme el art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la sentencia es arbitraria, por interpretación y aplicación errónea de normas procesales penales,

fundamentación en prueba nula, aparente y parcial de elementos probatorios, y no ajustarse a las reglas de la sana crítica racional.

a.- Refiere que la Cámara Gesell es nula porque no intervino la defensa oficial en salvaguarda de los derechos del acusado (art. 18 del CN).

Afirma que el argumento de la juzgadora en cuanto el defensor oficial estuvo notificado no garantizó el derecho de defensa del acusado, porque en el expediente del sistema informático del Ministerio Público, documento 46, surgió una atestación sin fecha ni firma que indicaba la presencia de una defensora vía Skype en oportunidad de la Cámara Gesell, que no obra en el expediente en soporte papel lo que pone en duda su autenticidad.

Indica que el interrogatorio utilizado por la profesional de EdeAAS fue por demás capcioso, y no se realizó una reformulación de pregunta con profundidad ante respuestas de la menor, lo que pudo haberse resuelto de haber estado presente la defensa.

Agrega que la sentenciante no tuvo en cuenta que la producción de prueba en Cámara Gesell debió ajustarse al principio n° 3 de la «Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos», que hace referencia a que el acusado debe ser adecuadamente notificado de dicha entrevista de declaración, por lo que la prueba es nula de nulidad absoluta.

b.- La defensa critica, la sentencia por valoración parcial de corpus probatorio y por fundamentación aparente.

Al respecto afirma que, más allá de la nulidad de la Cámara Gesell, la juzgadora al ponderar el relato de la niña no analizó respuestas evasivas en cuanto a circunstancias de tiempo y lugar, ya que la profesional del EdeAAS no le preguntó, por ejemplo, cómo hacía el acusado para violentarla en la noche en un único dormitorio compartido con nueve personas –siete menores de edad y dos adultos– y cómo hacía para abusarla en la siesta cuando estaba en el colegio y el acusado en su lugar de trabajo.

Cuestiona la sentencia porque le confirió credibilidad a la declaración de la menor con apoyo parcial en las pruebas psicológicas y sostuvo ausencia de ganancialidad en el relato de la víctima, a pesar que se acreditó con la testimonial de la abuela paterna, del progenitor y de la progenitora que estaba cansada de ser la fregona de la casa y quería salir, y que cuando estuvo a cargo de la abuela paterna comenzó a quedarse en la casa de su novio hasta que se radicó definitivamente con él, situación que fue desconocida por el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) y ocultada por la abuela y padre biológico de la víctima.

c.- La defensa denuncia omisión de análisis de pruebas.

Refiere que no se valoró en la sentencia el examen físico de la menor que informó acerca de la inexistencia de signos recientes compatibles con el hecho investigado, el informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas que concluyó con un resultado negativo, y el examen psíquico del acusado, en cuanto no presentaba tendencia a la fabulación o mitomanía.

En función de lo referido, solicita se deje sin efecto la sentencia, se absuelva al acusado y se revoquen las medidas impuestas en su contra. En subsidio, peticona se disponga la realización de un nuevo debate para producir nuevamente la prueba en Cámara Gesell.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General expresa que, si bien procede formalmente el recurso de casación planteado, corresponde su desestimación sustancial porque la sentencia es sólida y fue acertadamente fundada.

Destaca, en relación con lo cuestionado por la defensa, que el defensor oficial de C. B. fue debidamente notificado de la audiencia de Cámara Gesell.

Agrega que se argumentó que en la entrevista preliminar y en la post Gesell las personas que intervinieron no tenían interés en la causa, y que la niña fue asistida por la asesora de menores. Asimismo, en la entrevista post Gesell se dispuso de la videograbación, intervino un perito de control y presentó un informe que se incorporó como prueba instrumental por la defensa, quien también ofreció como prueba los informes de los profesionales del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales (EdeAAS).

Indica que la legitimidad de la prueba surge del análisis efectuado por parte de la defensa, por lo que no advierte cuál es el perjuicio concreto sufrido por el acusado con motivo de la nulidad que pretende.

Señala que la sentencia no es arbitraria porque se valoró el testimonio de la víctima brindado en Cámara Gesell, junto con el prestado por los profesionales de distintos efectores que la entrevistaron y a sus familiares. Así, la juzgadora destacó que el relato de la niña fue minucioso, detallado, claro, consistente, coherente y reunía criterios de credibilidad, y descartó cualquier fin ganancial.

Expone que las licenciadas Yamila Díaz y Molina, profesionales del EdeAAS que intervinieron en las diversas instancias del abordaje a la menor, declararon acerca de indicadores para sostener la credibilidad del relato de la niña, y que también se analizó el informe presentado por la Lic. Pamela Monet para contrarrestar las discrepancias respecto de los criterios de credibilidad con el resto de las pruebas antes analizadas.

Expresa que se explicó, con apoyo en las manifestaciones de la profesional del ETI, que el cambio de actitud de la madre con posterioridad a la denuncia obedeció a que el acusado era el sostén familiar, lo que se corroboró con las entrevistas colaterales que motivaron las medidas de protección para que no influenciaran a la niña hacia una retractación inducida.

Por último, destaca que los resultados negativos del examen físico y cotejo de ADN no impactaron negativamente en la convicción de la sentenciante, en tanto explicó que la niña presentaba desgarramiento de himen de antigua data y que el último hecho consistió en tocamientos e introducción digital, por lo que los resultados obtenidos fueron compatibles con el suceso narrado.

Por todo lo expuesto, estima que la sentencia cuestionada debe convalidarse en esta instancia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa técnica de C. B., anticipo opinión en el sentido que no puede admitirse sustancialmente.

Ello, en razón que en la sentencia cuestionada se observaron las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración de las pruebas recibidas en la audiencia y estándares en materia de abusos sexuales a niñas, niños y adolescentes en contexto familiar y por razones de género.

a- Marco normativo internacional y nacional de protección de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales en contexto familiar

a.- Previo a todo, y de conformidad con los hechos contenidos en la acusación y delitos penales por los que fue condenado el acusado, procederé a la revisión de los agravios a partir de la aplicación del marco normativo internacional y nacional de protección de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias sexuales en contexto familiar, establecido en anteriores precedentes que se sustentaron en jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) basada en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención

Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la Mujer –Convención de *Belém do Pará*– entre otras (véase, por ejemplo, «**Paz Parra**», «**Agüero Pérez**», «**Tapia Castillo**», «**Baltazar Cruz**», «**Silva Segovia**», «**Yerkin**», entre otros).

De modo entonces que el análisis de las argumentaciones defensivas se canalizarán a fin de demostrar que la sentencia en crisis, al juzgar los hechos contenidos en la acusación, cumplió con el deber de debida diligencia reforzada, juzgó con perspectiva de género, y siguió las medidas integrales de protección especial en procesos penales por violencia sexual en perjuicio de la menor C.G.P.S. y el deber de no revictimización institucional hacia ella (cfr. **Corte IDH. «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua»**. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 139 y 153).

Ello, con el resguardo del principio de inocencia en juicio del acusado y sin perder de vista que los hechos acontecieron en contexto familiar y en una relación asimétrica y desigual de poder etaria y de género, como expondré seguidamente.

Pues, en el fallo de la Corte IDH citado se subraya la aplicación de los estándares internacionales en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, y en particular, *de un enfoque interseccional por la condición de género y la edad en situaciones de niñas víctimas de violencia sexual en contexto familiar* (párrafos 154/155).

Se destaca también que las medidas de protección especial en la esfera familiar se sustenta en la condición de vulnerabilidad por la edad y en factores de discriminación histórica, de las que derivan –conforme el **art. 19 de la Convención Americana**– «[...] *garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto*» (párrafos 156 y 158).

De ahí que el deber de debida diligencia reforzada y el derecho de acceso a la justicia a la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales, no se cumplen sólo con la admisión de la denuncia, sino que implica también la participación activa, el derecho a ser oída/o «[...] *con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez*» (Corte IDH. «**Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua**». Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161).

Esto, porque la violencia sexual en niñas, niños y adolescentes, «[...] *es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas*» (párr. 163; cfr. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y **Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil**, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255).

b- Cámara Gesell

b.- La defensa refiere que la Cámara Gesell realizada a la menor es nula de nulidad absoluta porque no intervino el defensor oficial, no se realizó una adecuada notificación según lineamientos de «Guías de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos» –principio 3–, y el interrogatorio utilizado por profesionales del EdeAAS fue capcioso e insuficiente conforme las respuestas de la menor. No comparto estos argumentos.

En efecto, estimo que asiste razón a la jueza de la instancia previa al resolver el incidente de nulidad planteado por la defensa técnica durante los alegatos en relación con la declaración de la menor brindada

en Cámara Gesell, en tanto afirmó que correspondía su rechazo por haber verificado que la realización de la audiencia en Cámara Gesell **fue notificada en debida forma al defensor oficial**.

Agregó que la declaración cuestionada fue precedida de una entrevista preliminar y una post Gesell en la que intervinieron profesionales que no tenían conocimiento ni interés en la causa, que las preguntas formuladas a la menor no estuvieron direccionadas en ningún momento.

Asimismo, que estuvo presente **la asesora de menores**, y al estar filmada en un video fue controlada por la defensa quien presentó un informe crítico con una especialista de su confianza, y también participó de la entrevista post Gesell a través de **una perito de control** de parte conforme surge de la prueba instrumental ofrecida. También argumentó la juzgadora: *«el niño, niña o adolescente es un sujeto prevalente de derecho y su interés superior prevalece frente a cualquier otro, [...] el dispositivo de Cámara Gesell es una medida tendiente a mediatizar la difícil experiencia para la niña de declarar ante un tribunal en la presencia de personas desconocidas y sabiéndose observada por quien tiene por su agresor. Esa mediatización profesional y de ambiente colaboran para facilitar el discurso infantil, con altas probabilidades de hacerlo posible»* (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 03:10).

A lo expuesto, la sentenciante sostuvo, también de manera acertada, que la defensa ejerció el control de las declaraciones de las profesionales del EdeAAS que realizaron la entrevista a C.G.P.S., tanto en la entrevista preliminar como en Cámara Gesell y post Gesell, la ofreció como prueba instrumental y la valoró en los alegatos con pretensión de su nulidad y exclusión probatoria en contra de sus propios actos (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 06:54 y alegatos de la defensa en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, a partir del minuto 45:18).

Por otro lado, de la compulsa de constancias informáticas del expte. P-69.458/21, advierto que en el documento n° 46 se incorporó la constancia que expresa: *«[s]e deja constancia que el día 16 de Julio de 2021 a las 10:00 horas se llevó a cabo audiencia en Cámara Gesell, en sede del EDEAAS, con la menor C.G.P.S., en presencia del Fiscal de Instrucción Dr. Martín Scattareggi, vía skype la Defensa, Dra. Blanco Ana María y la Asesora Dra. Natalia Juan. Que es todo cuanto tiene que hacer constar»*.

Asimismo, en el documento n° 49 del sistema informático se incorporó la desgrabación de la entrevista realizada en Cámara Gesell en fecha 16 de julio de 2021, se notificó a la perito de control y a la defensa la pericia post Gesell –ver documentos n° 70 a 75– y se ofreció como prueba instrumental por la defensa la desgrabación de la Cámara Gesell, documento 49 –ver punto I. e, en documento n° 61, identificador MERMU281526 del sistema informático–.

Ello así, la audiencia en Cámara Gesell en que se entrevistó a C.G.P.S. fue notificada a la defensora oficial, luego ofrecida como prueba por la defensa particular de C. B., controlada y analizada en el informe presentado por la perito de parte Lic. Pamela Monett, quien no cuestionó el procedimiento de evaluación realizado en Cámara Gesell. E, incluso, en la audiencia de debate pudo interrogar ampliamente a las profesionales del EdeAAS que intervinieron en todo el proceso de evaluación de la menor, licenciadas Yamila Díaz y Molina (ver registro audiovisual de audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 20:05).

De tal manera que se respetaron las garantías constitucionales del debido proceso legal y del acusado, como también, se aplicaron los estándares internacionales de niñas, niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales intrafamiliares.

Sentado cuanto antecede, considero que no se desconoció el principio 3 de la **«Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos»** que

establece el deber de «[a]segurar la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas», en razón que se respetaron los tres sub principios que contiene, a saber: compatibilización de las garantías del imputado y los derechos de la víctima, protección contra todo perjuicio que pueda causar el proceso de justicia y medios de ayuda para facilitar el testimonio de la niña, niño y adolescente (BERLINERBLAU, V., NINO, M. y VIOLA, S. *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos: Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*. 1ª ed. 2013. pp. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

A lo expresado, cabe agregar la jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, en cuanto sostiene que el sistema procesal penal vigente «no admite la declaración de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad **evitar el establecimiento de nulidades puramente formales**, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquel interés» (ver, por ejemplo, «Llorente»).

Con todo lo dicho, los agravios analizados deben desestimarse.

c- Valoración de la prueba. Relato de la niña.

c.- Ahora bien, la crítica defensiva de la valoración efectuada en la sentencia del relato de la niña brindado en Cámara Gesell cuestiona la falta de análisis de lo que considera evasivas de circunstancias de tiempo y lugar por parte de aquélla, y porque la sentenciante afirmó que no existía ganancialidad en su testimonio, sin ponderar declaraciones de la abuela paterna, progenitor y progenitora que manifestaron que la menor estaba cansada de ser la fregona y se quería ir de la casa.

Al respecto, luego de argumentarse sobre la metodología de análisis de las pruebas incorporadas al debate según la sana crítica racional, la perspectiva de género, el interés superior de la niña a la luz de las convenciones internacionales, y ley 26.485 en materia de violencia sexual contra mujeres por razón de su género, en la sentencia la jueza de la instancia anterior subrayó la relevancia de la aplicación del estándar probatorio previsto en el art. 16 de la ley mencionada en el contexto familiar y la edad de la niña con respecto al acusado a la época en que ocurrieron los hechos investigados.

En tal sentido, la juzgadora analizó el relato de la menor a través de la reconstrucción de su declaración registrada en la videograbación de Cámara Gesell, y afirmó que «*fue claro, consistente, coherente, tuvo detalles explícitos sexuales de contexto y tuvo coherencia interna [...] obtuve la impresión de la veracidad de sus afirmaciones por la repercusión emotiva que evidenció con detalles de contexto y la persistencia de su relato, descartándose cualquier fin ganancial en el mismo. Por el contrario, noté y advertí que evidenciaba dolor y mucha vergüenza, de su relato puede concluirse que los abusos sexuales sobre su persona fueron avanzando de forma paulatina, como se desarrollan los abusos sexuales intrafamiliares donde los actos comienzan como un juego, se avanza gradualmente en la corporalidad y el ataque a la integridad va in crescendo*» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 22:05).

Seguidamente, la jueza de la instancia anterior argumentó que C.G.P.S. relató: «*yo de que me acuerdo mi padrastro me manoseaba cuando era chiquita, me manoseaba y a mí no me gustaba, una vuelta él me pegó porque yo le dije a mi mamá, él me dijo vos le decís a tu mamá y yo te pego, y llegó mi mamá y yo le dije que él me había pegado, y se fue mi mamá y él me volvió a pegar y ahí es cuando yo le empecé a agarrar más miedo a él y él siempre me decía que no le dijera porque me iba a pegar más fuerte o iba a matar a mi papá o a mi hermano, en ese entonces vivía mi hermano solo. Me decía que si yo lo podía tocar,*

me preguntaba cómo se llamaba, por el pene, y yo decía que no, y él decía que sí sino voy a decir nada, decía. Me agarraba la mano y me subía arriba de la mano de él, y me hacía que lo tocara y me preguntaba cómo se llamaba, me decía, decime, yo no voy a decir nada y tampoco te voy a pegar, pero no le digas a tu mamá porque te voy a pegar» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 30:48 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

A continuación, en cuanto **al momento en que sucedían los hechos**, la sentenciante afirmó: «la menor explicó que su mamá la dejaba que estuviera en la cama y sucedía cuando ella se iba a la casa de sus amigas, que después pasaba el tiempo y se lo volvía a hacer. Aseveró que «cuando yo tenía 8 o 9 años, él me metía la mano en mi vagina, me manoseaba y yo le decía que no porque me dolía, y él me decía, no, si no te tiene que doler». Que los tocamientos comenzaron cree- que cuando iba a salita de 5, no sabe ubicarlo bien, y entre sollozos refiere: «[...] ahora yo me siento mal, porque yo siento que él esté suelto y me da miedo que venga y me haga algo y yo tengo miedo, igual, anoche me llegó un mensaje de mi prima que mi mamá decía que creía en él, que dice que yo hice esto porque yo quería estar con mi abuela, pero él sí me hizo esto, sí, a veces me lo hacía tocar por debajo, me decía que no dijera nada, que me iba a pegar, que me iba a matar a mi papá porque dice que yo lo quiero mucho a él, y me decía, y a veces mi mamá lo amenaza a él, le decía que no le pegara porque lo iba a denunciar que me violaba. Fueron muchas veces -dijo- muchas veces que también que él me manoseaba, me tocaba y me metía los dedos adentro de mi vagina [...] me tocaba mis pechos, y me decía no digas nada porque te voy a pegar y es un juego nomás – me decía- estamos jugando, es un juego que no se lo tenés que decir a tu mamá -me decía- porque tu mamá se va a enojar y vos sabés que es reloca tu mamá -me decía- él me bañaba a mí, me tocaba y me apretaba fuerte y me dolía a mí [...] una vez cuando él me lo hizo a mí me salió sangre y él me bañó y me decía no digas nada» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 32:03 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

Con respecto **al lugar y cómo sucedían los hechos**, en la sentencia se argumentó que la menor manifestó que comenzó en su casa cuando vivía en calle Tropero Sosa y empezó a «violarla» en la casa en que vivían a la fecha de la entrevista en Cámara Gesell –Barrio ...-. Se aclaró que al ser preguntada qué entendía por «ser violada» respondió: «me metía su pene en la vagina y yo lo intentaba sacar pero no podía sacarlo porque tiene mucha fuerza y yo gritaba y nadie me escuchaba [...] él entraba, yo dormía, me sacaba los pantalones rápido y yo me despertaba y él me decía cállate y me tapaba la boca [...] como era muy fuerte y no podía sacarlo y ahí cuando se iba yo me quedaba llorando y yo iba para la pieza y me decía andate, andate, a decirle a mi mamá, porque la voy a matar [...] y mi mamá dormía». En cuanto al **horario** en que sucedían los hechos, la juzgadora afirmó que la menor declaró que a veces de noche y a veces en la siesta cuando no había nadie, la última vez que ocurrió fue una semana antes de la entrevista durante la noche, su pieza no tenía puerta, él entraba rápido, ella quería morderle la mano, rasguñarlo, para sacarlo, pero no podía porque era muy pesado, le decía que la soltara porque iba a decirle a su mamá, y él le decía que iba a pegarle si le decía e iba a matar a su mamá y a sus hermanos (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 35:10 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

Con respecto al último hecho ocurrido y a qué personas C.G.P.S. se lo develó, en la sentencia se expuso que la menor relató: «me manoseaba y me metió los dedos a mi vagina [...] le conté a mi prima y después le conté a mi tía, mi tía le dijo a mi abuela [...] mis primas me dijeron habló porque hablamos nosotras, y yo al otro día fui al negocio de mi tía que está cerca de mi casa y yo le conté a mi tía [...] ella me abrazó y me dijo qué te pasa y yo me largué a llorar [...] ¿qué te pasó? ¿te violaron? si, le dije, ¿quién? el A. [...] ¿de

verdad? – me decía- *sí, le dije que me había violado, y ella llamó a mi abuela, y ella llamó a la policía*» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 38:48 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

Asimismo, se argumentó en la sentencia que cuando C.G.P.S. fue preguntada en la entrevista del EdeAAS sobre si quería agregar algo más, manifestó: *«yo a veces para poder descargar mi ira de no poder decir nada, yo me cortaba, tengo marcas»* (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 45:25 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

Dado lo anterior, la juzgadora consideró que C.G.P.S se encontraba en contexto socio-cultural de extrema vulnerabilidad, porque de su relato surgió que la golpeaba su madre y el acusado en diversas ocasiones. En cuanto a C. B., afirmó que la menor dijo: *«a veces me agarraba los pelos y me tiraba al piso o me pegaba patadas y yo no me podía levantar»* (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 40:27 y desgrabación del DVD de la Cámara Gesell de fecha 16 de julio de 2021).

Aunado a lo que antecede, **la sentenciante valoró el testimonio de la Lic. Yamila Díaz que intervino en todo el proceso de Cámara Gesell realizado a la menor.**

Al respecto, analizó su declaración en cuanto a la entrevista preliminar en que detectó angustia e inhibición contenida, y relató en forma espontánea que su padrastro A. abusaba de ella penetrándola, manoseándola, golpeándola y le decía que iba a matar a su mamá y a sus hermanos.

También destacó que la profesional informó que la menor no presentaba rasgos compatibles con fabulación o mitomanía en relación con lo investigado y brindó un relato espontáneo, con engranaje contextual, interacciones y reproducciones de conversaciones que habría mantenido con el acusado, lo que lo tornan creíble según la técnica basada en criterio CBCA. En relación con indicadores específicos de abuso sexual, mencionó que del informe del EdeAAS surgió que es el relato valorado como creíble y el grado de psicoafectación de acuerdo a la vivencia experimentada, al haber sido agredida en los límites de su corporalidad a través de tocamientos y penetraciones en contexto de juegos, con correlato emocional consistente en angustia manifestada en llanto, sentimientos de miedo, conductas autolesivas, sentimientos de culpa ante la pérdida de contacto con sus hermanos (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 46:08; informe psíquico del EdeAAS de fecha 2 de febrero de 2022; declaración de la Lic. Díaz en audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 37:40).

Ligado a lo anterior, la sentenciante señaló que la Lic. Yamila Díaz en la audiencia declaró que no se detectaron signos de ganancialidad a través del relato ni en los test psicológicos aplicados, destacó el correlato emocional a través de la angustia manifestada en llanto en las entrevistas realizadas durante el proceso evaluativo y las conductas autolesivas –indicador inespecífico de abuso sexual– que eran consecuencias de las vivencias de los abusos sexuales, y aclaró que no estuvo influenciada con respecto a los hechos investigados (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 53:00 y declaración de la Lic. Díaz en audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 40:55).

También se ponderó en la sentencia, y en el mismo sentido, la declaración de la Lic. Mariana Molina – profesional del EdeAAS que intervino en la entrevista post Gesell– en cuanto explicó que si bien C.G.P.S. en su relato resguardaba su intimidad –lo que era lógico en situaciones ajenas al hecho– no fabuló ni estuvo influenciada con relación con los abusos sexuales, y no se observó fin ganancial, sino temor al acusado. Se argumentó que la profesional expuso en cuanto a indicadores, el miedo al acusado y el sentimiento de culpa al no poder ver a sus hermanos y que por la denuncia éstos no podían vincularse

con su progenitor. Indicó que la testigo agregó que los tocamientos se daban en una situación de juego, seguidos de amenazas de C. B. que iba a matar a su madre, lo que es común en los abusos sexuales, y que *«cuando la menor realiza la denuncia es cuando puede empezar a hablar de las situaciones que vivió, que se sentía muy angustiada y aplanada, una vez que puso en palabras su situación cambió la forma de sentirse, ella misma refirió que luego de la denuncia dejó de cortarse»*. En cuanto a las conductas autolesivas, se argumentó que la profesional declaró que la menor manifestó que las lesiones eran en los brazos y que también tomó pastillas, y que enfatizó que esta conducta cedió después de la denuncia (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 54:20 y registro audiovisual de audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 08:20).

En efecto, la Lic. Molina en la audiencia explicó con claridad que **los indicadores específicos de abuso sexual eran el relato y la psicoafectación de la menor**, ya que una valoración integral de todo el proceso de evaluación arrojó resultados de credibilidad porque habló de los hechos de abusos con angustia y logicidad, sin ganancialidad, mitomanía ni influencias externas. Expuso que los indicadores inespecíficos de abuso sexual fueron el miedo al acusado y sentimientos de culpa al no poder ver a sus hermanos y éstos al acusado por la denuncia realizada a partir de los hechos develados. Destacó que la menor refirió con detalles que fue abusada por el acusado desde los cuatro años a través de juegos y tocamientos en las partes íntimas seguidos de amenazas que iba a matar al padre o a la madre, luego con penetración digital a partir de los ocho años y con acceso carnal vía vaginal a partir de los diez años, *«lo que da a la calidad del relato [...] y son situaciones comunes en los casos de abusos sexuales»* (ver registro audiovisual de audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 12:20).

Ahora bien, en la sentencia también se hizo referencia a la entrevista realizada con la progenitora de C.G.P.S. –R. S.– en cuanto manifestó que la denuncia sería falsa y motivada por su hija para ir a vivir con su progenitor y tener libertad para poder salir y consumir sustancias, como también que C. B. era el sostén económico de la familia (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 51:28). En igual sentido, se destacó que la Lic. Mariana Molina remarcó que la progenitora nunca pensó que el acusado pudiera haber abusado de su hija ya que les daba de comer, y que dio una imagen positiva de C. B., por lo que la profesional dudaba que pudiera ser una figura de contención y de protección de su hija (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir del minuto 57:02 y declaración de la Lic. Molina en audiencia de debate de fecha 8 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 15:30).

Además, la jueza de la instancia previa analizó la declaración de R. S. y argumentó que en un primer momento le creyó a su hija –según lo declarado en audiencia por la Lic. Adriana Montiveros del ETI de ...– pero después de la denuncia no le creyó y puso el foco en la rebeldía de su hija y que C. B. era el sostén económico de la familia, ya que con él tuvo cinco hijos. Concluyó que este cambio de reacción en la madre de C.G.P.S. obedeció a que *«con posterioridad a la denuncia cayó en la cuenta de que perdería el único sostén económico de sus hijos, lo cual fue corroborado por las entrevistas colaterales que con ella los profesionales realizaron tempranamente y que motivaron la medida de protección para impedir que influenciara a C. a retractarse. Al respecto, [R. S.] indicó que con posterioridad a la denuncia, la DINAF le quitó la tenencia de sus hijos, que gastó todos sus ahorros en psicólogas, que estuvo nueve meses sin sus hijos y que tiene la custodia de los cinco menores pero que le faltan dos. También, en orden a establecer la situación de vulnerabilidad de C. y de sus hermanos, quedó evidenciada por la compulsión de las actuaciones del ETI que dan cuenta de denuncias anónimas de los vecinos respecto del descuido y maltrato a que se hallaban expuestos los niños, que fueron abordados por personal de la institución y archivados luego de entrevistas llevadas a cabo con los propios niños de corta edad sumidos en la misma problemática*

familiar [...]. Dichas actuaciones dan cuenta de indicadores objetivos de alerta que no pueden ser desatendidos» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora: 01:21:23 y declaración de la Lic. Adriana Montiveros en audiencia de debate de fecha 19 de setiembre de 2022, a partir del minuto 24:30).

Sobre el particular, repárese que en la audiencia de debate R. S. declaró que cuando llegó a casa de M. –hermana del progenitor de C.G.P.S.– donde estaba su hija y la policía, y su hija le dijo que C. B. –su marido– la «violó», quiso ir corriendo a buscarlo y matarlo y su hija le decía que se quedara tranquila. Agregó que fue con ella al hospital y su hija le decía que no le dijera nada porque iba a matarla. A preguntas de la defensa declaró que tiene siete hijos y que su marido mantiene la familia, que después de la denuncia su hija vivía con su abuela por existir una prohibición de acercamiento (ver registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, video I, a partir del minuto 05:08).

Asimismo, la juzgadora también ponderó el informe presentado por la Lic. Pamela Monett –perito de control– en cuanto refirió que coincidía con las profesionales del EdeAAS en que C.G.P.S. brindó un relato espontáneo, contextualizado, con interacciones que reproducen conversaciones con el acusado, con detalles superfluos, que manifestó haber sido transgredida en los límites de la corporalidad, que los hechos ocurrieron en la misma vivienda que compartía con su padrastro y hermanos.

Destacó la sentenciante que dicho informe focalizó su análisis en la entrevista colateral realizada con la progenitora de la menor, y que discrepó en cuanto a los criterios de credibilidad del relato de la menor, al afirmar la perito de control que pudo haber sido influenciada por una tercera persona para ir a vivir con su padre, porque el acusado y la madre le ponían límites a sus salidas con sus grupos de pares. Señaló la juzgadora que no pudo profundizar en la valoración de este informe de parte, porque la defensa técnica no ofreció para el debate la declaración de la perito de parte mencionada (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora 01:00:30 e informe psíquico de la Lic. Pamela Monett incorporado en el documento n° 124 del sistema informático).

Sentado cuanto antecede, la jueza de la instancia anterior consideró que *«la conducta de autolesión y rebeldía evidenciada por C. es aprovechada por C. B. para descalificar la veracidad de las afirmaciones de la misma, primero ante su esposa, luego como argumento defensivo en la causa, en donde negó los hechos que se le atribuyen refiriendo que C., a quien ha criado como una hija, tomó la decisión de denunciarlo para tener más libertad y poder salir, relatando episodios donde la misma fue reprendida»*.

Afirmó que la conducta que se le reprochó al acusado era compatible con los rasgos que describió el perito en cuanto no presentaba resonancia afectiva respecto de los hechos denunciados para descartar cualquier fin ganancial de la denuncia, junto con el resto de las pruebas antes referidas en relación a la menor víctima, en consideración que los hechos ocurrieron en contexto familiar, por la asimetría etaria y especial situación de desprotección y vulnerabilidad de la menor, conforme lo expuesto en el punto anterior (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora 01:07:32).

A todo lo dicho, la juzgadora añadió que del relato de C.G.P.S. también surgió que en una de las ocasiones en que fue golpeada por su madre le quedó un moretón, que en otra oportunidad le pegó con un palo, que tenía un esguince en el dedo y le quedó un moretón, que se lo contó a su prima [D. S.] y lo vio, que una vez le clavó una cuchilla de cortar pan a su hermano y le quedó la cicatriz.

También que cuando era chica le quemaba las manos con una hornalla porque sacó fruta de la heladera con su hermano, y se fue con su hermano a la casa de su tía quien le reventó las ampollas con una aguja y una tapita de alcohol (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora 01:15:30 y declaración de D. S. en registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 07:22).

En este razonamiento, la jueza de la instancia previa ponderó el testimonio de la prima de C.G.P.S –D. A. S.– quien declaró que no la veía bien, que la veía con tajos, que estaba mal también con ella, que siempre sospechó que algo le pasaba y que C. le contó que no quiso denunciar antes porque tenía miedo por las amenazas que recibía, que los abusos comenzaron cuando era chica y la madre la dejaba sola, tenía pesadillas durante la noche, no la dejaban salir de la casa porque tenía que cuidar a sus hermanos y limpiar la casa.

Destacó que la testigo declaró que C. B. y su madre la trataban mal, que la tenían de sirvienta, que la madre todos los días durante la siesta se iba a la casa de su amiga a ... y la dejaba sola con los niños y a veces con C. B.. Agregó que después de realizar la denuncia la vio mejor (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora 01:17:20 y registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 04:27).

En efecto, téngase presente que D. S. en la audiencia, a pregunta de la Asesora de Menores de cómo era el trato del acusado y de la madre de C.G.P.S., declaró que veía con frecuencia a su prima porque no la dejaban salir, C. B. le pegaba a C.G.P.S. y a su hermano T. porque no eran sus hijos, y que no le pegaba a sus cinco hijos nacidos de la unión con R. S.. También señaló que ésta – que era su tía– le pegaba a sus siete hijos. La testigo enfatizó: *«era pésimo [el trato]. Ellos la tenían como sirvienta [...]. Su mamá la trataba muy mal, peor que a un perro. Le daban cada paliza ellos dos, a mi prima y a mi primo más grande [...]. No la mandaba a la escuela [...]. Hoy en la noche ella tiene mucho miedo cuando duerme»* (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 12:31).

De conformidad con lo expuesto, considero que en la sentencia se valoró el relato de la menor exhaustivamente y en cuanto aportó detalles de circunstancias de lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los abusos sexuales. Asimismo, la credibilidad del relato se sustentó en indicadores específicos e inespecíficos de abusos sexuales consignados en el informe psíquico elaborado por el EdeAAS y las declaraciones de las profesionales que intervinieron en el proceso de evaluación y de profesionales del ETI ... junto con la ponderación de las testimoniales de R. S., D. S., M. L. P. –abuela paterna– y del progenitor de la menor O. M. P..

Por lo tanto, los agravios analizados también deben desestimarse, en razón que la hipótesis defensiva se apoya en la declaración del acusado, a partir de una interpretación recortada y aislada de aspectos probatorios descontextualizados y sin consideración de los **estándares en materia probatoria de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en contexto familiar y de vulnerabilidad**.

d- Falta de valoración de los resultados negativos del examen físico

d.- Por último, la defensa cuestiona la sentencia por falta de valoración de los resultados negativos del examen físico realizado a la menor en fecha 3 de agosto de 2020, del informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y del examen psíquico realizado al acusado que concluyó que no presentaba tendencia a la fabulación o mitomanía.

En primer lugar, la jueza de la instancia anterior, después de analizar las pruebas mencionadas en los puntos anteriores, afirmó: *«en suma, de la observación de la menor al desarrollarse la Cámara Gesell y a través del control de veracidad efectuado, no se detectó dato alguno que reveló un interés en mentir ni circunstancias especiales que puedan haber influido en su ánimo, o dato alguno que autorice a inferir la búsqueda de alguna ventaja o conveniencia, tal como pretende la defensa sostener que la denuncia obedece al fin de encontrar un ámbito de libertad mayor al que tenía y sustraerse a las limitaciones que le imponían. [Ello], toda vez que la propia menor, su madre, su padre, la abuela y hasta el propio imputado afirman que la niña se iba todos los fines de semana a la casa de los abuelos paternos [...] de lo que puede*

concluirse que su ámbito de libertad no estaba recortado de forma tal que la denuncia falsa fuera la única escapatoria que pudiera encontrar para poder salir de su casa, máxime, como dije, teniendo en cuenta el costo emocional que provocaba en sus hermanos menores el dinamitar la familia y romper el sostén económico presentado por el imputado. Por el contrario, el relato apareció claro, consistente, tuvo detalles explícitos sexuales, de contexto y tuvo coherencia interna, no se advierten contradicciones importantes, y tiene sustento en el indicio físico que concluye que su himen sufre un desgarro de antigua data. En tal sentido, no debe olvidarse que el último abuso, situado temporalmente el viernes anterior a la denuncia, se trató de tocamientos y penetración digital, por lo que los resultados físicos son compatibles con esa dinámica del hecho. No era esperable que hubiera semen, por ejemplo, todo lo cual también responde al interrogante de la madre cuando cuestiona a C. por no haber querido entregar la ropa interior [...] porque cuando estaba la policía con su abuela le pidieron la bombachita y las sábanas y no quiso entregarla, y ahí dijo que el hecho había ocurrido el viernes y ahí dijo que [...] había estado todo el viernes con ella» (ver registro audiovisual de fecha 31 de octubre de 2022, a partir de hora 01:24:08).

En segundo lugar, el examen físico realizado a la menor en fecha 14 de julio de 2021 informó que se observó *«himen, desgarro de antigua data»* y dio negativo el informe del Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas. Al respecto, entiendo que las argumentaciones expuestas oralmente por la sentenciante y transcriptas en el punto anterior, se corresponden con la valoración del relato de la menor y demás pruebas referidas en los puntos anteriores, con especial aclaración en este punto, a que el último hecho de abuso sexual se realizó sin acceso carnal por vía vaginal.

Cabe recordar que en anteriores precedentes jurisprudenciales –por ejemplo, **«Baltazar Cruz», Silva Segovia»**– sostuve que *«[...] la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de una violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales»* (párr. 193) –cfr. **Corte IDH «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua»**, párr. 163; cfr. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y **Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil**, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255–.

De tal manera que la ausencia de constatación de lesiones corporales recientes o enfermedades en víctimas de abusos sexuales, no descarta por sí sola la violencia sexual, máxime como en el caso particular en que fue tardío y muy difícil el develamiento por la reiteración de los abusos y amenazas por parte de C. B. desde corta edad de la menor, el vínculo familiar y la asimetría etaria y de poder que lo unía con la víctima, y las circunstancias de vulnerabilidad y desprotección en que se encontraba cuando ocurrieron los hechos de abusos sexuales (cfr. **«Silva Segovia»**).

Por lo tanto, las pruebas físicas cuestionadas deben ser ponderadas de acuerdo a los estándares convencionales, legales y jurisprudenciales citados, es decir, a partir de la valoración del relato de la menor y con relación al resto de los elementos probatorios relevantes recibidos en la audiencia, y no en forma aislada como pretende el recurrente (ver **«Gómez Ayala», «Luna», «Yerkin»**, entre otros).

En tercer lugar, el examen psíquico realizado a C. B. en fecha 7 de setiembre de 2021 por el profesional de Psicopatología, Lic. Diego Vega, y la Dra. Galera, fue realizado con la presencia de la Lic. Pamela Monett, quien firmó de conformidad dicho informe. Además, en la audiencia de debate el Lic. Vega hizo referencia

a rasgos de personalidad del acusado informados en el examen referido, tales como presencia de narcisismo, escasa empatía, presentación una imagen positiva de sí mismo, actitud egocéntrica, tendencia a la negación y ocultamiento, no reconocimiento incluso fallas propias, vuelco de la culpa en el mundo externo, baja tolerancia a la frustración, descalificación amplia de la denunciante, capacidad de imponerse e influenciar a personas del entorno familiar, inexistencia de resonancia afectiva con respecto a los hechos denunciados, entre otros. También informó el profesional que observó escasa predisposición de C. B. a tratamiento psicológico y que se recomendó «[e]l no contacto y/o acercamiento entre denunciante y denunciado» (ver examen psíquico del Cuerpo Médico Forense de fecha 7 de setiembre de 2021 y registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, video II, a partir del minuto 03:15).

Aún más, como expuse en el punto 4.b, la jueza de la instancia previa valoró el examen psíquico del acusado en forma particular y con el relato de la menor en Cámara Gesell, la declaración de C. B. y testimonios de su madre R. S., su prima D. S. y de profesionales que intervinieron en el proceso de evaluación en el EdeAAS y en el ETI de

Con todo lo dicho, por no asistir razón a la defensa en sus cuestionamientos, los agravios en revisión también deben desestimarse.

e.- Conclusión

De conformidad con lo expresado hasta el momento advierto que la sentencia en crisis no adolece de los vicios planteados por la defensa en la casación interpuesta.

Por el contrario, la resolución impugnada contiene argumentación suficiente y clara, con sustento en pruebas testimoniales e instrumentales incorporadas a la audiencia de debate, valoradas dentro de la sana crítica racional, perspectiva de género y estándares en materia probatoria de procesos penales en que niñas, niños y adolescentes son víctimas de abusos sexuales en contexto familiar y de vulnerabilidad. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado A. C. B., comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial de la impugnación.

En relación con los aspectos vinculados con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme, en lo pertinente, a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto del deber de juzgar con perspectiva de género los casos que mujeres resulten víctimas de hechos delictivos (ver, «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Césare Meli**», «**Zurita**», entre otros). Por su parte, en relación con las declaraciones producidas en Cámara Gesell y su valoración en el proceso, corresponde la remisión, también en lo pertinente, a las consideraciones que oportunamente realizara en el precedente «**Metral Osorio**».

En función de las consideraciones realizadas, estimo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido por la defensa de A. C. B., coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante en el sentido del rechazo sustancial de la impugnación.

En cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género en su doble condición de víctima mujer y niña, me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «Ojeda Pérez», «Mamaní Navarro», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Castillo Ordoñez», «Sosa Ortubia y Lucero Lorca», «Vega», «Zurita», entre otros, por resultar aplicable en el presente caso.

En orden al resultado negativo del resultado del examen físico de la víctima, corresponde la remisión, en lo pertinente, a los argumentos vertidos en «Vargas Vergara».

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. W. C. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

38- MASACESI. 27-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE IE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcMMS.pdf

Lex: Art. 119, 2° y 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f, 55 del CP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual gravemente ultrajante. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Convivencia. Contexto familiar.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la calidad de guardador del autor en concurso real (hechos reiterados).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2587, pronunciada por el TPC N° 2 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Precedentes citados

a-SCJM

- Italiani
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf

- Mamaní Navarro. 16-04-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180416_FcMNM.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

b-CIDH

- V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Favela Nova Brasilia vs. Brasil. 16-02-17:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo

CUIJ: 13-07195442-5/1((018602-32199)) FC/ MASSACESI M.S.E. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (32199) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106358653*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07195442-5 caratulada "F. c/ M. M. S. S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de S. E. M. M. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.587, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-32.199/21, a la pena de nueve años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y por la calidad de guardador del autor en concurso real (hechos reiterados).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso tuvo por acreditado que «[...] aproximadamente desde fines del mes de enero del año 2021 hasta antes del día 30 de marzo de 2021 y en reiteradas oportunidades en el domicilio sito en [...] Guaymallén, S. E. M., pareja de la progenitora de la menor A.M.L.H.M de 6 años de edad con quien convivía, en momentos en que la madre de A. se encontraba trabajando y quedaba a su exclusivo cuidado, le tocaba la vagina con su pene, como así también con sus dedos y sus manos, al tiempo que se quitaba su ropa como así también la de la menor». Para así decidir, el juez de la instancia previa tomó en consideración las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: L.A.H.M.; M.C.M.; P.A.; la declaración de A.M.H.M prestada en Cámara Gesell; y las declaraciones de S.M. (progenitora de la niña), de la Lic. Marisa Fusari, de la Lic. Ana Cucchi, de la Lic. Gema Lara, de la médica Claudia Gómez, de E. M. y de R. M. M.; así como el resto de la prueba debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP. Cuestiona a la sentencia al considerar que no resulta razonada, es arbitraria se ha prescindido de los medios de prueba y ha predominado la voluntad del juez.

Entiende que el sentenciante ha incurrido en errores palmarios fundamentales, desvíos notables y patentes de las leyes del raciocinio que evidencian una contradicción entre las circunstancias de la causa y la sentencia.

En este sentido, afirma que se han parcializado las pruebas testimoniales sin tratar de hilvanar las mismas en forma armónica y compuesta con el resto de la prueba existente en autos.

De este modo, pone en crisis la existencia de elementos de prueba objetivos que acrediten la existencia de abuso sexual en contra de A.M.H.M. por parte de su defendido. Señala que los únicos medios de prueba son la denuncia del padre de la niña y la declaración en Cámara Gesell de aquélla.

En relación con la declaración en Cámara Gesell, considera que debió llevarse a cabo un esfuerzo interpretativo en razón de las características de las manifestaciones de la niña. Menciona el lenguaje que la menor de edad utilizó, sus palabras, la falta de información concreta, la reiteración de una historia casi guionada son elementos estos del relato de la niña que dan cuenta de incentivación a narrar.

Refiere, además, la conducta posterior de A.M.H.M., los problemas con la madre de la niña, la negativa a seguir hablando por parte de la declarante del hecho con M., y su intención de expedirse sobre los malos tratos de su madre.

Asimismo, la falta de determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Critica que el tribunal de la instancia anterior no tomara en consideración la «gran cantidad de mentiras vertidas por el padre» al prestar testimonial sobre cómo fueron los hechos, como tomó conocimiento y demás elementos periféricos.

Cuestiona la actitud de aquél y le llama la atención la pasividad demostrada y falta de compromiso con la situación. Se queja de la omisión de valoración del testimonio de la abuela de la niña y su enojo anterior a los hechos denunciados, en tanto a que la madre de la niña era quien decidía unilateralmente cuando podían ver a la niña.

Pone de resalto que los dichos de los testigos aportados por la defensa fueron contestes en el sentido de que el hecho jamás pudo haber ocurrido pues no existieron momentos materiales para que ello ocurriera. Menciona entre estos testimonios desincriminantes al padre, la pareja y madre de la niña, como también la dueña y encargada del negocio donde trabajaba S.M. A

ñade que la hermana del acusado dijo que su hermano nunca estaba solo con A.M.H.M y que nunca vio nada mientras vivió en la casa. Agrega que esta testigo no trató en ningún momento de ayudar al acusado, sin embargo su relato lo desvincularía del hecho. Se queja de la ausencia de preguntas tendientes a descubrir la verdad, de la liviandad al momento de investigar elementos periféricos y de repreguntar ante situaciones alarmantes. Señala que la niña mencionó la promesa de compra de un hámster si declaraba. Refiere que al momento de la declaración en Cámara Gesell la niña mencionó algo al oído de una de las licenciadas y que recién al momento de declarar se les «ocurrió» mencionarlo.

Expresa sorpresa que un suceso como ese jamás haya sido puesto en el informe y considera que las profesionales del EDeAAS «manejan a su antojo como hacer las cosas, qué decir y/o poner y mucho más que concluir». Añade que el mecanismo de investigación llevado a cabo por el EDeAAS debe ser cuidado y con controles y estándares de altísimo nivel y calidad.

Expresa que los profesionales no tienen en cuenta el expediente, las pruebas que en ellos existen, sino que sólo buscan elementos incriminatorios por todos los medios posibles. Manifiesta que el informe del EDeAAS a la luz con el informe posterior de otro organismo público, el PPMI, mostró una señal de alarma que nadie quiso mirar, Considera que la preocupación de la niña giraba en torno a la mala relación con su madre y no a abusos sexuales llevados a cabo por su asistido.

En otro orden, critica el monto de la pena impuesto a su asistido. En este sentido, señala que el juez omitió fundamentar el monto de nueve años establecido. En su defecto, solicita se fije la pena en el mínimo de

ocho años. En función de lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia cuestionada y se absuelva a su defendido o, bien se revise el monto de pena fijando uno proporcional en ocho años.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador, luego de examinar los agravios propuestos por la defensa, entiende que corresponde rechazar el recurso interpuesto. En este sentido, entiende que la sentencia se encuentra motivada y no presenta las falencias denunciadas por el recurrente, de manera tal que no resulta sustancialmente procedente.

Afirma que la defensa pretende una nueva revisión de cuestiones tratadas en el debate y sometidas a contradicción de acusación y defensa. Señala que de los fundamentos de la sentencia surge que el tribunal realizó un profundo análisis del plexo probatorio reunido que condujo al juez a concluir en la sentencia de condena.

Así, los distintos relatos de los testigos muestran coherencia en torno al develamiento de los hechos denunciados.

Respecto a las críticas realizadas en torno a la Cámara Gesell, refiere que el tribunal consideró los informes periciales y las declaraciones de los profesionales que intervinieron en aquella y, destacó que todos concuerdan en la credibilidad del relato. Refiere que la Lic. Fusari señaló haber mantenido dos entrevistas con la niña y con la abuela paterna y que en el informe señaló que el indicador específico es el relato del niño.

Respecto al comentario hecho por la niña al oído de la Lic. Cucchi, señala que éste consistió en «vos sabés que el R. me tocó con el dedo en la parte íntima» y que, además comentó que cuando le dijo a su mamá recibió castigo físico.

Agrega, que la defensa estuvo en condiciones de ofrecer un perito de control con el objeto de controlar los informes técnicos realizados por los profesionales del EDeAAS y por los intervinientes en la Cámara Gesell. Respecto al agravio que gira en torno a la imposibilidad de que el hecho pudiera haber ocurrido, el Procurador señala que el juez examinó las declaraciones relativas al horario en que A.M.H.M era retirada por M. del local donde trabaja su madre. Por otra parte, destaca que la prueba por excelencia surge de los dichos de la niña en Cámara Gesell cuya credibilidad fue acreditada por los peritos del EDeAAS que intervinieron en la entrevista preliminar, en la Cámara Gesell y en el informe posterior. A partir de lo expuesto, y como primera conclusión, señala que el recurrente critica al razonamiento del juzgador, aísla declaraciones, alude a supuestas contradicciones e intenta restar crédito a la menor, y cuestiona la imparcialidad de los informes de profesionales, con el objeto de debilitar su valor convictivo sin lograr su objetivo. En relación con el monto de pena, el titular del Ministerio Público Fiscal disiente en cuanto a que éste resulte desproporcionado o carente de fundamentación y, por el contrario, entiende que aquella pena es ajustada a derecho en cuanto al tipo y monto. En función de lo expuesto, considera que debe convalidarse en esa instancia la sentencia cuestionada.

4.- Audiencia de informe oral

Se llevó a cabo audiencia de informe oral en la que el recurrente expuso los planteos casatorios y, la representante del Ministerio Público Fiscal formuló dictamen.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, anticipo opinión en el sentido de que corresponde su rechazo. Esto es así, toda vez que no se advierten los defectos alegados por el recurrente, conforme paso a explicarlo.

Del escrito recursivo surge que uno de los cuestionamientos centrales pasa por criticar la valoración de los elementos de prueba (a).

Así, la defensa afirma que los únicos elementos probatorios de cargo son la denuncia del padre de la niña y la declaración de ésta en Cámara Gesell.

Respecto de estos dos medios de convicción, formula crítica en torno a la ponderación efectuada por el juez.

Por su parte, cuestiona la omisión de valoración de testimonios que, a su criterio, logran desincriminar a su defendido.

Además, reprocha la labor de los profesionales del EDeAAS y la ponderación de su labor.

El segundo cuestionamiento central de defensa gira en torno del monto de pena asignado (b).

a.- Tal como anuncié, no coincido con la crítica que formula la defensa, y en este sentido coincido con el titular del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que el recurrente reedita los argumentos expuestos en el debate, sin intentar superar las explicaciones brindadas por el juez de la instancia previa en los fundamentos de la sentencia criticada.

Contrariamente a lo que afirma la defensa, no advierto arbitrariedad en la fundamentación del acto sentencial, por cuanto el juez detalló los medios de convicción, los ponderó –acertadamente a mi modo de ver– y vinculó unos con otros, labor en base a la cual fijó la plataforma fáctica, tuvo por acreditada la autoría del hecho, estableció la calificación legal asignada a los hechos que se tuvieron por probados y determinó la penalidad aplicable.

Como señalé, de los fundamentos de la sentencia cuestionada emerge que la declaración testimonial prestada en Cámara Gesell por la niña fue ponderada por el juez de la instancia previa, sin embargo, tal valoración no fue llevada a cabo en solitario, sino que lo hizo contrastándola con el resto del material probatorio.

Es por ello y, por las razones que a continuación se expondrán, considero que no acierta la defensa al señalar que en la sentencia no se han respetado las reglas de la sana crítica racional puesto que, por el contrario, el sentenciante al resolver receptó los parámetros señalados por este Tribunal en relación con la perspectiva de género teniendo en cuenta los estándares internacionales de protección de niñas víctimas de abuso sexual.

En efecto, al momento de asignar valor al material probatorio, el juez en primer lugar tomó en consideración el modo en que la niña reveló los hechos sufridos.

En este sentido, ponderó las declaraciones testimoniales del padre de la niña, de su abuela paterna y de la madrina de A.M.H.M.: L.A.H.M.; M.C.M. y P.A. De la reproducción de los registros audiovisuales de las declaraciones de los testigos mencionados en el párrafo precedente, entiendo que le asiste razón al juez de la instancia previa en torno a que aquéllos coincidieron en torno al modo en que la niña relató los hechos sufridos.

Acierta el juez al asignar relevancia al momento del «develamiento» y que la hipótesis de la defensa no logra conmover las conclusiones de la sentencia.

Tampoco resulta de recibo el cuestionamiento del defensa referido a la «gran cantidad de mentiras vertidas por el padre de la menor».

Al respecto, y más allá de esta locución, el recurrente no señala cuáles son las concretas falsedades en que incurrió aquel, ni cómo incide la actitud evidenciada por L.A.H.M., a quien señala como de «pasividad absoluta», en el crédito asignado al relato de la niña brindado en Cámara Gesell.

Párrafo aparte merece el cuestionamiento dirigido por el defensor técnico a las declaraciones de la niña en Cámara Gesell. La defensa señala al respecto que «el lenguaje utilizado por la niña, sus palabras» sería una incentivación a narrar los hechos en un determinado sentido.

Ahora bien, la defensa no menciona a qué tipo de lenguaje ni palabras se refiere y cómo su utilización por parte de una niña de seis años de edad, influiría en la convicción a la que llegó el juez para menoscabarla. Tampoco logra restar mérito convictivo a los fundamentos de la sentencia que la niña no quisiera hablar más de los hechos cometidos por el acusado y pusiera el foco en la mala relación con su madre, considerando el recurrente que debió tal situación conllevar un mayor esfuerzo por parte de los organismos que deben revisar tales cuestiones.

Al respecto, advierto que el juez de la instancia previa dio cuenta de la mala relación de la niña con su madre –S.M.– y que el motivo por el cual A.M.H.M. reveló los hechos a su abuela paterna fue que en un primer momento se los narró a su madre y ésta la golpeó. Situación que fue negada por S.M. en el debate. El recurrente reclama que las declaraciones de los testigos de descargo –S.M. y E. M.– fueron coincidentes en el sentido de que el hecho no pudo haber ocurrido puesto que no existió la posibilidad material de que ello ocurriera, en razón de que nunca estuvieron solos la niña y el acusado en la vivienda –tal como refirió S. M.–.

En abono de su teoría invoca los dichos de la hermana de M., quien no tendría intenciones de ayudar al acusado por quien siente un profundo odio. La defensa soslaya la explicación dada por el juez de la instancia previa al respecto, en tanto no intenta desvirtuar las argumentaciones brindadas en la sentencia. En efecto, el recurrente deja de lado la explicación dada por el juez de la instancia anterior, en torno a esta temática. Concretamente, el sentenciante concluye en que no es real la imposibilidad material de la presencia del acusado con A.M.H.M. puesto que, aun cuando R. M. –hermana del acusado– hubiese estado presente en la vivienda en horarios de la siesta, los hechos investigados se llevaban a cabo en la habitación donde dormían el acusado, S.M. y la niña y, que en atención a que la vivienda tenía otras dependencias, no era posible afirmar que la niña estuviese siempre bajo la mirada de R. M.

El juez agrega que el acusado se encontraba autorizado a retirar a la niña de la escuela, y que –por ser época de pandemia– el cursado escolar no era permanente, de lo que surgiría la posibilidad de que aquél la retirase del establecimiento escolar.

De allí que concluye que es perfectamente posible que el acusado permaneciese junto a la niña en la vivienda, sin la presencia de la madre y aprovechase tales ocasiones para llevar a cabo las conductas reprochadas.

Asimismo, y pese a las críticas que formula la defensa, considero que acierta el juez al asignar preponderancia a la declaración prestada por la niña en Cámara Gesell.

Contrariamente a lo que afirma el defensor técnico, A.M.H.M, en esa ocasión relató que «El R. me tocó las partes íntimas»; a preguntas que se le formularon dijo que R. era «un amigo»; en relación a su edad dijo que «tiene más años que yo»; al ser preguntada sobre el lugar en que ocurrieron los hechos manifestó que «en la casa de mi mamá, en la casa de mi papá no» y agregó que «te acordás que te dije que mis papás se separaron»; asimismo, expresó que «en la casa de mi mamá, ahí vivía el R. me hacía re enojar, ya me estaba enojando con él».

Al ser consultada sobre con qué la había tocado R. explicó que «con su parte íntima»; se le preguntó si sabía el nombre de la «parte íntima» y refirió que «ya lo sabés, ya no me duele».

Agregó, al ser preguntada, que la parte íntima sirve «para hacer pipí» y añadió que R. la tocaba «con el dedo y la mano» y que se sacaba la ropa «toda, con la que estaba durmiendo» «una remera no, un pantalón y un calzoncillo». Respecto al lugar donde dormía señaló que con el acusado y su madre y aclaró que «mi mamá y el R. estaban enamorados» (audiencia del día 1/12/22 a partir del minuto 44.29).

Fue en esta ocasión en que la niña aludió a que si decía la verdad le iban a comprar un hámster. Esta, situación que mereció críticas por parte de la defensa pero ello, a mi criterio, no conmueve las conclusiones de la sentencia, como explicaré más adelante. Como anticipé el crédito del relato de la niña no sólo viene dado por sus dichos al prestar testimonial de esa manera, sino también de las manifestaciones de las profesionales que examinaron a A.M.H.M. en la entrevista previa a la realización de la Cámara Gesell, en la declaración prestada en esa modalidad y en las entrevistas posteriores llevadas a cabo.

En efecto, las profesionales del EdeAAS, Lic. Marisa Fusari y Lic. Ana Cucchi, al prestar testimonial en audiencias de debate explicaron los indicadores específicos e inespecíficos en base a los cuales asignaron crédito a los dichos de la niña (ver registros audiovisuales del día 1/12/22 y del 19/12/22).

Al respecto la Lic. Fusari refirió en A.M.H.M un relato «progresivo y en partes» y destacó como dato fundamental «lo sensorial, lo que percibe con alguno de sus sentidos, molestia, dolor en su parte íntima». También de su testimonial surgen los dichos emitidos por A.M.H.M al oído en la primera entrevista a la Lic. Cucchi. Ese comentario fue «vos sabés que el R. me tocó con el dedo en la parte íntima».

En tanto que la Lic. Cucchi aludió a conductas evitativas de la niña que no le impedían declarar y que dentro del malestar que presentaba pudo brindar elementos que dieron información para la investigación. Al ser preguntada si A.M.H.M. refirió episodios de contenido sexual, manifestó «si, en todas las instancias». Aludió también a un relato progresivo y que en la última entrevista A.M.H.M. mencionó que el acusado «la hacía poner en posición de perro para hacer el amor».

También se expidió la profesional sobre la credibilidad del relato de A.M.H.M. De la reproducción de los registros audiovisuales de ambas testimoniales surge que la defensa formuló preguntas en torno a las manifestaciones efectuadas al oído por la niña a la Lic. Cucchi y, a la promesa del regalo de un hámster si decía la verdad.

Tales preguntas se dirigieron a cuestionar la no inclusión de ese secreto en el informe y la falta de una indagación más profunda por parte de las profesionales relativo a la promesa de un regalo. Asimismo, advierto que los cuestionamientos formulados fueron debidamente evacuados por las profesionales. En lo relativo al secreto, la Lic. Cucchi explicó que no se consignan en el informe las manifestaciones «en bruto» de los/as niños/as.

Concretamente, refirió que «en el informe se consigna una información de profesional»; a preguntas de la defensa sobre la interpretación personal de los dichos de la niña, refirió que «el informe es resultado psicodiagnóstico, se hace lectura de indicadores de lo que va surgiendo no se vuelca material en bruto». Por su parte, en lo relativo a la promesa de regalo de una mascota si decía la verdad, ambas profesionales coincidieron en que en el contexto de retraimiento de la niña no les llamó la atención y que, por otra parte, lo solicitado a la niña a cambio del regalo era que dijera la verdad.

Ahora bien, los cuestionamientos formulados en ese momento como los llevados a cabo en esta instancia no logran desmerecer las conclusiones a las que llega el juez en torno a la existencia de los hechos y la autoría por parte del acusado.

En este sentido, advierto que acertadamente el juez vinculó los datos aportados por la niña en la Cámara Gesell, más la interpretación de las profesionales que actuaron en la entrevista previa, en la Cámara Gesell y en las entrevistas posteriores y las analizó a la luz del «develamiento» llevado a cabo por la niña, que se realizó en primer lugar a su abuela paterna y, posteriormente y en forma gradual, a las profesionales del EdeASS.

Asimismo, valoró la declaración de M. y de las testimoniales de descargo, tales como la de S.M. (madre de A.M.H.M.), R. M. y E. M. –hermana y padre del acusado– y, es en relación con estas declaraciones que advirtió que el relato de la niña diferiría con el del acusado y el de S.M. en torno a la habitación que ocupaba para dormir, pero que los dichos de la niña estaban corroborados por la hermana y el padre de S. M..

Del detalle efectuado advierto que el acto sentencial se encuentra fundado en las pruebas válidamente incorporadas, las que fueron ponderadas de manera integral e interrelacionada, con respecto a los estándares que la perspectiva de género y la edad de la niña imponían.

En este sentido, comparto el criterio del Procurador General en cuanto a que la defensa ha intentado parcializar el mérito de la prueba, tratando de restar crédito a los dichos de A.M.H.M en Cámara Gesell. Al respecto, esta Sala ha señalado que los medios de prueba no resultan compartimientos estancos puesto que cada uno de ellos se apoya, en mayor o menor grado, sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

De tal manera, las pruebas deben ser examinadas a un mismo tiempo, en forma global puesto que el resultado del análisis conglobante es el que cuenta –ver, al respecto, **«Rojas Garrido»**, **«González, Daniel»**, **«Toledo Pereyra»**, entre otros–.

En lo relativo con valoración de prueba con perspectiva de género, en diversos precedentes me he referido a la ponderación amplia e integrada que debe realizarse de los elementos probatorios obrantes en causas como la aquí analizada, de acuerdo a los estándares internacionales construidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cuanto a la declaración de mujeres víctimas de violencias (cfr. Corte IDH, **Caso del penal «Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **«Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re **«Leiva, María Cecilia»**, entre otros). (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, **«Basualdo Reyes»**, **«Vargas Riquelme»**).

También sostuve que la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadas de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Por su parte, el art. 16 de la ley mencionada, garantiza que la investigación se lleve a cabo bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos, «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», y el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de

violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes («**Agüero Olmos**»).

Por otro lado, en «**Vargas Riquelme**» destacué que la Corte IDH en casos de niñas, niños y adolescentes afirmó que además del acatamiento de los estándares establecidos en casos de violencia y violación sexual contra mujeres adultas, en el marco del artículo 19 de la Convención Americana, se debe aplicar medidas particularizadas y especiales con base a cuatro principios rectores de la Convención Sobre los Derechos del Niño : «[...] principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual» (Caso **V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. No. 350, párr. 155).

Entiendo que las consideraciones realizadas en los precedentes mencionados resultan enteramente aplicables al caso en atención al delito investigado, sus particularidades y la minoría de edad de A.M.H.M.. Por tal motivo, corresponde rechazar los agravios defensivos relacionados con la ponderación de los medios de convicción de la causa.

b.- Corresponde también el rechazo del planteo formulado por la defensa contra la pena impuesta a su defendido.

Al argumentar su petición señala, en primer lugar, que no corresponde aquella pena por considerar que no se encuentran probados los hechos y, en segundo lugar, por entender que no es posible justificar la pena de nueve años impuesta pues en la sentencia no existe fundamento que la sustente. Veamos.

El juez de la instancia previa luego de tener por acreditados los hechos con base en las pruebas cuya ponderación llevó a cabo correctamente, tal como señalé, calificó los hechos y, tomó en consideración la escala penal correspondiente que oscila entre los ocho y los veinte años de prisión.

Valoró, de acuerdo con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, como circunstancias agravantes la reiteración de los hechos, la edad del acusado (40 años), su nivel de estudios –primario completo–, que se desempeñaba laboralmente y los resultados de los exámenes psíquicos practicados al acusado –a los que estimó desfavorables–.

De lo expuesto, advierto que la pena individualizada aparece debidamente fundamentada sin que advierta arbitrariedad en su determinación, más aún si se tiene en cuenta que se aleja en un año del mínimo de la escala penal. Por lo expuesto, considero que el agravio propuesto en relación con la determinación de la pena, tampoco debe ser acogido.

c.- En función de todo lo señalado, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante en relación con el rechazo del recurso promovido. En cuanto a las consideraciones vinculadas con la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**», «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín**», «**Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**».

Ello, por resultar aplicables al presente caso. De tal manera, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En relación con la valoración de la prueba con perspectiva de género, considero oportuno remitirme, en lo pertinente, a lo señalado en los **«Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita».**

En cuanto a las declaraciones de niños/as en Cámara Gesell y la valoración de los informes y declaraciones de profesionales emitidos en relación con ellas, me remito a lo señalado en el **precedente «Metral Osorio».**

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. E. M. M.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

39- DI MARCO. 10-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231010_FcDMA.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal. Imparcialidad del juez.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo de CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1900, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf
- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

Imparcialidad.

- Mopardo. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo:

CUJ: 13-07219065-8/1((028601-30460)) FC/ DI MARCO ARJONA P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (30460) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106379366*

En Mendoza, a los diez días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07219065-8/1 caratulada “F. c/ D. M. A., H. N. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de H. N. D. M. A. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1900, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-30460/22, a la pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo de CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado, conforme la acusación, que H. N. D. M. A. la noche del 13 de marzo de 2022, a partir de las 23hs, haciendo uso de amenazas y de violencia física abusó sexualmente de B.E.V.

Para así decidir, el tribunal valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones testimoniales de B.E.V., M. P., F. R., E.V.C.V., H. G. V. y P.F.V., la declaración de H. N. D. M. A. y el examen físico realizado a B.E.V.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone el recurso de acuerdo a las disposiciones del inc. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Refiere que el sentenciante, a minutos de iniciado el debate, tuvo la íntima convicción respecto de la existencia de los hechos y dirigió todo el debate bajo el influjo de dicho prejuicio, produciendo con ello la evidente afectación del derecho del acusado al debido proceso.

Así, sostiene que el sentenciante fue inconscientemente traicionado en su ansiedad de obtener pruebas que abrevien respecto de la tesis acusatoria. Así, durante la declaración de la víctima le manifestó «dígalos Sra., dígalos», lo que entiende que, de ninguna manera, debería convalidarse en esta instancia.

Asimismo, argumenta que el sentenciante les permitió a los testigos deponer sin interrupción, quienes, a diferencia del acusado, pudieron expresar cuanto creyeron conveniente.

Al respecto, expresa que el sentenciante interrumpió al acusado tres veces en pleno ejercicio de su defensa material, impidiéndole continuar libremente con su declaración.

Además, refiere que no se tuvo en cuenta que el acusado tuvo dos ACV, seis operaciones, que tenía setenta y seis años de edad y problemas auditivos.

Por otra parte, sostiene que las versiones aportadas por la víctima fueron muchas y disímiles.

También, argumenta que E.V.C.V., hija de la denunciante, relató hechos totalmente dispares a lo expresado por su madre, en este sentido expresó que su madre sufrió reiterados abusos sexuales el día del hecho. También la defensa refiere que E.V.C.V. miente en cuanto a la forma en que se habría producido el develamiento.

En este sentido, señaló que tomó contacto con su madre el 23 de marzo en horas de la tarde y luego de una posterior reunión en el domicilio de la misma, contradiciendo en un todo el relato de su pareja, H. G. V., quien expresamente refirió la existencia de una reunión previa en la mañana.

Por último, menciona la existencia de lesiones no comprobadas por el Cuerpo Médico Forense y, que luego fueron tenidas por probadas por el sentenciante. Asimismo, refiere que H. G. V., agregó una nueva e incompatible versión respecto del supuesto abuso.

Concretamente, expresó que el acusado tiró a la víctima contra la cama golpeando su cabeza contra el respaldo y poniéndola en posición de «cuatro patas» para así abusarla.

La defensa sostiene que esta versión no resulta coincidente con ninguna otra de las tantas versiones que del evento se aportaron, por lo que considera que existe un alto grado de parcialidad en la valoración de la prueba.

También argumenta que puede apreciarse en relación con los fundamentos dados por el delito de tenencia de arma que el sentenciante manifestó que, a quien hubiera correspondido imputar, era a la propia denunciante, aunque luego decantó por la atipicidad de la figura y finalmente terminó absolviéndolo por la duda.

Por último, refiere que el sentenciante justificó las mentiras o contradicciones de P.F.V., hijo de la denunciante, en algo tan grave y dirimente como fue que inventó que su madre le había mencionado la utilización de un arma y culatazos con la misma en el supuesto abuso. Al respecto, la defensa sostiene que esta versión no figura en el expediente ni en ninguna otra declaración.

Por lo expuesto, solicita se declare la nulidad absoluta de la sentencia, en tanto considera que, no se le permitió al acusado ejercer adecuadamente su derecho a la defensa material. Finalmente, hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Sostiene que, en los casos de abuso sexual, que son hechos que suceden en la intimidad fuera de la observación de terceros, la valoración probatoria es más amplia que en la investigación de delitos comunes.

En ella cobra un valor esencial el testimonio de la víctima, así como los informes psicológico-psiquiátricos de la víctima, como del acusado. Al respecto, sostiene que el testimonio de la víctima le resultó al sentenciante ampliamente creíble.

En cuanto a las interrupciones al acusado, considera que están absolutamente justificadas en tanto su relato divagaba por cuestiones ajenas al hecho que se le imputaba. Con relación al episodio durante la declaración de la víctima y que el sentenciante le decía «dígalos, Sra. dígalos», estima que ello sucedió ante la timidez y la vergüenza de la víctima de reproducir palabras que le resultaban soeces, por lo que el sentenciante le explicó que debe decir lo que sucedió.

Respecto a las diferencias en los testimonios de la hija, del hijo y del yerno de la denunciante, sostiene que tiene su explicación en la víctima les fue contando gradualmente lo que había pasado. Por lo expuesto, considera que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

De manera preliminar, debo destacar que luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada, no advirtiéndose la orfandad probatoria alegada, ni arbitrariedad al motivar su decisión.

De tal manera, y como se explicará, los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

En primer lugar, considero importante destacar, en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades.

En particular, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; «**Castillo Ordoñez**»; «**Sosa Ortubia y Lucero Lorca**»; entre otros).

Entiendo plenamente aplicables al caso ahora analizado las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, por su condición de mujer.

En función de esas pautas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

Del escrito recursivo surge que el planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la valoración de la prueba realizada por el sentenciante.

Al respecto, considero que tal agravio deber ser rechazado, en tanto considero que los diversos elementos de prueba incorporados y producidos durante el debate fueron valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, derivando la decisión condenatoria especialmente de la ponderación de los testimonios rendidos en el debate, a los que se confirió credibilidad, así como de la prueba debidamente incorporada.

La defensa sostiene que el juez de la instancia anterior durante la declaración de la víctima le manifestó «dígalo Sra., dígalo» en su ansiedad por obtener pruebas de cargo.

Ahora bien, de la reproducción de la declaración de B.E.V. durante el debate surge que el sentenciante, ante la timidez y la vergüenza de aquélla en la reproducción de ciertas palabras, le manifestó que las dijera tranquila, que eran personas grandes y que estaban acostumbrados a escuchar esas cosas en los juicios.

De esta manera, la víctima manifestó en forma angustiante, que el acusado le expresó «mientras más enojado estoy, más ganas de coger tengo».

De tal manera, en ningún momento el juez de la instancia anterior infringió su deber de imparcialidad e imparcialidad (ver, al respecto y en lo pertinente, «**Mopardo Dupox**», «**Flores González**», entre otros), por lo que el agravio no puede ser de recibo. La declaración de B.E.V. fue considerada por el sentenciante creíble, en su totalidad, en tanto refirió que fue un testimonio absolutamente homogéneo, claro, sin fisuras de ninguna naturaleza, verosímil, con amplios detalles y que, en lo sustancial, se correspondía con la denuncia y con la ampliación realizada durante la Investigación Penal Preparatoria.

También mencionó el juez que el testimonio de B.E.V. fue veraz, en tanto brindó pequeños detalles que son producto de la espontaneidad.

Como, por ejemplo, que se encontraba acostada en la cama y cuando se dio vuelta para el lado donde se

encontraba al acusado comenzó el abuso, que perdió el conocimiento y cuando lo recuperó, el acusado se encontraba con el celular, lo recordaba porque con la luz del celular se guió para ir al baño.

Asimismo, el juez de la instancia anterior estimó que el testimonio de B.E.V. fue corroborado por el informe de su examen psicológico-psiquiátrico y por el testimonio de las licenciadas M. P. y F. R. del equipo de abordaje de abuso sexual del Cuerpo Médico Forense.

Así, las profesionales manifestaron que el relato de la víctima no presentaba contradicciones internas, que era espontáneo, inestructurado, con coherencia lógica, claro, concreto, sin titubeos, emocionalmente comprometido, con aportes de amplios detalles temporales y espaciales.

Por su parte, destacaron que lo relatado por B.E.V. tenía suficientes indicadores que lo tornaban creíble, como así también sintomatología que acompañaba lo expresado.

Además, sostuvieron que del examen del testimonio de la denunciante no se advertían indicios de presión de terceros, como así tampoco indicadores de obtener fines gananciales, o que fueran compatibles con fabulación o mitomanía.

A ello, debe agregarse que las profesionales indicaron que a partir del hecho traumático vivenciado por B.E.V., la víctima presentaba criterios compatibles, según DSM 5, con un trastorno por estrés postraumático. Entre esos indicadores: volver a experimentar las sensaciones (reviviscencia, flashbacks que le hacía sentir como si estuviera pasando por el evento nuevamente, pensamientos aterradores); síntomas de hipervigilancia y reactividad (se sentía fácilmente sobresaltada, tensión constante, dificultad para dormir); síntomas cognitivos y del estado de ánimo que consisten en cambios negativos en creencias y sentimientos, incluyendo pensamientos negativos sobre ella misma y el mundo, siente culpa y remordimiento.

Por su parte, afirmaron que la víctima presentaba sentimientos de tristeza, indefensión y desamparo, desmotivación general, gran temor al agresor, trastornos del sueño (insomnio), ansiedad, angustia, pobre autoconcepto y baja autoestima, sentimientos de venganza, temores diversos, dependencia excesiva, rechazo del propio cuerpo con una necesidad compulsiva de higienizarlo, impotencia, inseguridad, llanto incontrolable, desconfianza, desánimo, problemas estomacales y disminución del apetito. Agregaron que estos síntomas sumado al síndrome de estrés postraumático, son indicadores compatibles con haber vivenciado hechos de violencia sexual.

En cuanto al agravio referido por la defensa respecto de las distintas versiones aportadas por la víctima, a mi modo de ver, el cuestionamiento no puede ser acogido.

Se advierte de la resolución cuestionada que el juez de la instancia anterior lo justificó correctamente. Así, refirió que exigirle, después de un año, a una víctima de un abuso sexual, violento e inesperado, que declare en un juicio con la precisión de quien relata con total neutralidad y frialdad, es realmente separarse de las reglas de la sana crítica racional que debe guiar la interpretación de la prueba en el proceso penal. Asimismo, del informe del examen psicológicopsiquiátrico de la víctima surge que presentaba problemas para recordar cosas importantes sobre el evento traumático.

Asimismo, el sentenciante sostuvo que la declaración de E.V.C.V., hija de la denunciante, refrendó sus dichos.

En este sentido, lo consideró un testimonio absolutamente coherente, homogéneo y detallado.

Fue totalmente clara al relatar el estado en que se encontraba su madre, cómo fue enfrentarse con un hecho más grave de lo que le había contado su madre y cómo enfrentaron al acusado, quien los decepcionó en tanto lo consideraban parte de la familia.

La testigo refirió sentir ante la situación mucha impotencia y miedo. La testigo también refirió haberle

visto a su madre los moretones en el cuerpo y la falta de cabellos en la cabeza.

Es de señalar, que tampoco tiene entidad para conmovir la decisión del juzgador la alegación de la defensa en relación con que la versión dada por E.V.C.V. y H. G. V., es distinta a la brindada por B.E.V. Ello, en cuanto es lógico que los hijos de la denunciante relataran hechos distintos, en tanto, tal como razonadamente argumentó el sentenciante, es lógico que la víctima no les contara con todos los detalles un hecho tan vergonzante y humillante, como si estuviera declarando bajo juramento.

En efecto, E.V.C.V. y su pareja H. G. V. fueron claros al relatar que tomaron conocimiento de la gravedad de los hechos a medida que iba pasando el tiempo y que la víctima podía revelarles el hecho que había sufrido. Así, H. G. V. declaró que en un principio solo fueron golpes, gritos e insultos y que luego tomaron conocimiento que sucedieron cosas más graves.

Con respecto, al agravio referido a que P.F.V., hijo de la denunciante, agregó en su relato que el acusado golpeó a la víctima con un arma de fuego, el sentenciante consideró que, tal argumento probablemente fue producto de cómo elaboró en su psiquismo tal situación, en tanto se encontraba a muchos kilómetros de distancia cuando recibió la noticia del hecho por parte de su hermana mediante una videollamada.

En efecto, el juez de la instancia anterior sostuvo que, si la intención era perjudicar al acusado e inventar el relato de los hechos, tal como lo sostiene la defensa, la víctima podría haber declarado que H. N. D. M. A. le pegó con el arma de fuego, pero sin embargo no lo hizo, en tanto no fue su intención agravar la situación del acusado.

En este sentido, el sentenciante refirió que estas discordancias entre el testimonio de la víctima con el de sus hijos y su yerno, revelan que no responden a un libreto, en tanto argumenta que, cuando hay un relato inventado todos coinciden hasta el más mínimo detalle. Sin embargo, en el caso concreto se trata de relatos inestructurados y es justamente esa inestructuración lo que le da credibilidad y refuerza la veracidad de lo denunciado.

Además, se advierte que el testimonio de la víctima se encuentra corroborado por el examen físico realizado a B.E.V., en el que surge que las lesiones constatadas fueron concordantes con su relato.

Por otra parte, la defensa refiere que el sentenciante interrumpió en tres oportunidades al acusado durante su declaración, afectando de esta manera su derecho de defensa material.

Entiendo que tales interrupciones se encontraban justificadas, en tanto de la reproducción de la declaración del acusado en el debate se observa que el acusado divagaba por cuestiones absolutamente ajenas al hecho que se le imputaba.

Así, se refería a la adolescencia de la víctima y a su historia de vida, por tal motivo el sentenciante lo interrumpió manifestándole que no quería coartar su derecho de defensa, pero que debía declarar sobre el hecho que se le imputaba y no sobre la vida de la presunta víctima.

En efecto, le solicitó que le explicara qué relación tenía con el hecho lo que estaba declarando, porque de lo contrario no le iba a permitir extenderse sobre algo que no tenía nada que ver con el hecho.

De tal manera, no se advierte vulneración alguna al derecho de defensa del acusado pues el tribunal está facultado, y es su deber, dirigir el debate en procura de dilaciones indebidas.

En este orden, debe tenerse presente que el **art. 384 del CPP** dispone que: «El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa».

Por último, en cuanto al agravio referido a los fundamentos dados relacionados con el delito de tenencia de arma, estimo que tampoco debe hacerse lugar a la pretensión de la defensa, en tanto el recurrente no

explica concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Asimismo, se advierte que el sentenciante manifestó que, en su íntima convicción considera que el acusado es el dueño del arma de fuego, en tanto sostiene que no tendría sentido que la Sra. B.E.V. entregara el arma de fuego de la cual ella misma hubiera sido la propietaria. En este sentido, es de destacar que el delito de tenencia de arma de fuego no guarda relación con el delito de abuso sexual con acceso carnal.

En síntesis, considero que el tribunal de sentencia sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y con la debida perspectiva de género, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**» y «**González Sosa**», entre otros).

En función de lo señalado, considero que la primera cuestión planteada al acuerdo debe ser respondida de manera negativa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**» y «**Zurita**», por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

Por ello, estimo que la primera cuestión planteada debe ser respondida de manera negativa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por H. N. D. M. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

40- MIRANDA. 23-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	EG	NNA	-	-	-	-	-	-	-	-	3°	-	-	474 353

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231023_FcMDR.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo cuarto, letras b y f y 125, 3° párrafo. 59 inc. 3°, 62, 67, 4° párrafo del CP. Ley 26705 y 27206. CDN. Convención Belém Do Pará.

Vox: NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Guarda. Delito continuado. Promoción a la corrupción de menores agravada. Prescripción. Tutela judicial efectiva. Interés superior del niño. Analogía in malam partem.

Summa:

El TPC hizo lugar al recurso de apelación articulado por la defensa técnica de R. J. M. D. y declaró prescripta la acción penal seguida en su contra por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda bajo la modalidad delito continuado y promoción a la corrupción de menores agravada en razón de la convivencia preexistente con la víctima (arts. 119, párrafo tercero y párrafo cuarto, letras b y f y 125, tercer párrafo, todos del CP).

La **Fiscalía y el titular de la Jefatura** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto y remite a los argumentos allí articulados.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Resolución pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados*a-SCJM*

- Lemos Delfino. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcLDL.pdf
- Lucero Ramírez. 20-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf
- Puebla Arias. 12-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcPAJ.pdf
- Maio Graña. 05-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221205_FcMGP.pdf
- Maza. 10-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200610_FcMJO.pdf

Precedentes relacionados*a-SCJM*

- Godoy Flores. 29-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=610>
- Fernández, Pedro. 30-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180830_FcFPA.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-05387356-6/1((018602-765077)) FC/ MIRANDA DIAZ ROLANDO JAVIER (765077) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105561332*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05387356-6/1 caratulada "F. C/ M. D. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La fiscal titular de la Fiscalía de instrucción N° 8 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual y el titular de la Jefatura de delitos contra la integridad sexual interponen recurso de casación (fs. 46/50) contra la resolución proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se hizo lugar al recurso de apelación articulado por la defensa técnica de R. J. M. D. y declaró prescripta la acción penal seguida en su contra por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad y por la guarda bajo la modalidad delito continuado y promoción a la corrupción de menores agravada en razón de la convivencia preexistente con la víctima (arts. 119, párrafo tercero y párrafo cuarto, letras b y f y 125, tercer párrafo, todos del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa hizo lugar al recurso de apelación articulado por la defensa técnica y declaró prescripta la acción penal seguida en contra de R. J. M. D. por los delitos contra la integridad sexual imputados.

Para así decidir, la jueza entendió que la acción penal perdió vigencia para el año 2017, encontrándose prescripta para la fecha en la que la denuncia fue formulada, el 28 de octubre de 2019, ocasión en la que el denunciante contaba con 32 años de edad.

En este sentido, consideró que la modificación de las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal en casos de delitos contra la integridad sexual de niños y niñas contenida en las leyes **26.705 y 27.206 no era de aplicación retroactiva.**

Agregó que, si bien se trataba de un hecho aberrante, no podía considerarse imprescriptible y que los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal imponían aplicar la solución más beneficiosa para el acusado, esta es, el sobreseimiento por prescripción de la acción penal (véase audiencia de apelación, min. 06 y ss.).

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP, por considerar que existen vicios sustanciales en la resolución que cuestiona.

Sostiene que el cómputo de la prescripción en los delitos contra la integridad sexual debe llevarse a cabo contemplando la reforma introducida por la ley 26.705, conforme la cual se modificó el **art. 67, párrafo cuarto**, del CP en relación con las causales de suspensión del curso de la prescripción.

Señala que de la interpretación integral del nuevo plexo legal se infiere que el transcurso del plazo de la prescripción se encuentra supeditado a la condición de que la víctima del ilícito formule por sí la denuncia pertinente (en el supuesto que fuese mayor de edad), o bien ratifique la ya interpuesta por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Expresa que, en el presente caso, M. P. A. –nacido el 8 de mayo de 1987– denunció que desde los cuatro a los dieciocho años de edad fue víctima de sistemáticos actos lesivos a su integridad sexual por parte de R. M., su tío materno.

El denunciante puntualizó que era obligado a ver películas pornográficas, penetrado analmente y amenazado de muerte en caso de ventilar lo sucedido.

En esta línea, la fiscal sostiene que «en estricta observancia a los dos nuevos supuestos de suspensión, teniendo en consideración la referencia temporal de las circunstancias aportadas por el Sr. A. y toda vez que, a criterio de esta Jefatura, el encuadre típico adoptado debe ser interpretado como ejecutado bajo la **modalidad de delito continuado**, conforme el plazo de duración de la pena se corresponde con la calificación legal inicialmente adoptada y de acuerdo a los preceptos establecidos en el inciso 2 del art. 62 de la Ley de fondo (12 años como límite máximo); resulta que la acción penal que emerge de aquel se encontraba plenamente vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley 26.705 (la primera en el tiempo)» (f. 48 vta.).

A partir de aquí, postula que atento a que en este tipo de ilícito la referencia para computar el plazo de prescripción es la fecha de comisión del último acto que integra la secuencia delictiva, esto es, el año 2005 –que se corresponde con la mayoría de edad de la víctima–; durante la transición de dicho plazo el legislador nacional clarificó la norma interna, adaptándola al Derecho internacional suscrito, condicionando el desarrollo del plazo de prescripción de la acción a la radicación de la denuncia de la víctima mayor de edad, lo que, en el caso que nos ocupa, se concretó el día 28 de octubre de 2019. Cita jurisprudencia en apoyo de su tesis.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de contestar la vista en relación con el recurso interpuesto, mantiene el recurso interpuesto y remite a los argumentos allí articulados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, el Ministerio Público Fiscal critica la aplicación de la ley sustancial, específicamente respecto de las normas que regulan el instituto de la prescripción en el Código penal y su aplicación a la luz de las reformas introducidas por las leyes 26.705 y 27.206.

Sobre estos temas ya he sentado mi opinión (ello, al adherir en diversos precedentes a las consideraciones vertidas en el voto preopinante; ver, al respecto, «**Lucero Ramírez**», «**Puebla Arias**»).

A continuación, realizaré una breve referencia a las consideraciones vertidas en aquellas oportunidades y, finalmente, las aplicaré al caso de autos.

El Ministerio Público Fiscal postuló la suspensión del plazo de la causal de suspensión del curso de la prescripción incorporada por la ley 26.705 al art. 63 del CP (luego derogada, modificada e incorporada al art. 67 del CP por ley 27.206).

Por el contrario, la jueza de la instancia anterior consideró que a partir de los principios de legalidad e

irretroactividad de la ley penal debía aplicarse la solución más beneficiosa para el acusado, esta es, el sobreseimiento por considerar que la acción penal se encontraba extinguida por haber transcurrido el plazo máximo de la prescripción desde la fecha de los hechos (véase audiencia de apelación, min. 06 ss.). Bien, resumido el núcleo de análisis conforme la pretensión del Ministerio Público Fiscal y la sentencia puesta en tela de juicio, entiendo que corresponde confirmar la resolución cuestionada, ya que la invocación de las disposiciones de la **Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Belem do Pará**, en torno a la noción de tutela judicial efectiva y el interés superior del niño, no puede neutralizar la vigencia de las normas convencionales que disponen la plena vigencia del principio de legalidad. Caso contrario se produciría una violación a las garantías de debido proceso y la defensa en juicio.

Así, de seguirse la tesis del Ministerio Público Fiscal respecto de la interpretación que corresponde realizar a las disposiciones del Código penal sobre prescripción se atentaría contra los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa.

Por ende, entiendo acertado el razonamiento la jueza de la instancia previa cuando aplicó al caso la ley penal más benigna que rige el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal, pues la modificación introducida por las leyes 26.705 y 27.206 se llevó a cabo con posterioridad a la ejecución de los hechos que se atribuyera a M. D..

Como explica la jueza de la instancia previa –en línea con lo sostenido por esta Sala en **«Lemos Delfino»**–, conforme el relato de la víctima, los abusos habrían cesado en el año 2005, cuando el denunciante cumplió la mayoría de edad, momento en que comenzó a computarse el plazo de prescripción del delito, el cual, conforme lo establecido por el art. 67 CP, se cumplió en el año 2017.

Por ende, no obstaría a este hecho la sanción de la ley 26.705 en el año 2011, pues sus disposiciones serían más gravosas y posteriores al hecho.

De este modo, coincido con el temperamento de la jueza cuando considera que la acción penal estaría prescrita con base en que la ausencia de ley pueda ser suplida con base en lo establecido con la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, de sostenerse la aplicación de las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal introducidas por las leyes 26.705 y 27.206, para supuestos de hechos acontecidos con anterioridad a dichas reformas legislativas, se violaría el principio de legalidad, y con ello las garantías de debido proceso y defensa en juicio.

Así, de asumirse la toma de postura del Ministerio Público Fiscal se realizaría una interpretación extensiva de las normas y la jurisprudencia internacionales en perjuicio del imputado. Dicho de otro modo, se avalaría la aplicación de **una analogía in malam partem** contraviniendo así numerosos tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, debe señalarse en relación con la consideración de los hechos por parte de la acusación como delito continuado que este Tribunal se ha expedido al respecto, en sentido contrario, en el precedente **«Maio Grana»**.

A modo de conclusión, no se advierte en la resolución puesta en crisis vicio de motivación alguno que amerite su anulación.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En cuanto al criterio que respecto a la prescripción de la acción penal que refiere el ministro que me precede estimo que conviene recordar el que sustenté en el precedente «**Lemos Delfino**», así como posteriormente en «**Puebla Arias**», «**Fernández, Pedro**» y «**Camargo**», entre otros.

Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Después de estudiar las constancias de la causa y analizar los planteos de las partes, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso incoado por el Ministerio Público Fiscal. Sobre esta cuestión ya me he pronunciado con especial claridad en los precedentes «**Maza**» y «**D.**».

En efecto, en esas oportunidades sostuve que tanto la ley 26.705 (B.O. 5/10/2011) como su modificatoria, la ley 27.206 (B.O. 9/11/2015) comparten sus fundamentos en tanto cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de protección de los derechos de los niños y niñas y adolescentes.

A su vez, allí sostuve que el contenido de los arts. 62 y 63 del CP, aún antes de la sanción de la ley 26.705, pero con posterioridad a la jerarquización constitucional de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el art. 75, inc. 22 de la CN, ya llevaban ínsitas las consecuencias hermenéuticas propuestas por la parte recurrente.

Ello, en tanto las mismas son una implicación derivada de la obligación del Estado argentino de adoptar las medidas tendientes a asegurar a los niños y niñas la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

Mientras que, del art. 3, última parte, de la Convención señalada, surge que, en caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños y niñas frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros.

Con base a lo expuesto, estimo que las disposiciones del art. 62 y 63 del CP, vigentes al tiempo de la comisión de los sucesos objeto del proceso, deben ser interpretadas en consonancia con las disposiciones del derecho internacional referidas, las que se encontraban vigentes al momento de comisión de los hechos, y demandaban a los Estados partes adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivas las convenciones con jerarquía constitucional.

En suma, con base en el criterio que sustentó, estimo que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y hacer lugar al recurso interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial, que declara prescripta la acción penal de los delitos atribuidos a R. J. M. D..

2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

41- TILLAR. 24-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	M	-	PCE IE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231024_FcTGH.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo del CP.

Vox: Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Coito vestibular.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cuatro años** de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1758 (26-08-21), pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Villegas Giménez. 18-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>

Doctrina citada

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo

CUIJ: 13-06745230-9/1((018601-23670)) FC/ TILLAR GIOL HECTOR SOEL P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (23670) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106002528*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06745230-9 caratulada “F. c/T. G. H. S. S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de H. S. T. G., formula recurso de casación contra la sentencia N° 1758 de fecha 26 de agosto de 2021, obrante a fs. 767 y sus fundamentos de fs. 769/779 y vta., en tanto condena al nombrado a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima, previsto y sancionado por el art. 119 segundo párrafo del CP.

La resolución cuestionada fue dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P 23670/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que «[...] corresponde encuadrar legalmente la conducta de T. G. H. S. en las previsiones del art. 119, segundo párrafo del Código Penal. Compartiendo parcialmente la postura sustentada con el Sr. Fiscal en audiencia de debate oral, en el sentido de considerar probada la existencia de un suceso delictivo con contenido sexual, la entidad lesiva del mismo y la autoría material del imputado, aunque subsistiendo dudas sobre la circunstancia calificante del párrafo tercero del artículo 119 del Código Penal, originariamente contenida en la requisitoria fiscal y en atención también al resto del material probatorio ya analizado, el hecho que se le atribuye al encartado configura efectivamente el delito de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE PARA LA VÍCTIMA previsto y penado por el párrafo segundo del artículo 119 del Código Penal [...]

Considera **Donna** que, configura el delito previsto en el segundo párrafo del art. 119 del CP., el sometimiento sexual gravemente ultrajante sufrido por la víctima, por parte del sujeto activo, habida cuenta que la conducta sobrepasó los límites normales del tipo penal, tanto desde el punto de vista objetivo con el subjetivo.

Al respecto tengo dicho que, se trata de un subtipo de abuso sexual agravado que tiene su origen en la figura madre que sería el abuso sexual simple, por lo que se requiere que concurren los elementos estructurales de la fórmula del primer párrafo del art. 119 y los elementos exigidos por el tipo penal del segundo párrafo.

A su vez, el agravamiento encuentra su fundamento en conductas de contenido sexual que resultan humillantes y degradantes para la víctima con el alcance de “ultraje” ya sea por las circunstancias en que el sujeto activo ejecuta el delito o la duración del hecho delictivo.

Así, el abuso sexual se torna gravemente “ultrajante” por las circunstancias, como se da en la presente causa en aquellos supuestos donde el contexto en el que se desarrolla la conducta delictiva (modo, tiempo, lugar). Adviértase que al realizarse en determinadas circunstancias la integridad sexual y dignidad se ven aún más afectadas.

Aquí el hecho de ser perpetrado en un consultorio médico, siendo su autor médico y aprovechando la doble facilidad que le otorgó la condición conjunta de hombre y médico en relación a la víctima mujer y paciente, importa una circunstancia que agrava el tipo básico» (ver fs. 777 vta./778).

Al momento de decidir así, el juez valoró las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por E.F., Gladys Carmona, Mayra Rodríguez, Ana T., Subcomisario O. R., G. L., A. P., M. d. H., C. G., L. S., M. C., L. S., J. L. R., C. H. D., A. A., J. R., A. A. G. y el resto de las pruebas debidamente incorporadas.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso de casación a tenor de las prescripciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Sostiene que se han violado el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio, consagrados en el art. 18 de la CN y tratados de DDHH, el art. 8.2 CADH, arts. 11.1 DUDH, art. 14.2 PIDCP.

Afirma que en consecuencia se vulneraron los arts. 2 y 155 y resultan aplicables del art. 474 inc. 1 y 2 y art. 416 inc. 4 de la ley de rito.

Conforme el art. 474 inc. 1 se ha inobservado la legislación sustantiva vigente, la CN, Convenciones Internacionales que en forma expresa enaltecen el principio de la duda en favor del imputado.

A tenor de las previsiones del inc. 2 del art. 474 considera que se han vulnerado disposiciones procesales que determinan la nulidad de la sentencia.

Considera que la fundamentación de la sentencia es deficiente al haber valorado en forma parcial y contradictoria la prueba, inobservando reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo –en particular la declaración de E.F.–.

El recurrente cuestiona la valoración llevada a cabo por el juez respecto del testimonio de E.F., señala que el juez de la instancia previa consigna en los fundamentos que no confía plenamente en el relato de la denunciante, así señala que «las versiones controvertidas se concentran en el momento que se desarrolla dentro del box y es allí donde el relato de la víctima presenta algunas deficiencias».

Entiende la defensa que esta afirmación da cuenta de que las deficiencias del relato de E.D.F. se dan justo allí donde no entran los «ojos de los terceros» y donde se hace compleja la materia probatoria en estos delitos. Refiere que, de no poder confiar plenamente en el testimonio de la víctima, en el aspecto neurálgico nos encontramos con una valla insuperable de duda.

Expresa que el juez destacó que en la primera versión aportada por E.D.F. no hubo dato alguno en relación al cuadro psíquico en que se encontraba al momento del hecho, en contraste en la segunda declaración comenzó delineando su estado psíquico, puso de relieve el juez que el testimonio de E.D.F. pasó a tener mayor nivel de detalle con el transcurso del tiempo, en sentido inverso a lo que usualmente ocurre.

Formula referencias a circunstancias detalladas por E.D.F. en el debate que resultaron novedosas, así el sangrado vaginal alegado por aquella.

Critica la valoración de la prueba y el testimonio de los profesionales de la salud y considera que también en este punto es posible advertir la falta de confianza en el relato de E.D.F.

El recurrente extracta parte de los fundamentos en los que se alude a la declaración de L. R., a la de la Lic. M. E. C., de la Dra. De H. y Lic. S. y considera que el juez ha interpretado la declaración de E.D.F. en el sentido de «Le creo, pero no del todo. Le creo un poco, pero sé que no dice la verdad. No es confiable, pero me alcanza» (ver fs. 796) y, se pregunta el defensor si a eso es posible llamarle certeza.

El defensor analiza la prueba pericial física y el testimonio de la Dra. C. D. H.. En este punto principia por señalar que el juez descartó la agravante del acceso carnal y, referencia la sección de los fundamentos en las que el juez señala que la pericia física no contribuye con la teoría del caso de las acusaciones y que su valor es neto en perspectiva de descargo.

Critica que no obstante haber considerado que de la pericia física era posible descartar el acceso carnal ello no importaba tachar de falaz la declaración de la víctima y admitir la posibilidad de una falsa sensación de penetración.

El recurrente considera que el hecho de descartar este aspecto central no puede importar la valoración en forma neutra al abordar la credibilidad de la declaración de E.D.F. Formula también el defensor la referencia a otra circunstancia novedosa referida en el debate por Ferrada, y que también fue descartada por el juez, esto es las lesiones sangrantes señaladas por la denunciante.

Afirma también que el juez deslizó una crítica acerca del crédito del testimonio de G. L., hija de E.D.F. En otro orden, refiere al desgrabado de mensajes advertido por el juez en la sentencia y cuestiona la valoración que de tal evento realiza el juez de la instancia previa, puesto que, aunque le resulta llamativo no restó crédito al testimonio de E.D.F.. Señala el defensor que pese a que el juez nota deficiencias en la pericia psicológica practicada por el E.De.A.S no dejó de asignarle importancia al momento de valorarlo como prueba que abona la credibilidad de E.D.F. (ver fs. 800).

También critica el examen psicológico practicado a E.D.F., señala que es deficiente en cuanto a la calidad de la información que brinda aquella, considera que calla información, oculta otra y revela información falsa que pudo ser contrastada a través de las notas de los profesionales con hechos probados. En cuanto a la calificación legal se agravia por su cambio sorpresivo.

Expresa que los acusadores al alegar lo hicieron por el delito de abuso sexual con acceso carnal, así contra esa acusación se alzó la defensa y estructuró su estrategia de defensa no solo durante el debate sino también al alegato de cierre.

Considera que el juez realizó un uso literal y arbitrario de la potestad legal (art. 413 del CPP) pero que no resultó armónico con las garantías que hacen al debido proceso y derecho de defensa en juicio, de manera tal que el a quo se apartó de la teoría del caso que propusieron las partes y sorprendió a las partes del contradictorio.

Agrega que la sorpresa no sólo no fue materia de debate, sino que incluso mediaba de forma previa una consulta en el ámbito del Ministerio Público donde el Fiscal en Jefe ordenaba mantener esa calificación jurídica.

Añade que la figura del párrafo segundo del artículo 119 del Código Penal no aparece como subsidiaria o residual en relación a un acceso carnal no acreditado y que existió la posibilidad de que el juzgador antes de dictar sentencia advirtiese a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica de los hechos materia de acusación.

Señala que el agravio gira en torno a que no se ha dado una calificación jurídica distinta sin más, en estricta aplicación del principio iura novit curia, sino que el tribunal no alcanzó certeza para condenar por la calificación propuesta y recurrió a otra figura y de ese modo «suplantó» a los acusadores.

Afirma que ha existido contradicción en torno a la valoración del testimonio único en delitos de índole sexual y que tal circunstancia toma mayor relevancia sobre el final de la segunda cuestión.

Agrega que el juez instruye sobre estándares de valoración del testimonio único y considera que las frases que señala el propio juez resultan incompatibles con los estándares que cita ya que es el juez quien ha

puesto en duda la verosimilitud del testimonio y la falta de corroboración periférica de aspectos centrales del relato. Reclama la aplicación del principio de duda en favor del acusado.

En función de lo expuesto, solicita que se absuelva a su asistido y para ello, se case la sentencia.

En subsidio, peticiona que se lo condene por el delito de abuso sexual simple o, bien declare la nulidad del acto sentencial cuestionado por considerar que la contradicción en la línea argumental del juez es evidente. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, dictamina a fs. 815/818 y, luego de analizar los agravios formulados por el defensor del acusado se expide sobre la admisibilidad formal del recurso, aunque considera que debe ser rechazado en el fondo.

Expresa que el recurso gira en torno a descalificar el testimonio de la víctima incluso transcribiendo contradicciones que el juez advierte, pero sobre las cuales brinda respuestas.

Señala la importancia de valorar adecuadamente el testimonio único, labor que considera ha llevado correctamente a cabo el juez. Añade que las declaraciones de la víctima fueron valoradas y sus diferencias fueron advertidas no obstante el juez no dudó sobre la existencia del suceso y brindó explicaciones.

Confrontó la versión del acusado y le pareció inverosímil y, por otro lado, corroboró la versión de la víctima con elementos periféricos y para ello valoró los exámenes psicológicos y físicos incorporados a la causa.

En relación con el cuestionamiento a la calificación legal invoca jurisprudencia de esta Sala en virtud de la cual concluye en que corresponde el rechazo de ese agravio.

Agrega que la calificación se encuentra fundada y que los agravios más que vicios reflejan la discrepancia de la defensa en el legítimo ejercicio de su cargo. Aconseja el rechazo del recurso y la convalidación del acto sentencial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso casatorio formulado y el acto sentencial cuestionado, anticipo opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados, puesto que, a mi criterio, no se verifican los vicios expuestos por el recurrente. Paso a explicarlo.

Corresponde señalar, en primer lugar, que discrepo con el recurrente en cuanto a que la fundamentación de la sentencia resulta deficiente, contradictoria y, parcializada.

Por el contrario de su análisis surge que el juez de la instancia anterior, detalló los elementos convictivos y su ponderación ha resultado integral, vinculando los medios de prueba, sin que se advierta omisión de valoración que resulte dirimente.

De tal manera, el acto sentencial luce fundado sin que –a mi criterio– padezca las falencias que le asigna el defensor, puesto que, contrariamente, considero que la motivación resulta expresa, clara, completa y lógica (LS 344-170, 349-14, entre otros)

Concuero, en este sentido, con el Procurador General en cuanto a que los vicios formales denunciados por el recurrente, más allá de abundar en detalles sobre la denunciada incorrecta valoración de los medios de prueba, se estructuran en torno a las manifestaciones de la denunciante, E.D.F., su confrontación con el resto de los elementos de convicción, y la valoración probatoria que de ellas llevó a cabo el sentenciante.

Por otro lado, la defensa, cuestiona la calificación jurídica asignada por el juez al hecho que consideró acreditado, y sostiene que esta mutación le resultó sorpresiva y que el juez de la instancia previa realizó

un uso literal y arbitrario de la potestad establecida en el art. 413 del CPP en detrimento de las garantías del acusado.

En relación con los planteos formulados en torno a los dichos de la denunciante de cuya defectuosa valoración en la sentencia, la defensa cuestiona la ponderación efectuada por el juez del testimonio único en delitos de índole sexual, y afirma que ha sido contradictorio, por un lado, asignar valor a algunas afirmaciones de E.D.F. y, por otro lado, dudar de la verosimilitud de tal testimonio.

Al respecto he señalado que, una de las características principales de los delitos sexuales, es que generalmente se llevan adelante en clandestinidad, de manera que no es posible contar con testigos presenciales u otras pruebas directas del hecho denunciado.

Al tratarse de eventos en los que es frecuente que no exista conocimiento o intervención de otras personas, suele acontecer que tampoco queden evidencias físicas que permitan acreditar su existencia material –lesiones o rastros de material genético–, motivo por el cual el testimonio de la víctima resulta de valor fundamental como prueba en el proceso.

Si, además, la víctima es una mujer, como en el caso de autos, ello implica que el caso se encuadre como de «violencia en contexto de género».

En este orden, se refuerza el valor que ostenta el testimonio de la víctima en relación con la denuncia de estos comportamientos delictivos. En función de ello, tales testimonios devienen en elementos relevantes, para formar criterio, más aún, si lucen coherentes y se compadecen con otras pruebas que los cohonestan (ver al respecto, lo referido en el precedente «**Villegas Calabretto**»). En este sentido, tal como afirmé en pronunciamientos anteriores («**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**» entre otros, a los que me remito en lo pertinente), en aquellos casos en que la víctima de un delito sexual es una mujer, no es facultad de los tribunales de justicia, la adopción o no de la perspectiva de género al momento de interpretar las pruebas.

Contrariamente tienen el deber jurídico de asegurar que esta tarea contemple, de forma especial, la vulnerabilidad o asimetría de poder del varón sobre la mujer, así como características del contexto en que se desarrollan tales hechos.

Analizados tales extremos en relación al caso de autos y, en particular a los fundamentos de la sentencia disiento con el recurrente en cuanto a que ha existido por parte del sentenciante desconfianza respecto de las manifestaciones de la víctima, E.D.F.

Por el contrario, el juez ha considerado no corroborado por pruebas objetivas el acceso carnal vía vaginal, en forma digital del acusado a E.D.F. y, ello en base a la valoración llevada a cabo.

En este sentido expresó el juez que la calificación legal alternativa se sustenta en: « [...] a) la imposibilidad de acreditar la aplicación del tercer párrafo del art. 119 por subsistir un estado de duda sobre su tipo objetivo específico calificante; **b)** la presencia de una circunstancia de realización que, a mi juicio, ha resultado ser gravemente ultrajante para la víctima desplazando la posibilidad de considerar la conducta del causante como un mero abuso simple, más allá de reconocer el suscripto que, el hecho, ponderado en su faz naturalista, encuadra diáfananamente en aquel espacio normativo».

En este orden, examinó el juez las distintas declaraciones prestadas por E.D.F. y de las consideraciones vertidas se desprende que advirtió diferencias entre la primera declaración, la segunda y la vertida en debate.

En la segunda ocasión, EDF, hizo referencia sobre su estado psíquico al momento del hecho, y señaló que sufrió una suerte de desvanecimiento que no le permitió ensayar maniobras defensivas y que contó con dificultades para trasladarse por un suceso que había vivenciado.

En tanto, entre el primer relato y el llevado a cabo en audiencia de debate encontró diferencias relativas a la posición en la que se encontraba E.D.F. en la camilla al comenzar la secuencia del acto de contenido sexual, la actitud que asumió la denunciante en relación a si hubo o no acciones tendientes a manifestar una negativa a prestar consentimiento, y la posición en que se encontraba al recibir los besos violentos y los tocamientos digitales del acusado. Destacó así que en la primera versión E.D.F. no aludió al cuadro psíquico en el que se hallaba al momento del hecho (fs. 770 vta/771 vta.).

A partir de ello, al momento de la ponderación del testimonio de la víctima, el juez consideró que existían datos en su testimonio que mermaban su crédito convictivo.

Específicamente expresó que «[...] lo que mi experiencia como magistrado y la literatura indica, acerca de que, los testigos víctimas, cuando han sufrido una experiencia traumática, tienden a tener un relato más coherente, conexo y rico en detalles en momentos inmediatos al hecho, en este caso, las versiones de [E.D.F.] fueron fluctuando en sentido inverso, es decir a mayor avance de la instancia, mayor nivel de detalle, lo cual constituye un factor de relevancia» (fs. 771 vta.).

Y, al examinar las constataciones periféricas señala que sólo existen dudas –insuperables para el juez– sobre la introducción de los dedos del agresor en la cavidad vaginal de la víctima (fs. 772 tercer párrafo).

De tal manera la pretensión de duda de la defensa en torno al resto de las circunstancias no puede ser válidamente acogidas, puesto que el estado dubitativo del juez fue sólo en torno a la introducción digital en la cavidad vaginal de la víctima por parte de T., sin afectar el resto de las circunstancias referidas por E.D.F. –esto es los tocamientos llevados a cabo sin consentimiento de aquella–.

Al momento de establecer la credibilidad en lo que al resto del relato se refiere el juez apoyó su criterio, acertadamente, en las conclusiones de los profesionales que llevaron a cabo los exámenes psicológicos y psiquiátricos a E.D.F.

Expresó así, acertadamente que aquellos llegaron a igual conclusión, pese a que en el debate la perito de control doctora C. dijo otra cosa y en ese sentido esta profesional destacó «[...] no se hallaron indicadores de inducción externa en el relato que desarrolla [E.F.], como así tampoco elementos vinculados con ganancialidad respecto al hecho que se denuncia.

Del presente examen, no surgen indicadores de mitomanía ni fabulación. Respecto al hecho que se investiga en los presentes autos, la misma desarrolla un relato claro y coherente, mediante el cual da cuenta de haberse encontrado expuesta a situación de contenido sexual, la cual habría irrumpido de manera sorpresiva en su psiquismo, lo que configura su carácter traumático [...]» (ver fs. 265).

Los y las profesionales actuantes fueron: Lic. G. M., Lic. A. R., Lic. F. I. y; los doctores A. A., L. R. y M. C.. En audiencia de debate prestaron declaración A., L. R. y C., el juez analizó sus manifestaciones en la sentencia (fs. 772 vta./773vta.).

En este punto pongo de resalto que el doctor A. (del EdeAS) confirmó lo descripto en el informe y fue interrogado por las partes. El y la perito de control que concurrieron al debate, declararon en forma dispar. C. lo hizo de manera contraria a lo señalado en el informe; en tanto que el Dr. L. R. a criterio del juzgador –y, en opinión que comparto– se mostró errático.

En este orden, el juez de la instancia anterior brindó las razones por las cuales ponderó como información de «mala calidad» las manifestaciones de aquel profesional (ver fs. 772 vta./773), lo que desde la perspectiva probatoria lo llevó a considerar ese elemento como de «valoración neutra» en relación con

sus dichos. Por su parte, la Dra. C. señaló, en audiencia de debate, que no se le dio posibilidad de agregar un informe en disidencia, pues no tuvo aptitud para imponer modificaciones en el informe final.

Destacó la existencia de elementos para suponer que E.D.F. fantaseaba (fs. 773 vta.).

Las contradicciones entre las manifestaciones de C. y el equipo del EdeEAS fueron consideradas por el juez con «cierta merma en su objetividad [por parte de la primera] por su específico rol de perito de parte» (fs. 773 vta.) También declararon en el debate la Dra. De H. y la Lic. S., profesionales que brindaron tratamiento a E.F. en el Hospital Lencinas.

Ambas consideraron que E.F. no formuló la denuncia por venganza ni advirtieron motivos que denoten patología preexistente de la víctima.

Desde otra perspectiva analizó el examen físico llevado a cabo sobre E.D.F., como también las declaraciones de la profesional que la realizó, Dra. C. A. D. H. del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico. Al respecto, el juez destacó que D. H. en el debate (audiencia del día 6/7/21 a partir del minuto 01.22) a preguntas que le formuló el representante del Ministerio Público Fiscal, expresó que E.D.F. no tenía lesiones en superficie corporal a simple vista y, al revisar la parte genital encontró excoriaciones.

Explicó que tal lesión consiste en el raspado de la parte superficial de la piel, un rasguño, en las mucosas se llama erosión-.

También reseñó la anatomía genital de la mujer, y aclaró que la erosión de la mucosa vulvar no se refiere al interior de la vagina. Cuando habla de erosión de mucosa vulvar no habla del interior de la vagina.

Especificó que cuando hablaba de erosión de mucosa vulvar no lo hacía respecto del interior de la vagina, pero sí del espacio anterior, entre el ingreso a la vagina y labios mayores, labios menores y el introito, mucosa.

En cuanto a la etiología múltiple de la lesión, expresó que era compatible con uña, que puede producirla. Consultada por el representante del Ministerio Público Fiscal, señaló como posible fuente de producción de la erosión la ropa ajustada.

Por su parte, en razón de la edad de E.D.F., señaló que luego de la menopausia la mujer produce menos hormonas y en consecuencia presenta mayor sequedad vaginal.

Al valorar el examen físico y la declaración de la profesional, el juez señaló que no apoyaba la hipótesis acusatoria, sino que su valor como medio convictivo era de descargo, ya que no era posible –a su criterio– determinar la mecánica de las lesiones.

Así, ponderó su superficialidad, externalidad y escasa entidad (fs. 774) a lo que añadió la inexistencia de lesiones en cavidad vaginal.

Aclaró que la adopción de tal postura no importaba considerar mendacidad por parte de la víctima, sino que la «actividad digital de frotación» sobre labios vaginales con compromiso vestibular, provocó en E.F. una “falsa sensación de penetración”, y añadió que de haber introducido plenamente uno o más dedos el acusado habría existido manifestación en el interior de la vagina, que entendió que había quedado descartada.

También descartó la lesión sangrante referida por E.D.F. Ello, en atención a la ausencia de elementos de prueba periféricos que lo corroborasen y en razón de la levedad de las lesiones constadas, pues no permitían inferir la existencia de sangrado.

De lo expuesto, reitero el criterio sustentado en cuanto a que de los fundamentos de la sentencia no surge la duda que pretende introducir el recurrente en torno a la acreditación de los hechos atribuidos a H. S. T..

Ello, en tanto que los medios de convicción han sido adecuadamente valorados en orden a tener por corroborados los hechos denunciados.

Tal labor se llevó a cabo con sujeción a las reglas de la sana crítica racional y tomando en consideración los parámetros establecidos por este cuerpo en relación a la valoración de delitos como el que se investigó en la presente, por ello corresponde el rechazo del vicio formulado.

Corresponde también la desestimación del agravio por medio del cual se denuncia vulneración al principio de congruencia.

Afirma el recurrente que el cambio de calificación resultó sorpresivo puesto que no se ajustó a la hipótesis de los acusadores y, la estrategia defensiva se estructuró en torno a ésta con el consiguiente perjuicio a los intereses de su asistido. No comparto lo afirmado.

Al momento de establecer la calificación legal a atribuir al hecho que se tuvo por acreditado, el juez de la instancia previa al no considerar suficientemente acreditado el acceso digital por vía vaginal, en razón de los motivos antes señalados, no compartió –en ese sentido– la hipótesis de los acusadores – público y privado– y, al momento de calificar el hecho lo subsumió en las previsiones del segundo párrafo del art. 119 del CP, esto es abuso sexual gravemente ultrajante.

El juez justificó esa **calificación legal** al señalar que «se trata de un subtipo de abuso sexual agravado que tiene origen en la figura madre que sería el abuso sexual simple, por lo que requiere que concurren los elementos estructurales de la fórmula del primer párrafo del art. 119 y los elementos exigidos por el tipo penal del segundo párrafo.

A su vez, el agravamiento encuentra su fundamento en conductas de contenido sexual que resultan humillantes y degradantes para la víctima con el alcance de “ultraje” ya sea por las circunstancias en que el sujeto activo ejecuta el delito o la duración del hecho delictivo». Al momento de señalar las circunstancias que tornan al delito **como «gravemente ultrajante»** explicó que éste resultó ser el contexto en que se llevó a cabo la conducta delictiva, por sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Señaló el consultorio médico donde ocurrieron los hechos, la calidad del autor y el aprovechamiento de su doble condición –hombre y profesional de la salud– en relación a la calidad de la víctima –mujer y paciente–.

En este sentido, y en relación con el agravio expresado por la defensa debe señalarse que las circunstancias temporales, espaciales y modales, –referidas a– que el hecho se desarrolló durante una consulta médica, en el consultorio del autor del hecho y la situación de preeminencia del acusado en razón no sólo de su género sino también de su calidad de profesional de la salud en quien la víctima había depositado su confianza, resultaron por demás conocidas por T. y sus defensores, quienes en todo momento tuvieron conocimiento y la posibilidad de defenderse de los hechos y sus características así señalados.

En este sentido es que no advierto la sorpresa que alega el recurrente ni el menoscabo a los derechos de su asistido, más allá de que se consideró probado el hecho asignado, advierto que esta calificación legal no resultó novedosa luego del debate, sino que en el trámite de la causa se analizó tal subsunción legal para los hechos denunciados (ver fs. 476; 484 y vta. y 677) (ver al respecto «**Torres Surget**»).

Respecto al cuestionamiento formulado en torno a la calificación legal, como anticipé, corresponde su rechazo.

En este sentido he señalado en el **precedente «Villegas Giménez»** que el abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima es una figura intermedia entre el abuso sexual simple (primer párrafo) y el agravado por acceso carnal (tercer párrafo), lo que se justifica en el entendimiento del legislador que

existan comportamientos que son más graves, por su modalidad de comisión o duración, que aquellos contactos sexuales calificados como abusos simples, pero menos graves que el abuso sexual con acceso carnal. En este sentido, considero que el accionar desplegado por el acusado, se encuentra adecuadamente subsumido, en tanto las circunstancias de su realización importan un plus que humilla de forma desproporcionada a la víctima. Ahora bien, establecido ello, corresponde señalar que, en atención a los hechos que se tuvieron por probados y, especialmente a lo expuesto por el juez de la instancia previa a fs. 772, donde se expide acerca de que los tocamientos en la zona vaginal de E.D.F. por parte de T. pudieron ser vestibulares; este Tribunal tuvo ocasión de expedirse en un precedente.

Al respecto y en atención a las consideraciones vertidas en el **precedente «Medina Martínez»**, considero que el encuadre legal correcto para los hechos que se tuvieron por acreditados es el de abuso sexual con acceso carnal. No obstante, y toda vez que la calificación legal en este sentido no ha sido objeto de recurso por parte del representante del ministerio público fiscal ni del querellante particular y por imperio de lo dispuesto por el art. 462 del CPP, no resulta posible expedirse al respecto.

Por último y teniendo en cuenta las particularidades en que ocurrieron los hechos que se tuvieron por probados, en tanto éstos ocurrieron en el contexto de una consulta/práctica médica, llevada a cabo por un profesional de la salud, conviene traer a colación lo referido en el precedente «Cazorla» –en lo que aquí concierne– en torno a la relación médico-paciente. Por los motivos señalados, y opinión concordante del Procurador General, corresponde responder en forma negativa a la primera cuestión planteada y por ello rechazar el recurso de casación promovido y confirmar el acto sentencial puesto en crisis. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, coincido las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

En relación con la valoración de la prueba, estimo oportuno remitirme, en lo pertinente, a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos (ver, «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros).

En función de lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», «**Acuña**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**», «**González Sosa**» e «**Hisa**», entre otros).

En efecto, el precedente «**Alaniz Pineira**» señalé en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales».

Destaqué también que «[...] los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género».

En este entendimiento, y vinculado a esta específica forma de manifestación de la violencia contra las mujeres y niñas sostuve que «[a] fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)**» (Concha, Jesús).

En el presente caso, a la situación estructural de asimetría de poder, debe sumarse el contexto en que acontecieron los hechos de abuso, en donde la relación médico-paciente implicó una mayor preeminencia del acusado sobre la víctima E.D.F., en tanto también se valió del rol que cumplía en esa oportunidad y la confianza depositada por E.D.F. en su persona para perpetrar los abusos. Estas circunstancias implicaron para la víctima una situación de mayor vulnerabilidad a la que estructuralmente se encuentra expuesta. En este sentido, cabe señalar que la ley 26.485, destaca el derecho de la mujer de vivir sin violencia en todos los ámbitos en que se desarrolla, tanto en los públicos como privados (art. 4).

También establece la mencionada ley la obligación de los distintos agentes estatales de establecer «[l]as condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos» (art. 2 inc. c). Ello, tiene como correlato el deber de los operadores del derecho de detectar y visibilizar este tipo de manifestaciones de violencia en los distintos ámbitos en los que la mujer desarrolla su personalidad.

Por su parte, cabe tener presente la ley 26.529, sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, ha incorporado la perspectiva de los derechos humanos y, en particular, la mirada de género en sus previsiones. Ello, por cuanto establece la obligación de un trato digno y respetuoso por parte de los agentes de la salud.

En particular, destaca la necesidad de considerar la condición «[...] de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente» (art. 2 inc. b).

En otro orden, y tal como he referido en anteriores pronunciamientos, una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de sus responsables constituye per se una medida de reparación para la víctima (ver «**Concha**», entre otros).

Sin embargo, entiendo oportuno señalar la importancia de que los órganos internos adopten e implementen las distintas medidas de reparación y prevención elaboradas por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Ello por cuanto la adopción de tales medidas contribuiría al objetivo final del SIDH al que hemos adherido, el cual «[...] aspira a la gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la vulneración de derechos humanos amparados por las distintas convenciones».

En ese entendimiento sostuve que «[...] tal objetivo debe ser alcanzado, en primer orden, por la acción directa de los órganos internos de cada Estado parte, de modo tal, que solo la responsabilidad internacional actúe cuando esa acción estatal no ha sido eficaz» (ver, «**Ontiveros Arancibia**»).

Cançado Trindade

Por su parte, Cançado Trindade sostiene que “aunque la reparación no pone fin a lo ocurrido, pues el mal ya se cometió, evita que se agraven sus consecuencias por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido.

Bajo este prisma, la reparación se reviste de un doble significado: provee satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones... lo que requiere la garantía de no repetición de los hechos lesivos (Su voto en el caso “**Bulacio v. Argentina**”, **Corte Interamericana de Derechos Humanos 18/9/2003**)» (ver, «**Castillo Orozco**», «**Muñoz**», entre otros).

Por ello es que en la presente causa estimo que hubiese resultado de vital importancia tomar medidas que permitan prevenir futuras situaciones como las que debió soportar E.D.F. y -de algún modo- permitir reparar a la víctima desde otra óptica que sea primer orden, por la acción directa de los órganos internos de cada Estado parte, de modo tal, que solo la responsabilidad internacional actúe cuando esa acción estatal no ha sido eficaz» (ver, «**Ontiveros Arancibia**»).

CIDH

En este sentido también señalé que «la CIDH ha establecido que la reparación es una forma o categoría genérica bajo la cual se articulan diversas medidas destinadas a suprimir, mitigar, moderar y compensar los daños ocasionados por los hechos violatorios de los derechos y a garantizar su no repetición (**Aída Kemelmajer de Carlucci** “Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Buenos Aires, marzo 6 de 2013 - JA 2013-I, fascículo n. 10).

Por ello es que en la presente causa estimo que hubiese resultado de vital importancia tomar medidas que permitan prevenir futuras situaciones como las que debió soportar E.D.F. y -de algún modo- permitir reparar a la víctima desde otra óptica que sea complementaria a la pena impuesta al acusado por haber perpetrado el hecho objeto de la presente causa.

En suma, mi interés por visibilizar esta problemática es a partir de las dificultades estructurales que, en materia de acceso a la justicia, deben enfrentar las mujeres víctimas de violencia sexual y las responsabilidades que, al respecto, nos atañen como operadores jurídicos.

Por todo lo expuesto, estimo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pablo H. S. T. G..

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO

42- FREDES. 31-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG				PCE										
VS	-	NNA	-	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231031_FcFCP.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. a del CP.

Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal agravado. Grave daño en la salud mental de la víctima. Monto de la pena. Aplicación de la ley sustantiva. Calificación legal.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, tercer y cuarto párrafo, inc. a del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1816, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Villegas Giménez. 18-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf

- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Garrido Olivares. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelme. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>

- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

Doctrina citada

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116.

D'ALESSIO, Andrés J. (Director) - **DIVITO**, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. (Licencia). Valerio.

Fallo

CUIJ: 13-07128750-9/1((028601-30246)) FC/ FREDES CELADA PEDRO RAIMUNDO P/ ABUSO SEXUAL C/ ACC. CARNAL (30246) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106296964*

En Mendoza, a los treinta y un días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07128750-9 caratulada “F. c/ F. C., P. R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de P. R. F. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.816, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de San Rafael.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-30.246/21, a la pena de dieciocho años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, tercer y cuarto párrafo, inc. a del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El Tribunal de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[e]n el distrito de Real del Padre, Departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, para fecha 24 de marzo de 2021, siendo entre las 15:30 y las 16:15 horas aproximadamente, en circunstancias en que la menor J.L.C. de 14 años de edad, se encontraba en su vivienda, sita en calle/n° [...] Campo Nuevo de dicha localidad, junto a sus hermanos menores de 4 meses y 3, 6 y 12 años de edad, se hizo presente su vecino P. R. F. C. (62 años de edad), quien, a sabiendas que en el domicilio no habían personas mayores de edad al cuidado de los niños, toda vez que los mismos se encontraban trabajando y encontrándose la menor J. L. C. en el interior de la vivienda, F. C., golpea la puerta e ingresa a la fuerza, toma del brazo a [J.L.C.] y la tira al piso en el comedor tomándola por la fuerza, le quita su ropa y abusa sexualmente de la niña, en contra de su voluntad, accediéndola carnalmente vía vaginal, ocasionándole a la víctima lesiones consistentes en un desgarramiento himeneal agudo en hora 3”, mientras le manifestaba «vas a pagar por lo que hiciste».

Seguidamente y previo a que el imputado se retirase del lugar, el menor [A.C], intenta defender a J. por lo que F. lo agredió físicamente sin ocasionarle lesiones físicas, produciendo todo esto en la víctima un daño psicológico diagnosticado como trastorno de estrés posttraumático, según lo informado por la Lic. Ivana Peralta del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de General Alvear, Mendoza».

Para así resolver, el tribunal sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima J.L.C. en Cámara Gessel, de A.C., de R.B.C. (progenitora y hermana de la víctima, respectivamente), de M.J.E. (pareja de R.B.C.), de M. C. Fernández –funcionaria policial que fue desplazada por el CEO al lugar del hecho–, del médico N. B. del Cuerpo Médico Forense (CMF), de la licenciada I. P. del Cuerpo Auxiliar

Interdisciplinario (CAI), la evaluación pericial del CAI realizada a la niña J.L.C y el informe del examen físico efectuado a la víctima.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios sustanciales en la resolución que cuestiona.

En primer lugar, entiende que el Tribunal de sentencia interpretó de manera errónea la agravante consistente en «**el grave daño en la salud física o mental de la víctima**».

Explica, con cita de distintos autores, la interpretación que brinda la doctrina sobre los elementos que conforman la agravante en cuestión.

Expresa que –según su postura– el «grave daño» no es una expresión genérica que permita una libre interpretación judicial, sino una expresión jurídica con contenido propio, que se debe determinar a partir de una interpretación legal.

Aclara que este elemento es un **concepto normativo** y, por lo tanto, es siempre una lesión grave o gravísima.

Señala que una interpretación que deje librada al arbitrio judicial la determinación de la lesión –más aún si se considera que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez– constituye un peligroso criterio de interpretación, y convierte a los tipos penales contemplados en los arts. 119 y 120 del CP en una verdadera fuente de inseguridad jurídica.

Agrega que, desde el punto de vista subjetivo, la agravante es de naturaleza preterintencional, es decir, que el resultado más grave (culposo) no debe haber sido querido o buscado por el autor.

Sostiene que la agravante bajo análisis debe ser entendida, por un lado, como un daño fisiológicamente importante, esto es, de mayor entidad que las lesiones leves (por lo tanto, siempre será una lesión grave o gravísima).

Por otro lado, el daño producido debe afectar el cuerpo de la víctima (daño anatómico) o su salud mental (daño funcional).

En el caso concreto, afirma que a pesar de haber sido la supuesta víctima diagnosticada con **estrés post-traumático, ello no constituye objetivamente el plus dañino constitutivo de la agravante** aplicada en el cuarto párrafo, inc. a del art. 119 del CP.

Asegura que resulta lógico sostener que aquel diagnóstico es la reacción psicológica característica de todo abuso sexual y, por tal motivo, no constituye el daño psicológico en los términos de la agravante cuestionada.

Agrega que, además, se requeriría de mayor tiempo para poder pronosticar si se ha constituido este plus en la salud de la presunta víctima exigido por la norma bajo estudio.

Concluye que la interpretación que propone es la más respetuosa y compatible con el principio de culpabilidad, puesto que el tipo de abuso sexual con acceso carnal ya contiene una escala penal amplia.

Sostiene también que la agravante en cuestión se encuentra conminada con una escala penal similar al tipo penal del homicidio simple.

En este sentido, entiende que –sin desconocer la gravedad que implica el ultraje a la intimidad–, el bien jurídico protegido vida no puede igualarse en escala penal al del abuso sexual agravado. Ello, por cuanto entiende que la niña con la ayuda psicológica necesaria, va a poder tener una vida dentro de los parámetros normales.

En segundo orden, considera arbitraria la mensuración de la pena realizada por el tribunal de sentencia.

En este sentido, sostiene que existió una errónea aplicación de las pautas judiciales para individualizar la pena contempladas en los arts. 40 y 41 del CP. Asegura que, si bien existe un margen de discrecionalidad para determinar el monto de la pena, ese margen debe ser disminuido al máximo utilizando criterios normativos.

En este sentido, señala que el tribunal puede tener por no acreditada la versión de los hechos brindada por el acusado en el ejercicio de su defensa material y, de esta manera, descartar la tesis defensiva. Sin embargo, sus dichos nunca pueden constituir una agravante de la pena.

Agrega que, inclusive, el acusado puede efectuar declaraciones mendaces sin que ello pueda valorarse de manera negativa al momento de determinar el monto de la sanción.

Asegura que las declaraciones de su defendido –las que fueron calificadas como despreciables por el tribunal– tuvieron un alto impacto en la mensuración de la pena.

Destaca que en un Estado de derecho sólo es admisible un derecho penal de acto y no de autor.

Por ello, considera que el tribunal de sentencia lejos de determinar la pena en términos fácticos y jurídicos, lo hizo guiado por un sentimiento negativo hacia su defendido, lo que se vio reflejado en el monto punitivo elegido.

Cita, en apoyo de su postura, doctrina y las distintas convenciones internacionales en la materia a las que ha adherido nuestro país.

Señala también que el tribunal valoró distintas agravantes que, en definitiva, pueden canalizarse por la referida a la «**naturaleza de la acción realizada**».

Por lo que, según entiende, el tribunal fue repetitivo en este aspecto y, como consecuencia de ello, desmenuzó distintas circunstancias correspondientes a una misma circunstancia agravante, a fin de justificar una pena que supera el máximo del hecho (abuso sexual con acceso carnal) y/o está casi en el máximo del delito agravado por el inc. a, cuarto párrafo del art. 119 del CP.

Del mismo modo, considera incorrecta la referencia del tribunal al contexto de violencia de género como una circunstancia agravante.

En este sentido, sostiene que la gravedad del hecho se da por la naturaleza de la acción, puesto que un hecho perpetrado contra una niña puede ser tan grave como el cometido contra un varón.

Asegura que una postura contraria, implicaría una discriminación hacia la víctima varón y –por ende– sería violatoria del principio de igualdad ante la ley. Aclara que el contexto de violencia de género marca una forma distinta de valorar la prueba, pero no puede constituir una agravante de la pena.

Critica que el tribunal de sentencia sólo ponderó como circunstancia atenuante la carencia de antecedentes del acusado y su edad –la que también consideró como agravante–.

Refiere que estas circunstancias fueron valoradas de manera abstracta y meramente discursiva, teniendo en cuenta que se aplicó prácticamente el máximo de la pena.

En este sentido, sostiene que el acusado F. C. es una persona adulta de sesenta y tres años de edad, por lo que deberá permanecer en prisión prácticamente toda su vejez.

Por las razones expuestas, entiende que existió arbitrariedad en el proceso de determinación del monto de la pena.

En virtud de ello, solicita se case la sentencia, adecuándola a la ley y doctrina aplicable al caso, tanto en lo que respecta a la subsunción normativa del tipo penal, como a las normas que hacen a la individualización de la pena. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación impetrado no resulta sustancialmente procedente.

Sostiene que la queja defensiva puede dividirse en dos agravios concretos.

Por un lado, la discrepancia con la calificación jurídica endilgada, específicamente en cuanto al grave daño en la salud física o mental de la víctima que el tribunal tuvo por probada y, por otro lado, en cuanto a las pautas utilizadas para mensurar la pena impuesta.

Estima que el primer agravio debe ser rechazado, en tanto la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Señala que el tribunal acompañó acertada doctrina que explica que en el concepto de grave daño a la salud deben incluirse las lesiones psicológicas que excedan las propias del trauma psicológico que, de común, producen estos delitos.

Explica que ese **grave daño**, estuvo fehacientemente acreditado en base a las pericias realizadas por la perito oficial, y que fueron ratificadas por el testimonio de la víctima y de sus familiares.

Expresa que ello le permitió al Tribunal arribar a la certeza necesaria para condenar al acusado con la calificación legal que la defensa cuestiona en esta instancia.

En cuanto a la mensuración de la pena, considera que también se encuentra debidamente fundada.

Destaca que el tribunal de sentencia, de manera acertada, analizó una larga serie de agravantes que se configuraban en el caso en análisis, como así también ponderó como atenuantes la ausencia de antecedentes penales y la edad del encartado.

Por tal motivo, estima que este agravio también debe ser desestimado. Sostiene que los agravios enumerados por la defensa, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia con la solución a la que arribó el tribunal de sentencia.

En virtud de ello, concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

De tal manera, considera que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada. Preliminarmente, debo destacar que en el caso analizado el tribunal de sentencia valoró la prueba obrante en la causa de acuerdo los estándares internacionales y regionales en materia de violencia de género contra la mujer. Así también valoró la doble condición de vulnerabilidad de J.L.C., por ser mujer y por pertenecer también a una franja etaria especialmente vulnerable, aspectos a los que me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», «**Buenanueva Avallay**» y, más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», «**Agüero Pérez**» y «**Martínez Fernández**», entre otros).

De este modo, el tribunal de la instancia anterior consideró como un elemento de juicio relevante el testimonio brindado por J.L.C, el que fue corroborado por distintos elementos periféricos. En particular, el examen físico realizada a la víctima por el CMF, que da cuenta que la niña sufrió un abuso sexual violento, que le produjo un desgarró himeneal agudo en la zona vaginal.

Del mismo modo, del examen realizado por el CAI no sólo se desprende la existencia de criterios de credibilidad en el testimonio de J.L.C., sino también, el grave daño en la salud mental que el hecho causó a la niña, aspecto este último que es objeto de agravio en esta instancia recursiva.

a- Errónea aplicación del derecho sustancial

a.- En efecto, en primer orden, la defensa sostiene que el Tribunal de sentencia efectuó una errónea aplicación del derecho sustancial, en tanto considera que la conducta del acusado no resulta alcanzada por el tipo agravado previsto en el art. 119, cuarto párrafo, inc. a del CP.

Para ello, asegura que el estrés postraumático sufrido por la niña es la consecuencia natural de cualquier abuso, por lo que –según entiende– en el presente caso no se ha acreditado el plus dañino necesario para sustentar la agravante cuestionada.

A ello, agrega que la interpretación de estos elementos debe basarse en criterios normativos; esto es, debería acreditarse la existencia de lesiones graves o gravísimas y no quedar la determinación de la gravedad de las lesiones a la libre interpretación del juzgador.

Entiendo que los agravios sostenidos en este tópico por la defensa no pueden ser recibidos. Ello, en tanto se advierte que construye sus argumentos a partir del análisis parcial de los elementos de juicio en los que el tribunal sentenciante basó la materialidad de la agravante cuestionada.

En efecto, el tribunal de la instancia previa sostuvo que como consecuencia del ataque sexual violento efectuado por el acusado a J.L.C., la niña sufrió un grave daño a su salud psicofísica.

Para llegar a tal conclusión basó su análisis en los criterios brindados por autorizada doctrina para determinar la configuración del tipo agravado en cuestión.

Así, al igual que la defensa, consideró que el grave daño a la salud psicofísica, debe trascender «[...] el trauma corriente que provoca en el sujeto pasivo toda conducta abusiva que lastime la integridad sexual, pues de lo contrario nunca se configuraría el tipo básico» (ver, fundamentos pág. 18).

De manera tal que resulta claro, entonces, que las distintas conclusiones a las que llega la defensa, partiendo del mismo criterio que el tribunal juzgador, sólo se puede interpretar a partir de un análisis sesgado del plexo probatorio.

En efecto, el tribunal **interpretó el elemento normativo «grave daño a la salud mental»** contenido en el tipo agravado del art. 119, cuarto párrafo del CP principalmente en las conclusiones del examen psicológico realizado por el CAI a J.L.C. De este modo, destacó que la licenciada Peralta informó que J.L.C. «[...] presenta al momento de la evaluación un cuadro psicopatológico crónico y consolidado de estrés postraumático, lesión psíquica novedosa en el historial de vida de la joven peritada, con desencadenante y definido nexo causal con un agente traumático determinado: la situación de abuso sexual investigada. Y con la suficiente envergadura psíquica como para causar un daño posterior. Trastorno de estrés postraumático, que como consecuencia del hecho traumático relatado, ha generado un deterioro y disfunción que afecta sus esferas afectivas, volitiva e intelectual, disminuyendo significativamente su capacidad de goce individual, familiar, escolar, social y recreativa». Además, la profesional concluyó sobre la necesidad de un «[...] tratamiento psicoterapéutico sostenido urgente, ya que se observa una evidente y significativa alteración del psiquismo y menoscabo de la salud psicoemocional de la joven J.L.C., transitando con un deterioro general de sus aptitudes [...] la semióloga psicopatológica persistirá con pronóstico negativo» (ver, fundamentos págs. 12 y 13).

Destacó también el Tribunal de sentencia que la licenciada Peralta ratificó en su declaración las conclusiones del examen realizado, y explicó en detalle las razones de sus inferencias y los métodos empleados.

También refirió que la profesional sostuvo que «[...] el pronóstico es muy negativo, ya que si bien es esperable en estos casos stress post traumático, no es común, no es normal, la multisemiología en tantos ámbitos en la vida de J. Lo comparó incluso con el que presentan las personas que han padecido la guerra. Descartó que haya habido concausas, adjudicó la génesis de todo el stress post traumático observado en la situación denunciada, con seguridad dijo que no hay concausas» (ver, fundamentos pág. 14).

El tribunal de grado agregó que muchos aspectos de la información brindada por la profesional fue corroborada por el testimonio de familiares y amigos de J.L.C., en tanto sostuvieron que observaron a J.L.C. triste y aislada, carente de todo contacto social con personas ajenas a su círculo íntimo y con miedo a salir sola. Así también, estos testigos ratificaron que la niña dejó la escuela, debido a que se burlaban de ella y le decían «sucía» (ver, fundamentos de pág. 15).

En definitiva, frente a estos argumentos que demuestran la entidad del daño psicológico que el hecho produjo a la víctima, y que en criterio que comparto excede el daño que habitualmente producen este tipo de agresiones a la integridad sexual, la defensa no ha articulado razones que logren desvirtuar las conclusiones a las que arribó el tribunal sentenciante.

Por otro lado, tampoco puede prosperar el agravio vinculado con la interpretación que pretende la defensa sobre el elemento normativo «grave daño» que integra la agravante en cuestión.

Ello, en tanto entiende que para la procedencia de esta agravante debe acreditarse la existencia de lesiones graves o gravísimas en los términos de los arts. 90 y 91 del CP.

En efecto, comparto la postura del tribunal de sentencia, en tanto sostiene que el tipo agravado cuestionado en esta instancia, sólo requiere –además de la entidad del daño ya referida– que las consecuencias dañosas sean consecuencia de la agresión sexual cometida contra la víctima. En este sentido, debo destacar que si bien –normalmente– estas lesiones están comprendidas en los tipos penales que regulan las lesiones graves y gravísimas, ello no implica que abarque otras consecuencias dañosas que no estén comprendidas en aquellas figuras penales. Por las razones expuestas, corresponde desestimar los planteos realizados en este sentido.

b- Determinación del monto de la pena.

b.- En segundo orden, con base en distintos argumentos, la defensa cuestiona el proceso seguido por el tribunal de la instancia previa en la determinación del monto de la pena atribuida al acusado F. C.. En este sentido, entiende que la pena impuesta a F. C. es arbitraria en tanto se ha alejado de los criterios normativos establecidos en los arts. 40 y 41 del CP.

A mi modo de ver, estos agravios no pueden prosperar, en tanto considero que el tribunal de la instancia anterior ha brindado suficientes y adecuadas razones para situar la sanción en el monto aplicado. En este punto, debe considerarse que el tribunal de sentencia atribuyó al acusado P. R. F. C. la pena de dieciocho años de prisión, y para la determinación de este monto tuvo en consideración la entidad del injusto cometido y la culpabilidad del acusado en el hecho atribuido.

Así, para justificar el monto aplicado, tuvo en cuenta la naturaleza de la acción desplegada, la calidad de la persona involucrada y el grave daño producido a la víctima. De esta manera se valoró como agravante la edad del acusado, porque «[...] se trata de una persona adulta, con la suficiente experiencia de vida, y ello autoriza a que le sea exigible mayor prudencia y control de sí mismo y de sus deseos. Incluso es padre, tiene hijos a su cargo, una de ellas de la edad de J.» (ver, fundamentos pág. 19).

Consideró también que la edad de la niña debía considerarse como una agravante.

Al respecto, el Tribunal sostuvo que «[...] aun cuando el tipo penal hace referencia a mayores de 13 años –a contrario sentido–, cuanto menor sea la edad de la víctima más reprochable resulta el injusto».

Explicó que J.L.C. era casi una nena, y el delito significó «[...] anticipar de manera indebida el contacto sexual, y además de manera antinatural, no sólo por la violencia sino por lo precoz de acuerdo a su psicomadurez. Le quitó para siempre la posibilidad de tener un inicio sexual normal».

Señaló también los daños colaterales que sufrió J.L.C. como consecuencia del hecho, tales como haber dejado la escuela –con las consecuencias negativas que ello implica para su futuro laboral–, no haber tenido su fiesta de quince años y la pérdida de contacto con sus amigas –su vida social se redujo a su círculo íntimo–.

A ello, agregó que el pronóstico de recuperación es reservado y el estigma de la violación no desaparecerá fácilmente. También valoró la circunstancia de haber expuesto a los hermanos de J.L.C. a presenciar un acto violento contra su hermana, lo que consideró –de manera acertada– que impacta necesariamente en el desarrollo de esos menores de edad. Incluso, destacó, que el hermano de J.L.C., A.C., de seis años de edad al momento de los hechos, intentó defender, sin éxito, a J.L.C. de la situación de violencia. Vinculado con las circunstancias anteriores, el tribunal de la instancia previa también señaló como agravante «[e]l mayor ultraje y humillación que significó para J. el haber sido violada delante de sus hermanos. Saber que estaban mirando lo que pasaba, con ella desnuda en el piso y F. acometiéndola con su pene, configuró un plus de ataque a su dignidad que lo hace merecedor de mayor reproche».

Asimismo, consideró como otra circunstancia agravante los motivos que llevaron al acusado a cometer el hecho de abuso. Al respecto, el Tribunal sostuvo que el «[...] mero desahogo o desfogue cuando podría mantener trato sexual con personas con suficiente edad para consentir libremente esos actos, sin que ello le haya sido suficiente para autocontrolar sus impulsos egoístas y no atacar a la niña».

A ello, agregó el trato de confianza que tenía con la familia y la niña –a quien conocía desde que nació–, como así también, el haberse aprovechado de la circunstancia de que los niños estaban solos «[...] valiéndose de ese conocimiento para ejecutar el hecho sin la presencia de adultos que pudieran ejecutar actos de defensa eficaces».

Ahora bien, –según entiendo– el recurrente no realiza una crítica razonada e integral de las razones consideradas por el Tribunal para determinar el monto aplicado y, por ende, no resultan suficientes para enervarlas.

No obstante ello, entiendo que no puede prosperar el agravio vinculado a la supuesta subjetividad del tribunal respecto del acusado, en tanto calificó su conducta como despreciable.

Asegura el recurrente que tal concepto sobre la persona de F. C. influyó de manera decisiva al momento de determinar el monto de la pena. Entiendo que más allá de lo discutible que pueda resultar la expresión despreciable por parte del Tribunal, la pormenorizada y extensa fundamentación de este tópico, y que la defensa en gran parte omite rebatir, desestima la postura de la defensa.

Por ello, entiendo que la defensa no brinda suficientes razones para sustentar la parcialidad subjetiva del Tribunal al momento de determinar el monto aplicado.

Por otra parte, el recurrente cuestiona que el tribunal de sentencia, con la clara intención de justificar el elevado monto aplicado, valoró distintas agravantes las que –en definitiva– pueden reconducirse a una sola circunstancia a considerar: la naturaleza de la acción.

Entiendo que debe desestimarse, sin más, el planteo de la defensa.

Ello, por cuanto no advierto un impedimento legal en este aspecto, en tanto el **art. 41 del CP** establece que «[...] el juez deberá tomar conocimiento directo [...] de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso». De manera tal que –contrariamente a lo sugerido por la defensa– el juzgador –de manera adecuada– ponderó las particulares circunstancias que conformaron el hecho, a fin de analizar el

contenido del injusto y la culpabilidad del acusado, con base al cual determinó el monto de la pena. Cuestiona también la defensa la valoración del contexto de género como una circunstancia agravante. Alega en tal sentido que lo único que debe meritarse al juzgador es la naturaleza de la acción. Señala que – de lo contrario– se otorgaría un trato discriminatorio en relación con la víctima varón y, por ello, se afectaría el principio de igualdad ante la ley. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar por varias razones.

Ello en tanto la compleja labor de determinar el monto de la pena exige analizar las particularidades del caso, a fin de que ésta sea proporcional al injusto culpable del acusado.

En este sentido, sostuve en el **precedente «Rodríguez Espinosa»** que «[...] si el objetivo normativo de la citada convención y de todas las normas internas que la receptan, es la de erradicar las prácticas culturales que avalan la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones, estos patrones basados en el prejuicio y la desigualdad entre género, deben servir como guía al juzgador al momento de meritarse las circunstancias relevantes del *factum* que permitan una adecuada construcción de la respuesta punitiva proporcional al injusto culpable».

Lo dicho no obsta –como sugiere la defensa– a considerar que en los casos de víctimas menores de edad (sea niño, niña o niñe), en virtud – también– de los compromisos convencionales asumidos por nuestro Estado en materia de minoridad, deba considerarse su situación de mayor vulnerabilidad al momento de determinar la pena a imponer.

Al respecto, me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver **«González Pringles»**, **«Concha, Jesús»**, **«Garrido Olivares»**, **«Paz Parra»**, **«Buenanueva Avallay»** y, más recientemente, **«Vargas Riquelmes»**, **«González Sosa»** y **«Scifo Ruffini»**, **«Agüero Pérez»** y **«Martínez Fernández»**, entre otros). Por otro lado, debo destacar que este Tribunal se ha pronunciado en el sentido que «[...] la doctrina, el art. 41, del Código Penal enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (**ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D'ALESSIO, Andrés J. (Director) - DIVITO, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423**); lo que implica que otros criterios no especificados en la norma pueden resultar, según las particularidades del caso, decisivos en la valoración seguida por el juez en el momento de individualizar la pena aplicable» (ver, **«Merlo Donaire, entre otros»**).

Por las mismas razones, corresponde desestimar el agravio vinculado a que el Tribunal sólo ponderó –de manera abstracta– como circunstancias atenuantes la falta de antecedentes y la edad de F. P.. Respecto a esta última circunstancia, destaca que la edad también fue valorada como una agravante. Agrega que, teniendo en cuenta la pena aplicada y la edad del acusado –sesenta y tres años–, éste va a pasar el resto de su vejez en prisión.

Tal como lo expresé precedentemente, la defensa se limita a afirmar la existencia de arbitrariedad en el proceso de determinación de la pena impuesta a F. C., sin que de sus argumentos se desprenda un análisis crítico de las razones consideradas por el Tribunal de grado para llegar al monto de pena aplicado.

Ello resulta de vital importancia, en tanto no explica cuáles serían las circunstancias atenuantes que el sentenciante no tuvo en consideración y su impacto en el monto aplicado.

En definitiva, la decisión del tribunal sentenciante no será arbitraria siempre que la sentencia cumpla con el deber que de aquella tarea se desprende, esto es, seguir una fundamentación explícita que haga posible el control críticoracional en el proceso de individualización seguido.

Ello, es lo que ocurre en el presente caso donde el análisis de la sentencia me permite advertir que el Tribunal, sobre la base de la escala penal aplicable, aplicó los criterios de los arts. 40 y 41 del CP para fundar su decisión. En función de ello, el agravio no puede prosperar. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

En cuanto a las consideraciones en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de P. R. F. C..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 31 de octubre de 2023.-

43- CORREA LLANO y ot.. 31-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														346

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231031_FcCLP.pdf

Lex: Art. 346 del CP. Arts. 75 inc. 22 de la CN y arts. 8 y 8.2.h. de la CADH y arts. 14 y 14.5 del PIDCyP. 455, 462 y 467, 474, 475, 477 del CPP. Leyes 8869, 8929, 9040 y 9106, modificada por la ley 9387.

Vox: Oposición al archivo. Querellante particular. Regla de definitividad de las resoluciones. Impugnabilidad objetiva. Impugnabilidad subjetiva. Puntos de agravio. Especificidad. Tutela efectiva. Doble instancia. Oralidad. Sistema acusatorio. Debido Proceso. Corrupción.

Summa:

El **TPC** desestimó formalmente el recurso de apelación interpuesto, en contra de la resolución que rechazó la oposición al archivo de las actuaciones.

El representante de la **querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** aconseja la admisión formal y sustancial del recurso de casación articulado.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante de la querrela particular y anular el auto de rechazo formal del recurso de apelación dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, remitiendo los presentes obrados al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme lo aquí resuelto.

Resolución cuestionada: Auto (03-05-22) pronunciado por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mercado Carrizo. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMCM.pdf
- Amaya Poblete. 22-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230322_FcAPA.pdf
- Colaicovo. 19-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210419_FcColaiacovo.pdf

b-CSJN

Fallos 306:1621 y 1705; 320:1038; 338:1248

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06880278-9/1((018602-777485)) APELACION N° P-777485 FC/ CORREA LLANO POMENICH IGNACIO FEDERICO P/ CORRUPCION, PROMOCION Y FACILITACION DE LA PROSTITUCION O CORRUPCION DE MENORES (777485) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106128803*

En Mendoza, a los treinta y un días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06880278-9/1 caratulada “F. C/C. L. P, I. F. P/CORRUPCIÓN, PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE MENORES (777.785) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el representante de la querellante particular interpone recurso de casación contra el auto emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se desestima formalmente el recurso de apelación interpuesto por aquél en causa n° P777.485/19, en contra de la resolución que rechazó la oposición al archivo de las actuaciones.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO A. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El auto cuestionado por el representante de la querellante particular, dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, en función de apelación y en sala unipersonal, en lo que aquí interesa, desestimó formalmente el recurso de apelación articulado por esa parte en la causa N° P-777.485/19.

Dicho recurso resultó interpuesto en contra de la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que confirmó el auto de archivo de los mencionados autos dispuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Para ello, la jueza de la instancia previa indicó que dicho recurso no satisfacía el requisito de específica indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados, de conformidad con las previsiones del art. 455 del CPP.

Cita jurisprudencia de la entonces Octava Cámara del Crimen en «**Chávez, Carlos y otros**» y de este Tribunal en «**Carduner López**» del 5 de mayo de 2010.

De tal manera, y con apoyo en doctrina, entendió que la específica indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados resulta necesaria para evitar apelaciones genéricas e indiscriminadas así como en la necesidad de circunscribir la competencia funcional del tribunal de alzada, que solo tiene conocimiento del proceso en aquellos puntos, entendiendo que dicha referencia se hace en el sentido de fundamentos o razonamiento lógico jurídico justificante de la petición.

Sostuvo, además, que el planteo de la querellante carece de una mínima referencia a la motivación jurídica y/o fáctica que llevó a esa parte al planteo recursivo, mencionando que de la escucha de la audiencia realizada ante el Juzgado Penal Colegiado existía un numeroso análisis de la prueba por parte de jueza como fundamento de su resolución.

Por ello, entendió que el recurso ni tan siquiera cumplía con la específica indicación de puntos que exige

la norma, sin poder determinar los motivos de hecho o de derecho que cuestiona y que le causaba gravamen irreparable impidiendo el control que se pretendía.

2.- El recurso de casación interpuesto por la querrela particular

El representante de la querellante particular interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que rechazó formalmente el recurso de apelación interpuesto.

Luego de efectuar consideraciones acerca del objeto del recurso y transcripción de la resolución casada, argumenta acerca de la procedencia formal del remedio articulado.

Al efecto, sostiene, luego de transcribir el texto del art. 475 del CPP, con cita de jurisprudencia y doctrina al efecto, que se consideran, por equiparación, sentencias definitivas aquellas que generen un gravamen irreparable o sean de imposible, por insuficiente, reparación ulterior.

Añade, asimismo, que el archivo ordenado no sólo impide la continuación de la acción penal instada por su asistida, sino el acceso a una **tutela judicial efectiva** de los derechos del menor B.C.Z.

Agrega, asimismo, que impedirle su participación en el proceso resulta violatorio de la **garantía de la doble instancia**, derecho éste amparado por los arts. 75 inc. 22 de la CN y arts. 8 y 8.2.h. de la CADH y arts. 14 y 14.5 del PIDCyP.

Reseña los motivos de casación en las previsiones del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Cuestiona la resolución de la instancia previa por considerarla carente de motivación suficiente y arbitraria.

Refiere falta de valoración de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales relativos a los arts. 154, 155, 455, 461, 462 y 467 del CPP. Cita doctrina.

Aduce que el principal argumento para rechazar el recurso por el tribunal de la instancia previa – inexistencia de la indicación de los **puntos de agravio**– es incorrecto, pues ello surge del propio escrito de apelación que acompaña, así como del auto de la jueza del Juzgado Penal Colegiado que lo concedió.

Sostiene equivocada la cita jurisprudencial en que se funda y entiende que exigir mayor información sería ir en contra de lo previsto por la ley de rito, además de la claridad del planteo.

De tal manera, invoca errónea aplicación de las normas que regulan el recurso de apelación –arts. 455, 462 y 467 del CPP–. Finalmente, hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6 contesta la vista conferida el Procurador General y, por los argumentos que expone, a cuyos términos corresponde remitirse en esta instancia en honor a la brevedad, aconseja la admisión formal y sustancial del recurso de casación articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión el recurso de casación promovido, se adelanta que, en base a los motivos que serán expuestos, el mismo debe ser admitido en esta instancia.

De forma preliminar, se desprende del escrito recursivo y de las constancias de la causa, que el planteo casatorio ha sido interpuesto por el representante de la querellante particular contra el pronunciamiento del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que, en función de apelación, desestimó formalmente dicho recurso, interpuesto en contra de la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que confirmaba el auto de archivo de los autos n° P-777.485/19 dispuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Para ello, y como se adelantó en el apartado 1, la jueza de la instancia previa indicó que dicho recurso no satisfacía el requisito de específica indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados, de conformidad con las previsiones del art. 455 del CPP.

Entendió que ello resultaba importante para evitar apelaciones genéricas e indiscriminadas y circunscribir la competencia funcional del tribunal de alzada.

Citó jurisprudencia para avalar su posición.

Dos son los motivos de agravio que aduce la parte querellante, en orden a las previsiones de los arts. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

En primer lugar, la inobservancia por apartamiento de la motivación de la sentencia prevista bajo pena de nulidad por el art. 155 del CPP.

En segundo lugar, la errónea aplicación de las normas que regulan el recurso de apelación –**arts. 455, 462 y 467** del CPP–.

De manera preliminar, corresponde señalar que la decisión recurrida, en principio, no es susceptible de ser revisada en esta instancia, en tanto no es una sentencia definitiva, ni se encuentra entre aquéllas expresamente enumeradas por la norma procesal como susceptibles de ser recurridas en casación.

Ello, por cuanto no se trata de un auto que ponga fin a la acción o la pena, o haga imposible que continúen, o deniegue su extinción, conmutación o suspensión (conf. **art. 475 del CPP**).

Asimismo, debe considerarse que la legislación procesal de Mendoza, en el título referido al recurso de casación, concretamente, al aludir a los sujetos legitimados, dispone que «[e]l querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior» (**art. 477 del CPP**).

Por lo tanto, en principio, sólo admite que el **querellante particular deduzca recurso de casación contra las sentencias de sobreseimiento**, confirmadas por el Tribunal de apelación o de juicio, y las sentencias **absolutorias, siempre que hubiere solicitado la imposición de una pena**.

La ausencia del cumplimiento de aquellos requisitos debería conducir a la desestimación formal del recurso de casación interpuesto.

Ahora bien, la Corte Federal, en relación con la **regla de la definitividad de las resoluciones** a los fines de su impugnabilidad, ha destacado que corresponde excepcionar aquélla cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior (CSJN, Fallos 306:1621 y 1705; 320:1038; 338:1248).

Las circunstancias del caso, conforme seguidamente se explicará, llevan a considerar que la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte querellante por razones estrictamente formales podría consagrar una sensible afectación del debido proceso (Fallos 329:4931).

De tal manera, esas particulares circunstancias del caso, habilitan a equiparar a definitiva en sus efectos la decisión cuestionada y que se admita la legitimación del querellante para su cuestionamiento por la vía articulada. Veamos.

El art. 346 del CPP expresamente le otorga al querellante particular, frente al rechazo de la oposición al archivo, la posibilidad de interponer recurso de apelación, tal como aconteciera en autos.

Ese recurso de apelación resultó concedido por la jueza actuante y elevado oportunamente.

El tribunal de la instancia previa consideró que no se encontraban cumplidos los requisitos del art. 455 del CPP, norma a la que remite el art. 467 del CPP.

Estimo que no le asiste razón a la jueza de apelaciones.

En primer lugar, debe señalarse que en el **precedente «Mercado Carrizo»** y luego en **«Amaya Poblete»**

tuve oportunidad de expedirme sobre los alcances del art. 467 que remite al art. 455 del CPP.

Al respecto, sostuve que «[...] en relación con los requisitos de interposición exigidos normativamente al recurso de apelación que éste debe formularse, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 467 del CPP «en las condiciones establecidas en el Art. 455».

Esta disposición legal a la que se remite aquella norma establece, en lo que aquí interesa, que los recursos deben interponerse «**con específica indicación de los puntos de la decisión en que se funda**».

La **especificidad** a la que hace referencia la norma no importa el agotamiento de las razones o fundamentos, pues ello sería propio de un sistema escrito, sino sólo la indicación de los aspectos que se cuestionan de la resolución sobre los cuales se explayará al momento de la fundamentación».

Luego, expuse la evolución operada al efecto desde nuestro antiguo Código Procesal Penal, ley 1.908, de sistema mixto, a la ley 6.730 que instauró un sistema acusatorio formal, al proceso legislativo gradual de oralización del procedimiento penal con las **leyes 8.869 y 8.929**, dándose lugar un sistema acusatorio **oralizado con características de segunda generación**.

Ello, ha sido el inicio de una política legislativa de instaurar un sistema de este tipo y un firme avance hacia un sistema acusatorio adversarial con ya las sanciones de las **leyes 9.040 y 9.106**, modificada por la ley **9.387**.

También expresé, en palabras de Vélez Mariconde, las ventajas de la oralidad como principal nota del sistema acusatorio y, específicamente en el caso que nos ocupa, que aquella indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados prevista por los arts. 467 y 455 del CPP sólo es necesaria cuando la resolución recurrida se expida sobre más de una cuestión.

Además sostuve que «[...] exigir una fundamentación exhaustiva en el apelante al momento de la interposición del recurso implicaría consolidar, indebidamente, la escrituralidad por sobre la oralidad».

De tal manera, «[...] la fundamentación del recurso es una exigencia que debe materializarse al momento de la audiencia oral respectiva [...]».

En este sentido, y tal como señalé «**Colaicovo**», «debe tenerse en cuenta la intención del legislador establecida en el **art. 85 de la ley 9.040 de privilegiar la oralidad por sobre la escritura**, en tanto dispone que todas las normas de la ley de forma deben interpretarse asegurando la metodología de la audiencia oral [...] por sobre el procedimiento escrito [...]».

En segundo lugar, debe señalarse que en el caso analizado se advierte en el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte querellante una especificación de los puntos de la decisión que cuestiona.

Por su parte, y aun cuando no resultara requisito de admisibilidad del recurso, tal como explicara, la parte querellante en la apelación expresó los motivos por lo que consideraba que resultaba inadecuada la valoración de las constancias de la causa por parte del Juzgado Penal colegiado, respecto del grado de convicción exigido por la ley para hacer lugar a la pretensión de archivo articulada por el Ministerio Público Fiscal.

Se advierte entonces que se efectuaron cuestionamientos específicos que debieron ser de tratamiento en la vía recursiva articulada.

De tal manera, es posible afirmar que en el presente caso las facultades recursivas de la parte querellante, otorgadas expresamente en el art. 346 del CPP, han resultado infundadamente limitadas.

En síntesis, al verificarse que el querellante particular ha cumplimentado las previsiones de los arts. 455 y 467 del CPP en tanto oportunamente indicó los puntos de la decisión cuestionada, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la parte querellante y, en consecuencia, revocar la

resolución atacada.

Por todo lo expuesto, entiendo que debe darse respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el auto de rechazo formal del recurso de apelación de fecha 3 de mayo de 2022, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Nº 2 a fin de que la OGAP determine las medidas necesarias a los efectos de fijar audiencia para el tratamiento del recurso oportunamente articulado por la impugnante. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante de la querella particular y anular el auto de rechazo formal del recurso de apelación dictado por el Tribunal Penal Colegiado Nº 2 del 3 de mayo de 2022.

2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme lo aquí resuelto.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 31 de octubre de 2023

44- DE LAS HERAS. 09-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	EG	NNA	-	PCE IE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231109_FcDLH.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo, 55, 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo letra b, 55 del CP. Art. 391 del CPP.

Vox: Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos.

Valoración de la prueba. Principio de congruencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple agravado por la calidad de guarda del sujeto activo –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos (arts. 119 segundo párrafo, 55, 119 primer párrafo en función del último párrafo letra b, 55 y 119 primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1997, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Doctrina citada

CLARIÁ OLMEDO, J., Tratado de Derecho Procesal Penal, actualizado por Roxana Gabriela Piña y Vanesa Alfaro. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, tomo VII, p. 797.

SCJM. Dra. **Day**. Dr. Gómez. Dr. Llorente.

Fallo

CUIJ: 13-06854661-8/1((018601-120321)) F. Y QUER. C/ DE LAS HERAS URZI CARLOS ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA CALIDAD DE GUARDA DEL SUJETO ACTIVO EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS (120321) (120321/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106104884*

En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 1306854661-8/1 caratulada “F. c/ D. L. H. U., C. A. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA CALIDAD DE GUARDA DEL SUJETO PASIVO EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de C. A. D. L. H. U. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.997, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa N° P-120.321/15, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple agravado por la calidad de guarda del sujeto activo –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos (arts. 119 segundo párrafo, 55, 119 primer párrafo en función del último párrafo letra b, 55 y 119 primer párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DRA. M TERESA DAY, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ, y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. M TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]ntre el mes de marzo y el mes de noviembre del año 2015, C. A. D. L. H. U., en su vivienda sita en Barrio ..., calle ..., de Ciudad de Mendoza, en diversas partes del domicilio referido, efectuó tocamientos en reiteradas oportunidades en los pechos, la cola y la vagina de [G.P.N], de diez años de edad para esa fecha. Asimismo, encontrándose en el baño contiguo a la habitación de D. L. H. en el domicilio mencionado, le “chupó la vagina” a [G.P.N] por debajo de la ropa interior. En otra oportunidad, volviendo del departamento de San Martín hacia la ciudad de Mendoza, luego del festejo del cumpleaños del imputado, D. L. H. U., en el interior de su automóvil, le pidió a [G.P.N] que sacara una pierna del pantalón, la subió sobre él y eyaculó».

Para resolver de ese modo, consideró que ese hecho descripto resultó demostrado, más allá de toda duda razonable, a partir de la credibilidad asignada a las declaraciones efectuadas por la víctima en Cámara Gesell durante el juicio, cuyos términos juzgó respaldados en los restantes elementos de prueba producidos e incorporados debidamente a la presente causa. En particular, la pieza cuestionada repara en las declaraciones recogidas en el debate de C H, C Eh F., S M, J M F, M E N y de R D P B –estos últimos

en su calidad de progenitores de la víctima–, junto con la prueba instrumental producida y ofrecida por las partes, a excepción del acta de fs. 13 y el acta de transcripción textual de la Cámara Gesell de fs. 32/33. A partir de allí, le restó peso convictivo a la versión desincriminatoria que aportó el acusado durante la etapa de la investigación penal preparatoria, como también, a los testimonios de descargo efectuados por H M P B, O M S, M L P B, L E P B, P G A, E B B, A C O y, por último, M S D. L. H..

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación bajo el amparo de los dos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que la sentencia cuestionada adolece de vicios sustanciales y formales que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

2.1.- En el plano de los vicios de procedimiento, la defensa considera que el tribunal de la instancia previa ha valorado parcial y fragmentadamente la prueba obrante en la causa, omitiendo considerar elementos probatorios de valor decisivo en perjuicio del acusado.

Aclara que, si bien comparte las reflexiones que formula el fallo cuestionado sobre la importancia del testimonio de la presunta víctima en casos como el presente, por la naturaleza de los hechos ventilados y la calidad del sujeto pasivo de los mismos, lo cierto es que ello no obsta a que ese testimonio sea analizado en forma rigurosa en cuanto a su consistencia, congruencia y coherencia con el resto de las pruebas.

Entiende que en el fallo se confunden credibilidad con veracidad, siendo que esta última requiere que el juez corrobore si lo que dijo la persona menor de edad tiene sustento en el resto de las pruebas, lo que permitirá calificar de verdadero lo creíble; como también, entre los conceptos de ausencia de fabulación y mentira, que la sentencia no discrimina.

En ese entendimiento, sostiene que frente al testimonio único y la pericia psicológica que sirve de sustento para la «certeza» que invoca la sentencia, se alzan las testimoniales de su círculo más cercano, la personalidad que la presunta víctima desarrolló, y la ausencia de estrés postraumático. Por lo cual, ni las particularidades de la valoración de la prueba en los delitos sexuales, ni la vulnerabilidad de quien sería la víctima, podrían llevar - por sí mismos- a una condena cuando –como en el presente caso– no existen pruebas suficientes que permitan alcanzar el estado de certeza requerido para ello.

Expresa que no sólo de la lectura de la acusación, sino fundamentalmente del desarrollo de toda la investigación y del debate, surge como cuestión indubitable que el «contexto u ocasión» en que habrían tenido lugar estas conductas, eran el ámbito de reuniones familiares a las que asistían alrededor de quince personas. Allí es donde no se puede restar, sin más, valor a lo que aporten esas personas que participaban de las reuniones, incluyendo a los padres de la menor, frente a los dichos de la niña, que haga prevalecer unos dichos (los de la menor) por sobre otros (los de los demás participantes) y así superar ese umbral de duda a favor del acusado.

Manifiesta que hay dos versiones controvertidas sobre los hechos. La que expresó la menor, quien afirma que el acusado la abusó sexualmente, tocando sus partes íntimas en algunas ocasiones, y practicándole sexo oral en otra. La del acusado que, cuando declaró durante la investigación –ya que no lo hizo en debate–, negó los hechos de los que se lo acusa, y a quien ciertamente no puede exigírsele más frente a un suceso que desconoce.

Al respecto, refiere que el fallo que cuestiona ha seleccionado, para reforzar los dichos de la menor, las declaraciones testimoniales de algunos testigos indirectos, personas a las que la menor les habría contado lo sucedido. Entre ellas, la declaración de una maestra de la menor a la época de la denuncia –C E F–, la de la madre de una compañera de colegio de aquella –S M–, la del médico del EPAASI –Dr. Habiján– y a la

psicóloga que trató a la menor luego del proceso de denuncia. A los que se agregan las conclusiones del examen psicológicopsiquiátrico practicado a la niña.

Advierte que se tratan todos de testigos indirectos, utilizados como indicios de corroboración periférica que se utilizan para confirmar la acusación, a los que se suma fragmentos de los testimonios de los progenitores de la menor – R P B y M E N–, siendo que estos últimos debieron ser considerados como testigos de descargo.

Señala que, frente a los dichos de la menor, hay al menos siete u ocho personas que participaban de esas reuniones que no confían en su relato, que no creen en la acusación, y que afirmaron en el debate que no vieron nada raro, es decir, que no observaron en las reuniones que la niña y el acusado se apartaran del grupo, o que hubiera un trato especial de éste para con aquella.

Sin embargo, la defensa considera que, salvo el hermano del acusado –M S D L H. U.– y su pareja –A C O–, el resto de esos testigos son familiares directos de la menor. Incluso no tienen en la actualidad vínculo familiar con el acusado, quien se separó de la tía de la presunta víctima –L P B–.

Considera que los argumentos que ofrece la sentencia para restarle valor a estos testimonios de descargo son contradictorios, y deslucen el trabajo prolijo que hasta allí venía haciendo la jueza preopinante del tribunal de la instancia previa en la valoración de la prueba. Entiende que se trata de declaraciones desinteresadas que, junto con las de los padres, debieron tener un alto valor convictivo en el análisis de los hechos, ya que se trata de aquellas personas que asistían a esos eventos donde supuestamente se produjeron los abusos, y que integraban el grupo familiar de la menor.

Reitera que se trata de testigos que declararon durante el debate que no advirtieron nada extraño, y que así lo ha dicho el propio padre de la menor sobre la supuesta seña del «chasquido» con la que el acusado prepararía su acometida a la víctima, y sobre lo que ha reparado el fallo como signo de dominación.

En razón de ello, entiende la defensa que no existen corroboraciones periféricas del relato de la menor. Seguidamente, particulariza este tramo de la crítica casatoria, analizando aspectos de la acusación vinculados con la recalificación jurídica dada en la sentencia a los hechos investigados y juzgados – concurso real–.

a.- En primer lugar, con respecto del supuesto viaje al departamento de San Martín, hecho al que le reconoce significativa importancia en los agravios que provoca la sentencia, por cuanto se trató del hecho que fue separado del resto de la plataforma fáctica del abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos ocurridos supuestamente en el interior del domicilio del acusado, calificándose ese comportamiento como abuso sexual simple agravado por la guarda, considera que no existe ninguna prueba que permita o justifique esa diferenciación.

Al respecto, indica que no está probado ningún extremo de ese episodio particular, y que la sentencia no dedica ni un solo párrafo en su análisis a establecer cómo tiene por acreditado que ese viaje efectivamente existió. Simplemente se ocupa de fundar porqué no acuerda con la tesis de los acusadores que postulaban sobre el mismo un grave ultraje a la víctima, sin fundar cómo es que tiene por probado el mismo, como un hecho diferenciado de otros «indeterminados».

Por ello, considera que no hay razón fundada –descartado el grave ultraje que hace el propio tribunal sentenciante– para separar este hecho de uno de los tantos hechos de abuso simple que habrían ocurrido, siempre tomando como base el relato de la menor. Ello, porque el suceso específico no está probado.

Insiste en que, sólo sobre la base de la declaración de una niña de por entonces de diez años de edad, sin ninguna otra precisión, se tiene por probado un cumpleaños, que ese cumpleaños era del imputado, que

a ese evento asistieron familiares de San Martín, y que luego hubo un viaje al departamento de San Martín, sin conocer siquiera el nombre de los familiares que habrían concurrido para luego ser llevados de vuelta. Se pregunta así, quiénes hubieran estado en mejores condiciones que estos familiares para dar cuenta de ese viaje y de la presencia de Guadalupe en el auto como acompañante de C. D L H. U.. Pero, refiere, no están individualizados, ni obviamente han declarado en el juicio. La credibilidad de ese testimonio no alcanza para probar la veracidad de ese hecho puntual, «diferente» al resto.

Seguidamente, con citas doctrinarias que estima aplicables al caso, considera que aun cuando se confíe en el relato de la menor, no se configura la agravante por la guarda. Lo que, a criterio de la defensa, también incide en la prescripción de la acción penal planteada.

b.- En cuanto al otro episodio que la sentencia separa y hace concurrir realmente, esto es, aquel donde, según la acusación, el acusado le «chupó la vagina» por debajo de su ropa interior a la menor, lo que habría ocurrido dentro del baño del domicilio del D L H. U., entiende que no se han considerado debidamente testimonios de las personas que asistían a esas reuniones, familia directa y de sangre de la menor.

Reitera que se trata de testigos que negaron haber advertido algo extraño, como que la menor y el acusado se hubieran apartado de la reunión familiar, quienes además dijeron que no creían que los hechos hayan ocurrido, siendo que han transcurrido siete años y que el acusado ya no pertenece a ese círculo familiar.

Contrasta estos testimonios con los dichos de la psicóloga que atendió a la menor luego de la denuncia, quien manifestó que su paciente le confirmó que una tía de ella no sólo tenía conocimiento de los hechos, sino que, incluso, entró y los vio con los pantalones abajo.

Sin embargo, este y otros recuerdos que tenía la psicóloga acerca de la información que le habría acercado la menor, no son recordados ni ratificados por ningún otro asistente a esos eventos familiares. Sus tías fueron consultadas por este «descubrimiento» y lo negaron, al igual que los padres de la menor.

Por lo cual, se trata de una contradicción entre la información que aporta esta fuente indirecta con el testimonio de todos los familiares que asistían a esas reuniones, que no puede ser obviada.

En virtud de ello, este hecho tampoco está acreditado con la certeza que se requiere para una condena. Nadie indagó sobre ese episodio, sobre ese cumpleaños. Tampoco lo hizo la sentencia para tener por acreditado el contexto de ocurrencia de ese hecho, que señala como «más grave».

Advierte que, para acreditar esas circunstancias de realización, la sentencia recurre a otro hecho o conducta no probada: «el chasquido». Se trata de un dato aportado sólo por la menor, y que ratifican los testigos indirectos, a quienes les contó su relato –los terapeutas y la madre de una amiga–.

Sin embargo, los testigos directos de esas reuniones, y quienes debieron ser testigos de este particular llamado o gesto, no advirtieron ni escucharon nada. Lo único que hay es el relato de la menor en Cámara Gesell, y lo que aportan los testigos que recibieron información a partir de ella.

De ahí que concluye en que la figura agravada del art. 119, 2º párrafo del CP, en este episodio puntual, y para ser separada de los meros tocamientos que configurarían un abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, tampoco está acreditada.

2.2.- Por otro lado, la defensa sostiene que la sentencia cuestionada viola el principio de la duda razonable, reconocido en la ley procesal –art. 2– y en los tratados internacionales de Derechos Humanos –art. 8.2 de la CADH–, de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, la defensa considera que las sucesivas mutaciones en la calificación legal de los hechos investigados es una señal que la plataforma fáctica no está acreditada, y que ese ha sido el motivo que ha justificado las variables de ajuste de los delitos. Todo ello en perjuicio del acusado, cuya situación procesal se ha visto notoriamente agravada.

Señala que no es de la estrategia recursiva cuestionar o elaborar un ataque directo a la declaración de la presunta víctima, o a lo que ella pueda interpretar, recordar y resignificar de aquello que habría vivido hace siete años, cuando tenía diez años de edad.

Sino que la crítica se apoya en las deficiencias argumentativas de la sentencia y el agravio que la inobservancia de los estándares constitucionales y convencionales reseñados, ocasiona.

Aquí reitera que sobre esos dos hechos que el tribunal de la instancia previa separó del abuso sexual simple, comprendidos en ese concurso real, no se ha alcanzado la certeza que pregona el voto preopinante.

Advierte que el principio de inocencia no puede ser una mera declaración formal, sino que debe hacerse operativo con más fuerza aún, cuando en un caso de testigo único como el presente, ese testimonio no encuentra correlato en los testimonios de las personas que habrían participado del contexto u ocasión.

Por lo tanto, esa ausencia de confirmaciones periféricas en datos objetivos, respecto de esos dos hechos, lleva a afirmar que la prueba no es suficiente para condenar, dejando subsistente un margen de duda insuperable que opera en favor del acusado.

En razón de ello, concluye en que la afirmación que hace la sentencia sobre la preeminencia de la prueba de cargo sobre la de descargo, no representa un juicio lógico válido, por los defectos de fundamentación que, particularmente, se dan respecto de los dos hechos que se separan del abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, lo que determina la arbitrariedad de todo el fallo.

2.3.- Seguidamente, la defensa indica que el cambio de calificación legal realizado en la sentencia sobre los hechos del proceso por parte del tribunal de juicio, vulneró el principio de congruencia procesal.

Destaca que la fiscal interviniente se ocupó durante el debate en defender su acusación como un delito en modalidad de continuado, posición a la que expresamente adhirió el querellante.

Pese a que los hechos venían configurados en el auto de elevación a juicio como un concurso real de delitos, al inicio del debate, se reformuló la calificación legal dada a los hechos, sin modificar la plataforma fáctica, quedando establecida como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda en modalidad de delito continuado. La representante del Ministerio Público expresó que no existía un concurso real entre varios hechos sino un delito continuado.

Concluida la prueba testimonial, de conformidad con lo previsto en el art. 391 del CPP, la Fiscalía amplió la acusación, modificando sensiblemente la plataforma fáctica, manteniendo la calificación legal reformulada, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda en modalidad de delito continuado. Y nuevamente adhirió el acusador privado.

Sin embargo, al fallar, el tribunal de juicio mutó nuevamente la acusación, señalando tres hechos diferenciados a los que aplicará las reglas del concurso real.

La defensa señala que, con esa decisión, el tribunal se apartó de la teoría del caso propuesta por las tres partes –acusación pública, acusación privada y defensa–, haciendo un uso literal y arbitrario de la potestad legal (art. 413 CPP), más no armónica con las garantías que hacen al debido proceso y el derecho de

defensa en juicio. Decisión que la adoptó sin advertir de esta posibilidad sobreviniente al imputado, una vez ya realizados los alegatos de cierre, sorprendiendo a las partes del contradictorio.

Destaca que la lectura ligera de la acusación ampliada al finalizar las testimoniales, podría llevar a pensar que la plataforma fáctica, esto es, los hechos que separa en tres la sentencia, fueron puestos en conocimiento de la defensa. Sin embargo, advierte que, para la acusación, tanto pública como privada, reiteradamente, estos conformaban un todo, una unidad, un delito en la modalidad de continuado.

No acreditada esa unidad de designio criminoso en el debate, se fragmentan esos episodios que sirven de base, se seleccionan dos hechos como más graves, y se condena por ellos, en un concurso real, excediendo la acusación pública y privada.

Aquí radica el agravio por violación al principio de congruencia, al derecho de defensa, que, por su naturaleza constitucional y convencional, vicia la sentencia toda de nulidad

Interpreta, con cita de doctrina, que siempre que la calificación legal

aplicada por el tribunal difiera de la que postuló la acusación, se violará el derecho de defensa cuando el tipo penal escogido, aun cuando se adecúe el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos y normativos que le otorguen al hecho un alcance diferente, agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos, habría podido refutar su aplicabilidad al caso.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

2.4.- Finalmente, refiere la prescripción de la acción penal por el delito de abuso sexual simple (art. 119, 1º párrafo del CP), planteo que fue formulado por el profesional a cargo de la defensa en los alegatos de cierre, replicado y resistido por los acusadores, y que no encuentra resolución en la sentencia recurrida.

Considera que el tribunal de juicio, al no resolver ese planteo defensivo, ha inobservado los postulados de la ley sustantiva (art. 474 inc. 1 del CPP) en materia de prescripción de la acción penal (art. 63 y 67 del Código Penal), interpretados a la luz del principio de retroactividad y ultra actividad. de la ley penal más benigna para el imputado (art 2 del Código Penal, 9 de la CADH y 15 del PIDCyP).

Solicita que se aplique el art. 63 del CP, conforme su redacción actual (ley 27.206 B.O. 10/11/2015, derogatoria del segundo y tercer párrafo introducidos por la ley 26.705), en tanto regula el comienzo de la prescripción de la acción penal, y el artículo 67 (según ley 25.188, vigente al momento del hecho), en lo que respecta a las causales de suspensión.

Entiende que, con respecto del delito de abuso sexual simple, ante la ausencia de fecha precisa en la pieza acusatoria, debe recurrirse al acta de denuncia para computar el inicio del plazo de la prescripción y, en ella, a la fecha aportada por la denunciante como de la «develación»: el 4 de noviembre de 2015. Por su parte, la última causal válida de interrupción de la prescripción, es el auto de citación a juicio de fecha 6 de junio de 2017.

Con lo cual, si se toma el **máximo de la escala penal –cuatro años de prisión–**, la prescripción de la acción penal respecto de ese delito operó el día 6 de junio de 2021. Cómputo que no se ha interrumpido con el fallo emitido por la Sala Segunda de este Tribunal, cuando en fecha 25 de noviembre de 2019 anuló la sentencia condenatoria n° 78 del Tribunal Penal Colegiado N° 1, dictada en estos autos para fecha 6 de julio de 2018.

Cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición, particularmente en lo que tiene que ver con la retroactividad en la aplicación de la ley penal más benigna.

Formula expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al contestar la vista conferida aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

En atención a los motivos de la censura, señala que el tribunal de la instancia previa valoró minuciosamente la declaración de la víctima durante el debate, concluyendo en que su testimonio constituía la principal prueba de cargo, por cuanto reunía ciertos criterios que permitían atribuirle ese peso convictivo: persistencia en la incriminación; ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de relaciones previas entre acusado-víctima, que pongan de relieve un móvil espurio o de venganza; y verosimilitud del testimonio, corroborado por otros datos objetivos obrante en el proceso.

Expresa que, si bien la defensa niega la corroboración de sus dichos por otros datos objetivos, en autos obra la evaluación psicológico-psiquiátrica practicada a la víctima cuando tenía diez años de edad. Agrega que las circunstancias que rodearon el develamiento de los hechos objeto el proceso, también han sido debidamente valoradas por el tribunal de sentencia como, asimismo, la declaración del acusado y los testimonios del resto de los testigos de descargo.

En razón de ello, considera que acierta la sentencia cuando concluye en que la prueba de cargo es notoriamente superior en calidad y confiabilidad a la prueba de descargo, resultando suficiente para destruir el estado jurídico de inocencia del acusado.

En cuanto a la supuesta vulneración del principio de congruencia, descarta que en autos esté presente la «sorpresa» que lleva a la indefensión, propia de la violación del citado principio, ya que la plataforma fáctica ha sido siempre la misma.

Finalmente, en cuanto al planteo relativo a la prescripción de la acción penal, estima acertada la respuesta brindada por el tribunal, en cuanto a que, en virtud del encuadre jurídico dado a los hechos cometidos por el acusado, no correspondía expedirse respecto a los pedidos que fueron formulados en subsidio por la defensa técnica.

Por todo ello, concluye en que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que los planteos defensivos no deben prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por la defensa del imputado y el acto sentencial impugnado, entiendo que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto –en mi opinión– la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial no adolece de ninguno de los vicios denunciados por el recurrente. Paso a explicarlo.

En resumidas cuentas, la defensa advierte un déficit de fundamentación de la sentencia cuestionada que se presentaría tanto en el plano de la valoración de la prueba, como en la determinación del derecho sustantivo aplicado.

En ese recorrido, comienza su crítica señalando que los elementos probatorios examinados por el tribunal de la instancia previa, no acreditan con certeza los extremos fácticos contenidos en la plataforma definida y propuesta por la acusación –pública y privada–, la cual luego resultó convalidada en la sentencia en crisis.

Seguidamente, expresa que, en el hipotético caso en que se tuvieran por demostradas las conductas que se le atribuyen a su representado, la sentencia contiene a su respecto dos errores que se concretan en el plano del análisis jurídico del caso. El primero, cuando el tribunal de juicio se aparta de la teoría del caso de la acusación –pública y privada–, y procede a recalificar jurídicamente los hechos del proceso en forma

sorpresiva y perjudicial para el acusado, al pasar de «un hecho» en la modalidad de delito continuado a «tres hechos» diferenciados en concurso real.

El segundo, cuando selecciona las normas penales aplicadas para encuadrar esos hechos, aplicando infundadamente agravantes de la figura básica del abuso sexual en dos de esos hechos, cuando no se encuentran acreditadas.

Finalmente, el defensor del acusado concluye su censura con el cuestionamiento de la falta de pronunciamiento sobre el planteo de prescripción de la acción penal respecto del delito de abuso sexual simple, formulado en los alegatos de clausura del debate oral.

De este modo, daré tratamiento a los agravios defensivos de la siguiente manera: en primer lugar, examinaré la validez de los fundamentos de la sentencia en orden a la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa; en segundo lugar, trataré la corrección del fallo en el plano del análisis jurídico del caso; en tercer, y último lugar, me expediré sobre la alegada omisión de pronunciamiento.

a.- Sobre la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba

respecto de la acreditación de los hechos del proceso y la intervención punible del acusado en los mismos. Según la defensa, la sentencia ha tenido por acreditado los extremos de la imputación delictiva sobre la base de una arbitraria, por parcial y fragmentaria, valoración de los elementos probatorios producidos e incorporados a la presente causa. Situación que se concretaría en el análisis probatorio que determinó que la sentencia tuviera por acreditados los abusos sexuales reiterados consumados dentro del interior de su domicilio, como también, a bordo de su vehículo, en oportunidad de retornar junto a la víctima de un viaje al departamento de San Martín.

Para respaldar esa afirmación, sostiene que el tribunal de la instancia previa, en su afán de corroborar periféricamente los dichos de la menor y, con ello, confirmar la teoría del caso de la acusación, seleccionó, valoró y utilizó en perjuicio del acusado, los testimonios de testigos indirectos de los hechos, esto es, de personas que conocían los sucesos sólo a partir de la información que –de ellos- les proporcionó la supuesta víctima.

Sin embargo, y aquí encuentra la defensa el punto de agravio, advierte que, en esa labor valorativa, no se consideraron adecuadamente las declaraciones en debate de las personas que participaron de las reuniones donde se habrían producido la mayoría de los supuestos abusos quienes, siendo en su mayoría miembros de la familia de la niña, no confían en su relato, a la vez que descreen de la acusación.

Así, en la confrontación valorativa que propone la defensa, frente al testimonio único de la menor, el examen psicológico y los testigos indirectos, se alzan las testimoniales de su círculo más cercano, la personalidad que desarrolló la menor y la ausencia de estrés postraumático, que niegan la «certeza» que invoca la sentencia para considerar que los demostrados los comportamientos delictivos reprochados en este proceso al acusado, de acuerdo con la configuración material que asumieron luego de la ampliación de la acusación por el Ministerio Público Fiscal en debate, a los términos del **art. 391 del CPP**.

Al respecto debo decir que no comparto ninguno de los argumentos que propone la defensa para sustentar este segmento de su crítica contra el razonamiento jurisdiccional.

En términos generales, arribó a esa afirmación al comprobar que los magistrados que integraron el tribunal de juicio, conforme se desprende del voto que lidera el acuerdo alcanzado en el fallo condenatorio, han realizado un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes.

Esto puede advertirse rápidamente en una primera lectura de la sentencia, en la que se observa un estudio particular y exhaustivo de las manifestaciones de la víctima, de las declaraciones de los testigos –tanto de

cargo como de descargo– y de los informes sobre los exámenes psicológicos agregados, junto con las expresiones volcadas durante la realización del debate por los profesionales que estuvieron a cargo de su confección.

Al mismo tiempo, esas pruebas son puestas en relación unas con otras, proceder que le permitió al órgano juzgador tener una visión total, integral y, especialmente, **contextualizada de todo el plexo probatorio** que acompaña la causa, para arribar de esa forma –acertadamente, en mi criterio– a un juicio de certeza positiva sobre la existencia material de los sucesos criminosos intimados y la responsabilidad penal que le cupo a D L H. U. en ellos. Extremos que se encuentran controvertidos por el recurrente.

Dada la pertinencia en la revisión de la valoración probatoria que se hará en lo sucesivo, me permito destacar aquí que los hechos como los aquí investigados y juzgados, se producen en ámbitos de absoluta intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas; contexto por el que adquiere una especial relevancia los dichos de la víctima puesto que, además, suele ocurrir con frecuencia que tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o rastros de material genético.

Si a ello le sumamos que, tal como surge de las constancias que se tienen a la vista, el caso se enmarca en un contexto de violencia sexual contra una niña que, a la fecha de los hechos, contaba con diez años de edad, y que el agresor formaba parte del seno mismo de la familia de la víctima, quien incluso utilizó para su desigmo criminoso este espacio de privacidad, es evidente que la actividad probatoria adquiere otras dificultades.

Pues, a la clandestinidad propia del entorno donde se cometen estas actividades ilícitas, se adicionan dos aspectos sumamente relevantes para su reconstrucción histórica y, por ende, para su juzgamiento: por un lado, la calidad del sujeto pasivo –niña de diez años de edad–, lo que se traduce en una doble condición de vulnerabilidad y, paralelamente, en un deber reforzado de tutela por parte de todos los agentes de la organización estatal; por otro lado, la calidad del sujeto activo –hombre, mayor de edad y, principalmente, integrante del entorno familiar de la víctima–, lo que determina necesariamente un incremento en aquel estado de vulnerabilidad, porque a lo traumático de lo experimentado se suma que la víctima no se encuentra en las mejores condiciones de expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional que genera el hecho de que la persona responsable del ataque sexual integra su «grupo de confianza».

Entiendo que todas estas particularidades han sido debidamente consideradas en la valoración probatoria realizada por el tribunal de la instancia previa, en función de la normativa y los estándares que componen el marco teórico y conceptual desde el cual corresponde analizar y valorar la totalidad de los elementos de prueba que componen la causa.

Así, para tener acreditados los hechos del proceso, el tribunal de la instancia previa valoró especialmente la declaración testimonial de la víctima realizada en la modalidad de Cámara Gesell durante el debate, la que se realizó a pedido de la representante del Ministerio Público Fiscal, con la anuencia de la querrela y de la Asesoría de Menores interviniente, y previo informe de la entrevista preliminar realizada por personal del EDeAAS que determinó la posibilidad de que se realizara nuevamente esa medida (suscripto por el Lic. Izura y la Dra. Mestri en fecha 4/3/22) (v. registro audiovisual, audiencia del día 4/3/22).

Sus manifestaciones conformaron la piedra angular en la reconstrucción de los sucesos investigados, las que merecieron en la sentencia el reconocimiento de un valor convictivo preponderante al comprobarse que reunían todos los criterios que permiten atribuirle peso convictivo dirimente: persistencia en la sindicación del acusado como el autor de los abusos y en el relato de los acontecimientos vividos; ausencia

de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas ente el acusado y la víctima y, finalmente, la presencia de otras pruebas que lo corroboran periféricamente (particularmente, los resultados de la evaluación psicológico-psiquiátrica practicada a la niña cuando tenía diez años, la denuncia y las circunstancias que rodearon el develamiento de los hechos a la luz de los testigos de la causa).

Asimismo, conforme surge de los fundamentos del fallo, el tribunal no solamente analizó la declaración de la víctima. A esa labor, se siguió un prolijo y detallado examen de la declaración que realizó el acusado durante la investigación penal preparatoria –incorporada por lectura conforme lo establecido en el art. 388 del CPP–, la que fue descartada en la sentencia por no resultar significantes para constituir una hipótesis alternativa válida que lo desincrimine.

Por último, la tarea de valoración probatoria se completa con la meritación exhaustiva de las declaraciones testimoniales producidas durante el debate, entre las que se encuentran las aludidas expresamente en su crítica por la defensa, sobre las que se ampara para fundar sus pretensiones –aspecto que se analizará particularmente en lo que sigue–.

Ahora bien, llevadas esas breves consideraciones al examen de los argumentos defensivos, como lo adelantara, debo señalar que no comparto con la defensa cuando critica la valoración que hace la sentencia sobre las manifestaciones de aquellas personas que declararon durante el juicio, por haber sido parte de las reuniones familiares en cuyo contexto se produjeron los múltiples y reiterados ataques sexuales proferidos por el acusado a la niña víctima.

Respecto de estas últimas, entiendo que la transcripción que se hace en los fundamentos del fallo sobre los tramos más relevantes de las declaraciones de H M P B –tía paterna de la víctima–, O M S –ex pareja de H M P B–, M L P B – tía paterna de la víctima–, L E P B –ex pareja del acusado–, P G A –amigo del acusado–, E B B –amiga del imputado en el Servicio Penitenciario–, A C O –pareja del hermano del acusado– y, finalmente, de M S D L H. –hermano del acusado–, sumado a la reproducción y visualización del soporte audiovisual de las audiencias respectivas, y el examen crítico sobre el análisis valorativo que, de ellos, se hace en la sentencia, permite efectuar dos observaciones que impactan directamente en tratamiento –y rechazo– del agravo propuesto.

La primera es que los testimonios de las personas que participaban de esas reuniones, quienes declararon durante el debate ante la presencia de las partes –que tuvieron plena posibilidad de formular las preguntas que estimaban ajustadas a sus respectivas teorías del caso–, no han sido marginados de la valoración que hizo el tribunal de sentencia para resolver del modo en que lo hizo. Pero, además, la ponderación que de ellos se realiza en la sentencia, incluso, coincide parcialmente con la que hace y propone la defensa para respaldar su teoría del caso.

Esto último por cuanto, al igual que lo subraya la defensa, en la pieza impugnada se destacan los roles de esas personas en el contexto fáctico donde se produjeron la mayor parte de los abusos sexuales.

Además, reconoce los vínculos familiares y afectivos que cada una de ellas tiene o tenía con la víctima y el imputado, y se destaca la inexistencia de motivos para dudar de la sinceridad de los testimonios.

También, hace hincapié en que esos testigos manifestaron que en las reuniones familiares que se desarrollaban en el domicilio del acusado, no habían observado ninguna situación sospechosa entre D. L. H. U. y la niña víctima, o que ambos se alejaran del grupo en algún momento (v. pág. 19 de los fundamentos del fallo).

De esta manera, entonces, no asiste razón a la defensa cuando refiere omisión de valoración probatoria respecto de esos elementos de convicción por parte del tribunal de la instancia previa, porque la información proveniente de los mismos, emitida espontáneamente por cada uno de ellos, como a

instancias de interrogaciones de las partes, se encuentra replicada y valorada en el fallo, aunque con un valor convictivo diverso al que pretende la defensa.

La segunda, y necesariamente vinculada con la anterior, es que la sentencia expone y desarrolla adecuadamente las razones para considerar que esos testimonios, aún cuando sinceros, no desacreditan la hipótesis acusatoria, por cuanto no introducen una duda razonable sobre la ocurrencia de los hechos del caso.

Así, el tribunal destacó que: a) es altamente posible que esas personas, durante las reuniones familiares en cuestión, no advirtieran nada extraño, dado que ni siquiera los padres de la víctima –querellantes en esta causa– lo hicieron; (b) que aún en el supuesto de que alguno de estos testigos hubiese percibido con sus sentidos una situación de significación sexual entre el acusado y la víctima, no lo reconocerían en sus deposiciones, porque ello supondrían tanto como reconocer que ocultaron o encubrieron el accionar delictivo; y, por último, c) el hecho de que los participantes de las reuniones no presenciaran los abusos sexuales, no implica que estos no sucedieran, dada la dinámica modal que corrientemente asumían esos encuentros familiares.

Nótese que la valoración de esas testimoniales es coherente con el contexto en que se desarrollaban esas reuniones, desde que los mismos testigos de descargo apuntados por la defensa en abono de la versión desincriminatoria, aportaron información que se condice con la acusación.

En particular, de las testimoniales aludidas se desprende que los encuentros familiares duraban un tiempo prolongado –aproximadamente entre cinco y seis horas–, que participaban alrededor de quince personas, y que el domicilio del acusado –lugar de los hechos– presentaba una disposición estructural –una planta, tres dormitorios, dos baños, y quincho, entre otros espacios–.

Esos datos corroboran los dichos de la niña menor de edad, en tanto si tomamos en consideración que la mayoría de los abusos sexuales que relató en su declaración en Cámara Gesell, consistieron en actos de tocamiento de tipo furtivo que ocurrían en diversos lugares del domicilio del acusado, lo cierto es que no existe una imposibilidad de que los mismos hayan sucedido ante el desconocimiento absoluto de las restantes personas que se encontraban en el lugar de los hechos.

Cabe señalar que, como se apunta en la sentencia, en uno de los tramos de su declaración, la niña señaló que «[él] [por el acusado] me tocaba mis partes íntimas, mis bubis, mi cola, mi vagina... Esto era todo el tiempo, todas las veces que yo iba a su casa. Por ejemplo, si yo estaba tomando agua, él pasaba y me tocaba, a veces por adentro y otras por arriba de la ropa. Yo lo veía fin de semana por medio, a veces me quedaba a dormir. Esto también pasaba cuando nos reuníamos con la familia, en el quincho, cuando yo le llevaba la carne para el asado... No sé cuántas veces pasó. Era muy frecuente» (v. registro audiovisual, audiencia del día 4/3/22, min.00:15:14/00:16:04; v. fundamentos, pág. 8).

Considero que esa síntesis se impone sobre cualquier otro tipo de interpretación de los hechos, desde que la contundencia incriminatoria del relato de la niña víctima, cuyo valor convictivo no ha sido materia de análisis específico por parte del recurrente, aunado al resto de la prueba de cargo que ha sido analizada en la sentencia, la que tampoco ha sido concretamente controvertida por el impugnante, conforma un cuadro probatorio sólido que no encuentra objeciones ni reparos en las testimoniales aludidas precedentemente.

Por ello, entiendo que este tramo del razonamiento jurisdiccional demuestra en esta instancia de revisión, el acierto del tribunal de la instancia previa al concluir en que «la prueba de cargo es notoriamente superior en calidad y confiabilidad a la prueba de descargo y resulta suficiente para destruir el estado jurídico de inocencia de C. A. D L H. U.» (v. fundamentos, pág. 19).

Sentado cuanto precede, debo decir que las consideraciones efectuadas precedentemente sobre los cuestionamientos defensivos sobre la valoración de los testimonios de descargo que se realiza en la sentencia impugnada, se extienden a los demás puntos de agravios formales presentados por la defensa en este tramo de su recurso. Me refiero a la acreditación de los dos hechos de abuso sexual de mayor gravedad que el tribunal de sentencia separa entre las acciones desplegadas por D L H. U. contra la niña víctima. Veamos.

a-1. Evento ocurrido en el automóvil

a.1.- Con relación al evento ocurrido en el automóvil del acusado cuando regresaban, junto con la víctima, del departamento de San Martín, advierto que este episodio se encuentra debidamente acreditado en autos. En particular, a través del relato de la víctima quien, de manera contundente y clara, lo describió en sus circunstancias de tiempo, modo y espacio.

En ese sentido, como bien se destaca en la sentencia, la niña relató que «[u]na vez me dijo [por el acusado] que teníamos que acompañar a unos amigos a San Martín. Cuando volvimos se paró en un lugar. Se desvió de la ruta. Me dijo que me sacara el pantalón. Yo le dije que no y me dijo que sacara una pierna. El me dijo que me subiera arriba de él. Creo que él sacó su miembro. Sé que él acabó porque me pidió que sacara unos pañuelitos de la guantera del auto. No me acuerdo dónde acabó» (v. registro audiovisual, audiencia del día 4/3/22, min. 00:19:12/00:21:06). Seguidamente, la representante del Ministerio Público Fiscal le preguntó si vio o sintió que el acusado eyaculara y, en su caso, dónde lo hizo, a lo que la víctima respondió:«[y]o en ese momento no sabía lo que era. Yo vi algo blanco, como en la pierna, no me acuerdo muy bien» (min. 00:59:40, v. fundamentos, pág. 8).

A su vez, el repaso de los fundamentos del fallo da cuenta que ese tramo de su narración no se encuentra desprovisto de elementos probatorios periféricos que lo comprueben, como lo señala el defensor del acusado. Por el contrario, la credibilidad de esos dichos surge de los informes agregados en autos, particularmente del informe del EPAASI de fecha 12/11/15, y del E.De.A.A.S. de fecha 4/3/22, así como de las declaraciones que hicieron durante el debate los profesionales que la asistieron en diversas instancias (Dr. Habiján y la Lic. Fehlmann, audiencia de debate del día 3/3/22), prueba que ha sido incorporada al debate. Además, existe prueba testimonial que así lo acredita, como sucede con la declaración de la testigo S M.

Esta última, madre de una compañera del colegio de la víctima, y una de las primeras personas a las que la niña decidió contarle los abusos, dijo en el debate que «[n]o recuerdo fecha, sé que mi hija tenía 10 u 11 años. Iba al Colegio Yo fui un día a buscarla e inmediatamente que sube al auto, me cuenta “mamá, no sabés lo que le pasó a [por la víctima]... El tío había abusado de ella, la había tocado y nosotras se lo dijimos a la seño C... A [por la víctima] le gustaría hablar con vos y contarte. Yo le dije que sí, pero que antes yo le iba a preguntar a la mamá».

Mencionó la testigo que, al día siguiente, la víctima había concurrido a su domicilio, oportunidad en la que ambas tuvieron una conversación en la cual, con un relato que le impresionó credibilidad, ausencia de influencia externa y adecuación del lenguaje a la edad de la niña, ésta le narró particularmente el episodio ocurrido en el vehículo. En ese pasaje, entre otros acontecimientos, le contó que, en una oportunidad, habían ido a llevar a una pareja amiga sola con su tío [por el acusado], y que cuando volvían, D L H. U. estacionó, le hizo sacar una pierna del pantalón, y que allí sintió algo caliente en la pierna, y que el tío se limpió. Detalle que llevó a la testigo a interpretar que ese acto había consistido en una eyaculación (v. registros audiovisuales, audiencia del día 7/3/22, a partir del min. 00:29:55, en particular, min. 00:40:20/00:42:03).

La correspondencia y concordancia sustancial entre la declaración de la niña víctima y los dichos de la testigo en cuestión fue un elemento determinante para que el tribunal de la instancia previa tuviera por cierto este episodio de abuso sexual en particular.

Pero, además, no se trata del único elemento subjetivo corroborante. En la misma línea se observa la declaración de la Lic. Josefina Fehlmann, que fuera la primera psicóloga que trató a la niña (v. registros audiovisuales, audiencia del día 3/3/22, a partir del min. 00:38:30, en particular, min. 00:43:21).

Lo brevemente reseñado me permite compartir en su totalidad la afirmación que se realiza en la sentencia respecto de la existencia material de este episodio concreto de abuso sexual, ocurrido a bordo del vehículo del acusado, en las circunstancias de tiempo, modo y espacio en que fueron reveladas por la niña. Razones que, además de estar plasmadas en la sentencia, también demuestran el acierto del tribunal de la instancia previa al separar esta específica conducta del resto de los comportamientos criminosos que se le atribuyen al acusado y que, a la postre, justificaron la relación concursal entre los delitos en cuestión, a los términos del art. 55 del CP –aspecto que se tratará en el apartado correspondiente–.

a-2. Evento ocurrido en el baño.

a.2.- Con el mismo nivel de precisión se pronunció la víctima respecto del ataque sexual que sufrió en el interior de un baño contiguo a la habitación del acusado.

Sobre el mismo, según lo consigna la sentencia y surge de la declaración en Cámara Gesell durante el debate, la dicente manifestó que mientras se desarrollaba una reunión familiar en ocasión de un festejo de cumpleaños, de la que participaron muchas personas, D L H. U. la llamó para la habitación y, a diferencia de otras ocasiones, donde sólo había actos de tocamiento –y el referido en el punto anterior–, le había practicado sexo oral.

Ello motivó la intervención del Ministerio Público Fiscal, solicitándole que describiera a qué se refería con esa expresión, a lo que la víctima respondió que le había «chupado la vagina» (v. registro audiovisual, audiencia del día 4/3/22, a partir del min.00:16:35, específicamente min. 00:58:03).

La defensa pretende desacreditar el peso convictivo cargoso de la declaración de la víctima sobre este acontecimiento.

Para lo cual, contrapone a esa versión los dichos de los testigos de descargo, afirmando que los hechos no pudieron ocurrir como los relató la dicente porque las personas que concurrían a esas reuniones habían manifestado que no observaron nada extraño durante tales ocasiones, y que en ningún momento el acusado se había ausentado del lugar junto con la niña víctima.

No voy a reiterar aquí las consideraciones ya vertidas sobre el análisis de estos particulares testimonios. Sólo voy a decir que la hipótesis que plantea la defensa, sustentando la inexistencia de este particular –y grave– ataque sexual, únicamente se sustenta en una única premisa que –a mi juicio, y en concordancia con la sentencia– es errónea: esta es, que no estaría probado que el acusado la llamaba a la niña con un particular gesto: «un chasquido».

Interpreta la defensa que se trata de un gesto que provoca un sonido que debió ser advertido por alguna de las personas que participaban de esas reuniones familiares, por lo que, si nadie se percató de ello, el hecho no ocurrió.

Sin embargo, entiendo que el error de la defensa en este aspecto consiste en soslayar que esta particular circunstancia ha quedado demostrada a partir de elementos probatorios cuyo valor convictivo no ha sido controvertido.

Pues, por un lado, la víctima describió que ese hecho en particular ocurrió cuando el resto de las personas se encontraban todas en el patio, es decir, alejadas del baño en construcción, contiguo a la habitación del

acusado. Por otro lado, también expresó que D L H. U. la llamaba siempre haciendo un chasquido con los dedos o señas con la cabeza. Gestos que reprodujo durante su declaración (v. registro audiovisual, audiencia del día 4/3/22, min.01:00:20/01:00:44).

Finalmente, fue este un aspecto que destacaron S M y la Lic. Fehlmann en sus respectivas declaraciones que, si bien se trata de testigos indirectos de los hechos, no puede desconocerse que tomaron conocimiento de ellos a partir del relato de la niña, ello no les resta en este caso el valor de corroborar ese aspecto modal de los acontecimientos.

Ambas fueron claras y contundentes sobre el modo en que la niña les dijo que el acusado se comunicaba con ella con esa particular seña —el «chasquido»—, cuando iba a cometer algún tipo de abuso sexual, y que fue explicado en su significación simbólica por la psicóloga tratante, quien dijo que «lo que implica es que ella [por la víctima] obedezca, porque estaba la previa amenaza que, si no era ella, iba a ser con los primos, con los más chicos» (v. registro audiovisual, audiencia del día 3/3/22, min.00:50:48/00:51:06).

Sin perjuicio de ello, la defensa considera que existiría una controversia entre la prueba producida en el juicio, que excluye la certeza sobre la ocurrencia de este hecho.

Advierte que de los dichos de la psicóloga que atendió a la niña luego de la denuncia surge que este particular episodio, según lo dijo la testigo a instancia de lo que le expresaba la niña durante la sesión, habría sido observado por una tía de ella.

Sin embargo, éste sería un dato que no fue corroborado en la causa, porque ninguna de las tías de la niña lo habría confirmado.

Ahora bien, del soporte de la audiencia donde declaró la Lic. Fehlmann surge que ninguna de las partes, ni siquiera la propia defensa, formulara algún tipo de pregunta al respecto, a los fines de corroborar aspectos relevantes para determinar la certeza de esa circunstancia.

Así, tampoco existen elementos que permitan precisar si el supuesto conocimiento directo de una de las tías de la niña que mencionó la testigo sobre este concreto episodio, lo fue con respecto de aquel que ocurrió en el baño en construcción ubicado en forma contigua al dormitorio del acusado —hecho probado en la sentencia— o, en su caso, se trataría de otro distinto.

Finalmente, aún en la hipótesis que considerásemos que un pariente de la niña observó al acusado practicándole sexo oral a la niña, y luego omitió referirse a ello en su declaración durante el debate ello, de modo alguno, generaría dudas sobre la existencia material de este hecho, según el relato creíble de la víctima.

Por todo lo referido, los puntos de agravio propuestos por la defensa del acusado para desacreditar la hipótesis acusatoria respecto de estos concretos y específicos hechos delictivos, los que ha sido separados por el tribunal de juicio del resto de los abusos sexuales por las circunstancias y la modalidad de los mismos, como también, por su creciente gravedad, deben también ser descartados.

a.3.- Conclusión

En función de estos argumentos, considero que los vicios procedimentales alegados por la defensa no resultan procedentes, por cuanto son inconducentes para demostrar un vicio de arbitrariedad o contradicción en las premisas que sustentan este tramo de la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante, referido específicamente a la valoración probatoria.

Más que vicios, el planteo casatorio examinado en este punto representa una mera disconformidad del recurrente con el criterio valorativo que utilizó el inferior para justipreciar los elementos de prueba obrantes en autos, por resultar esta contraria a sus pretensiones, insusceptible de conmovir la decisión adoptada.

En función de ello, considero que el tribunal de la instancia previa ha efectuado una adecuada valoración, conforme las pautas de la sana crítica racional, de la prueba rendida en el debate y la ha articulado de modo tal que, de su análisis, se puede comprender sin lugar a dudas que ha sido correcta la acreditación de la materialidad de los hechos y la intervención del acusado en los mismos.

Ello, torna improcedente la pretensión esbozada por el defensor de que su asistido sea beneficiado a partir de lo dispuesto por el art. 2 del CPP.

b.- Consideraciones respecto de la pretendida vulneración del principio de congruencia.

Su impacto en la selección de las normas penales aplicadas al caso. La agravante de la guarda.

En relación con este punto, la defensa objeta que la sentencia condenatoria habría sido formulada con sustento en la afectación del principio de congruencia y vulneración del derecho constitucional de defensa en juicio y debido proceso.

Según alega, el vicio invalidante se presenta en el ámbito de la aplicación del derecho al caso por parte del tribunal del juicio quien, para fallar del modo en que lo hizo, mutó sorpresivamente el contenido de la acusación – pública y privada– en lo que hace al encuadre legal allí propiciado, apartándose de la calificación propuesta –los distintos abusos forman parte de un solo hecho de abuso sexual en la modalidad de continuado–. A ello, agrega que aún cuando se considerara válido hacer concursar realmente los delitos en cuestión, no resulta procedente la agravante de la guarda que califica una de las conductas intimadas.

En lo que sigue, se dará tratamiento a los cuestionamientos defensivos, según el orden en que han sido presentados en el escrito recursivo.

Principio de congruencia. (Art. 391 CPP) Cambio de calificación legal. (Art. 413 del CPP)

b-1. Principio de congruencia.

b.1.- En primer lugar, y de manera preliminar, debo señalar que el respeto del principio de congruencia procesal se refiere a la imposibilidad de cambiar, por parte de los jueces, los hechos que fueron sometidos a juzgamiento, por lo que nada impide que el tribunal de juicio pueda **cambiar la calificación jurídica aplicable al caso (art. 413 del CPP)**, siempre y cuando aquél se mantenga inalterado, y **esa modificación jurídica no determine un agravamiento en la situación procesal** del sujeto sometido a proceso.

Esto último, claro está, como corolario del principio iura novit curia, que permite el **cambio de calificación jurídica** distinta a la expresada en la acusación y que, según la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, no debe ser sorpresiva.

La regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, desde que una variación brusca de la calificación jurídica –en el tipo penal– puede sorprender a la defensa y, en algunos casos, desbaratar su estrategia procesal.

Así, cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso (Fallos 329:4634).

Una cosa es afirmar la existencia de un suceso, de un accionar humano, y otra cuestión distinta es valorarlo, calificarlo jurídicamente, colocarlo en relación lógica con la ley penal, examinar si la situación de hecho planteada como hipótesis encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal.

Claro que el tribunal de juicio tiene la facultad de seleccionar la norma que estima aplicable al hecho dado que sólo juzga en referencia al suceso atribuido al acusado, lo que no puede hacer es modificar el hecho o sus circunstancias que, como se dijo, hacen a la identidad del hecho (**Clariá Olmedo, J., Tratado de**

Derecho Procesal Penal, actualizado por Roxana Gabriela Piña y Vanesa Alfaro. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, tomo VII, p. 797).

Al respecto este Tribunal tiene dicho que «[l]o importante es garantizar al imputado la posibilidad de defenderse en relación a todo elemento fundamental de la imputación, de manera que no exista ninguna sorpresa en este aspecto, y en este sentido, lo único que realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación (principio de congruencia), y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente; es decir que la hipótesis acusatoria coincida con la plataforma fáctica fijada por el juzgador como objeto procesal» (LS 481-001), extremos que han sido observados en autos

Estas consideraciones las estimo plenamente aplicables al caso, tornando improcedente el cuestionamiento defensivo. Ello por cuanto, los hechos que se han tenido por acreditados en la condena, ratificados en esta instancia de acuerdo con los argumentos expuestos en el tratamiento de los agravios procedimentales examinados en el acápite precedente, no encierran una descripción que difiera esencialmente de aquellos que fueron descriptos por la acusación a lo largo de todo el proceso –según la actualización del conocimiento de la imputación que se le enrostra al acusado durante su desarrollo–, particularmente al momento donde se concretó la acusación por parte del Ministerio Público Fiscal –acusador público– y de la querrela –acusador privado–. Me estoy refiriendo al tiempo de formular respectivamente sus conclusiones finales en sus alegatos de clausura del debate.

Así, conforme se observa a través de la compulsas de las constancias de la causa, la representante fiscal decidió, al inicio del debate, reformular la calificación legal de los hechos contenidos en el auto de citación a juicio, los que fueron subsumidos bajo el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda en la modalidad de delito continuado (v. audiencia de debate del día 2/3/22).

Asimismo, concluida la recepción de la prueba testimonial, de conformidad con lo previsto en el art. 391 del CPP., esa misma parte amplió la acusación, sin modificar la calificación legal, procediendo el tribunal conforme lo dispuesto por los arts. 271 y 274 del rito penal. Oportunidad en la cual, el acusado y su defensor, desistieron del derecho de solicitar la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa (art. 391 del CPP) (v. audiencia de debate del día 7/3/22).

Por último, al formular sus alegatos de clausura, tanto la acusación pública como la privada insistieron en que los hechos debían ser calificados como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda, en la modalidad de delito continuado (v. audiencia de debate del día 9/3/22).

Finalmente, conforme surge de los fundamentos del fallo, el tribunal de la instancia previa se apartó del encuadre legal propuesto por los acusadores. Calificó los hechos bajo los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple agravado por la calidad de guarda del sujeto activo –un hecho– en concurso real con abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, ilícitos previstos y penados por los arts. 119, segundo párrafo, 55, 119 primer párrafo en función del último párrafo letra b, 55 y 119, primer párrafo del CP. Decisión que respaldó con cita de doctrina y jurisprudencia que, entendía, avalaba esa posición, y que hoy constituye el punto central de la crítica casatoria.

Entiendo que esa modificación no ha conculcado de modo alguno el derecho de defensa del acusado desde la perspectiva del principio de congruencia, toda vez que los aspectos objetivos y subjetivos mencionados por el tribunal de sentencia en la oportunidad de fundamentar la calificación jurídica, no han implicado una modificación del objeto procesal, ni mucho

menos una extralimitación de funciones del tribunal de la instancia previa para enmendar la actuación de la acusación.

Sino que, en rigor de verdad, lo que hace la sentencia al respecto es interpretar jurídicamente las circunstancias mencionadas en la plataforma fáctica acusada, descartar razonadamente que los múltiples abusos sexuales reiterados que se le enrostran al acusado integren una conducta continuada –posición de la acusación pública y privada–, y justificar por qué ellos importan la consumación de hechos independientes que concurrían entre sí en forma real (art. 55 del CP).

En este sentido, a diferencia de lo que entiende el recurrente, considero que no se trata de una fragmentación de la acusación, que represente un exceso del tribunal de la instancia previa. Sino de la aplicación de aquella calificación legal que, por las razones invocadas para ello, se estimó ajustada a las circunstancias modales típicas de los hechos que conformaron el objeto del proceso, a partir de la prueba adquirida en el debate.

Advierto que esa decisión no sólo no representó un embate sorpresivo para el acusado, sino que tampoco le provocó un agravamiento de su situación procesal respecto de aquella que fue ventilada y discutida durante el debate.

Ello por cuanto, aún cuando no integró una calificación alternativa solicitada por los órganos de la acusación, la perspectiva de análisis desde la cual el tribunal de sentencia consideró y examinó los hechos acusados, de conformidad con la modalidad de su comisión, y que luego decantó en la selección de las figuras penales aplicadas, fue lo que finalmente permitió la individualización y aplicación de un monto de penalidad que resultó significativamente inferior al que fuera solicitado por las partes acusadoras.

Nótese, sobre esto último, que mientras el Ministerio Público Fiscal y la querrela solicitaron la pena de ocho años de prisión, en la sentencia impugnada se condenó al acusado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

Por todo ello, estimo que en el presente caso, por las particulares características y circunstancias que se presentan en el mismo, la decisión adoptada por el tribunal de sentencia de modificar la calificación legal de los hechos del proceso, no ha representado una extralimitación de su parte que merezca ser descalificada desde el plano de análisis que supone el respecto al principio de congruencia procesal, y el derecho de defensa en juicio. Pues, a la identidad sustancial de los hechos, se agrega que la calificación de la sentencia, determinó que la escala penal resultante de la relación concursal entre los respectivos tipos penales se disminuya significativamente en el límite inferior y, a partir de allí, la aplicación de una pena que se observa mínimamente por encima del límite inferior –cuatro años de prisión–, y quedó a mitad de camino con relación a la pena solicitada por la acusación.

b-2. Pretendida violación del mentado principio

b.2.- En segundo lugar, dejando de lado **la pretendida violación del mentado principio**, debo señalar también que le asiste razón al tribunal de la instancia previa cuando califica los hechos ventilados como un concurso real de delitos. Ello por cuanto, en mi criterio, los delitos de abuso sexual como el que aquí se investiga no pueden ser calificados como un único hecho en la modalidad de «delito continuado», como lo consideraron tanto el Ministerio Público Fiscal como la querrela al concretar sus respectivas acusaciones en los alegatos de clausura del debate oral.

Así, del repaso de este tramo de los fundamentos del fallo surge que el tribunal de sentencia consideró que «[n]o se puede equiparar unidad de resolución o designio criminoso por parte del sujeto activo, con decisiones idénticas que son tomadas por el autor en diferentes oportunidades o momentos, máxime cuando ello supone afectar un bien personalísimo, como lo es la integridad sexual». A lo que agrega que

«[e]n este caso concreto, tampoco son homogéneas las conductas atribuidas a D L H. U.. Tal como expresó la propia [G.P.N.] en la Cámara Gesell, hubo dos hechos más graves que los otros: el del sexo oral y el del auto. Esa mayor gravedad de los dos eventos también fue invocada por los acusadores en sus alegatos. Precisamente es esa distinción la que hemos querido plasmar en la subsunción jurídica de los hechos» (v. fundamentos, pág. 22).

Por lo tanto, habiéndose acreditado con el grado de certeza positiva que exige la norma procesal los hechos independientes que se le endilgan al acusado según la acusación, tratándose de un caso de pluralidad de distintos ataques sexuales contra una misma persona, que en algunos casos compartían una modalidad de ejecución similar –respecto de comportamientos calificados como abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos–, y en otros diversa –un hecho de abuso sexual gravemente ultrajante y otro hecho de abuso sexual simple agravado por la calidad de guarda del sujeto activo–, no es posible sostener que aquellos hechos formen parte de una sola acción –es decir, un solo hecho penal, un solo delito– que perjudica la libertad sexual de una persona, máxime cuando se trata de una niña como es en el presente caso.

Por mi parte, debo agregar sintéticamente que comparto la tesis doctrinaria que considera que el delito continuado es una ficción favorable a los agresores sexuales, que no contempla de modo alguno la perspectiva de las víctimas, en este caso, de una niña de diez años de edad. En ese entendimiento, observo que la naturaleza de ciertos bienes jurídicos personalísimos, como es la integridad sexual, la afectación no es gradual sino exponencial, y se profundiza con cada abuso sobre la víctima (v., por la pertinencia al presente, lo referido sobre la cuestión del delito continuado, en el precedente «Maio Graña» de este Tribunal).

b-3. Agrava calificación legal

b.3.- En tercer, y último lugar, considero que la decisión **de agravar la calificación** respecto del episodio de abuso sexual simple que tuvo lugar dentro del automóvil del acusado, en oportunidad en que éste regresaba junto a la víctima del departamento de San Martín, es acertada.

Ello por cuanto, las razones invocadas al respecto por el tribunal de la instancia previa se corresponden absolutamente con las circunstancias modales en que se desarrolló ese hecho que resultó demostrado en la causa, las que acreditan que el acusado, al momento de consumir su conducta delictiva, se encontraba en una situación fáctica que determinaba sobre sí el deber de cuidado y atención respecto de la menor y, por tanto, un especial deber de protección que resultó quebrantado –niña víctima y agresor se encontraban solos a bordo del vehículo de este último, y éste estacionó el rodado al costado de una ruta, durante la noche–.

b-4. Conclusión

b.4.- En definitiva, y como conclusión en este tramo de análisis, entiendo que la sentencia no ha conculcado el principio de congruencia procesal, ni el derecho de defensa en juicio ni el debido proceso legal. Además, considero que la pieza impugnada acierta al modificar la calificación jurídica de los hechos propuesta por los órganos acusadores, considerando que cada abuso sexual supone un ataque particular contra la víctima, con una dañosidad específica, lo que determina su relación concursal a los términos del art. 55 del CP.

Finalmente, estimo que los comportamientos delictivos que se tuvieron por acreditados, según la plataforma fáctica acusada, reúnen todos los elementos objetivos y subjetivos requeridos por los tipos penales bajo los cuales resultaron subsumidas. Por ello, el agravio debe ser desestimado.

c.- Acerca de la alegada omisión de pronunciamiento sobre el planteo de prescripción de la acción penal

En este último punto de agravio, el recurrente advierte que la sentencia no da respuesta al planteo formulado por el entonces defensor del acusado quien, al alegar, solicitó que, si los hechos atribuidos se consideraban acreditados, la calificación que correspondía aplicar era la de abuso sexual simple. En cuyo caso, de acogerse esa calificación legal, la acción penal estaría prescripta por cuanto habría transcurrido el máximo de la pena previsto en abstracto para esa figura penal, a contar desde la citación a juicio de fecha 6/6/17.

Ahora bien, entiendo que el agravio propuesto no puede ser acogido.

Ello, por dos motivos. Primero, porque la sentencia no se desentiende del planteo, sino que lo considera y lo resuelve, sólo que en un sentido contrario al pretendido.

Segundo, y directamente vinculado con el argumento utilizado por el tribunal de la instancia previa para resolver la incidencia reeditada en esta instancia –y que demuestra la corrección del fallo en este punto– es que la procedencia del cuestionamiento se encuentra supeditada al éxito de una pretensión jurídica previa, esto es, la procedencia de una calificación de los comportamientos juzgados bajo un tipo penal distinto –y menos grave– que aquella que finalmente fue aplicada en la condena.

De manera tal que, en virtud del encuadre jurídico dado finalmente a los hechos del proceso, que no coincidió –ni coincide hoy– con la pretensión efectuada al respecto por la defensa del acusado, se ratifica el acierto de la decisión adoptada en la sentencia, en cuanto considera que esa situación impide expedirse en el sentido pretendido por la defensa respecto del planteo de prescripción formulado oportunamente, y reiterado en esta instancia.

d.- Conclusión sobre la procedencia sustancial del recurso interpuesto

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. M TERESA DAY DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. M TERESA DAY DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y PEDRO J.

LLORENTE adhieren, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado C. A. D L H. U..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. PEDRO J. LLORENTE. DR. JULIO R. GOMEZ. DRA. M TERESA DAY

45- PENICO. 13-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	-	NNA	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231113_FcPAE.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Resolución 421/18 del Ministerio Público Fiscal: Protocolo de recepción de la declaración de víctimas/testigos personas menores de edad y personas con padecimientos o deficiencias mentales en Cámara Gesell.

Vox: VG. VS. NNA. Abuso sexual simple. Concurso real. Contexto familiar. Cámara Gesell.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en tres hechos que concurren en forma real (arts. 119, párrafo primero, y 45 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1474, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

- González Pringles
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Cámara Gesell

- Lima Viñolo. 10-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo**. Valerio. Adaro.

Fallo:

CUJ: 13-06733750-0/1((028601-148)) F C/ PENICO AGUILAR EMILIANO RENE P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE ART 119 (0148) (0148/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*105992448*

En Mendoza, a los trece días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06733750-0/1 caratulada "F. c/ P. A. E. R. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE ART. 119 (0148/20) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de E. R. P. A. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1474, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-148, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en tres hechos que concurren en forma real (arts. 119, párrafo primero, y 45 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditados tres hechos diferentes, descriptos en los siguientes términos: «[e]l primero de ellos ocurrido en la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza, en hora del atardecer de un día ubicado en la primera quincena de febrero de 2016, en el interior de la vivienda ubicada en calle, E. R. P. tocó con sus manos la zona genital de la niña [G.P.M.], mientras la madre de ella, G. M., se había ausentado de la morada momentáneamente para concurrir a una despensa del barrio junto a su hermana, E. M., entonces novia del acusado. El segundo hecho ocurrió en una fecha no precisada, ubicada entre el lapso de tiempo que transcurre entre el día 24 de febrero de 2014 y el 23 de febrero de 2016, consistió en tocamientos que E. R. P. A. realizó sobre la zona vaginal de la niña [G.P.M.], mientras ella estaba en una pileta de agua emplazada en la vivienda en que residía E. M., novia de aquél, ubicada en callejón en la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza. En tanto, el tercer hecho acreditado ocurrió entre el día 24 de febrero de 2014 y el 23 de febrero de 2016, también en la vivienda en que residía E. M., novia de P., ubicada en callejón de la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza, en una de sus habitaciones, cuando E. R. P. A. tocó la zona genital de la niña [G.P.M.], introduciendo una mano por debajo de su ropa. Al momento de ocurrencia de los hechos expuestos, [G.P.M.] no había alcanzado aún la edad de ocho años, pues había cumplido siete años el día 22 de diciembre de 2008 según partida de nacimiento».

Para así resolver, se valoraron las declaraciones de G. E. M., G. A. P., A. M. M., E. M., G. M., V. D. C., F. A., G. L. y del acusado, junto al resto del plexo probatorio debidamente incorporado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de P. A. interpone recurso de casación contra la sentencia de condena de conformidad con lo

previsto en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP. Ello, en tanto considera que la valoración es arbitraria y no se sostiene en la prueba producida durante el debate. Se agravia en la arbitraria valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia anterior. Afirma, en este sentido, que se meritó de forma parcializada la prueba testimonial producida. En ese contexto, sostiene la existencia de contradicciones entre las circunstancias de la causa y la sentencia de condena.

Cuestiona los informes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario en razón de la mala aplicación de las técnicas y métodos conocidos como SVA y CBCA, lo que produjo a su criterio una mala administración de los criterios de credibilidad. Agrega que las especialistas D. C. y L. no pudieron precisar en el debate en qué consisten estos criterios. Además, critica que no se expresaron razones para descartar la versión de los hechos aportada por el acusado. Sostiene que la correcta valoración del plexo probatorio permite concluir la inexistencia de los tocamientos investigados. En consecuencia, solicita la anulación de la sentencia y el reenvío para la realización de un nuevo juicio. Por último, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina respecto del recurso de casación y considera que, si bien corresponde su admisión formal, debe rechazarse por razones sustanciales. En este sentido, señala que la sentencia se encuentra debidamente fundada en todo el material probatorio producido durante el debate. Estima que se valoraron de forma detallada todas las declaraciones testimoniales, las que fueron contrastadas con el resto del material probatorio incorporado. Por su parte, entiende que los hechos fueron correctamente calificados y que el monto de la pena resultó proporcionado. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de instancia anterior.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado P. A., corresponde adelantar el rechazo a la impugnación. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen. Los agravios centrales se dirigen contra la valoración probatoria por parte del tribunal de instancia previa que lo llevó a tener por acreditados los hechos investigados.

Como desarrollaré, ninguna de las críticas tendrá acogida. De forma preliminar, resulta pertinente reiterar que casos como el de autos requieren ser juzgados con perspectiva de géneros, como debidamente se puede apreciar en la sentencia de instancia anterior.

En este sentido, en el **precedente «Medina Martínez»** expuse que la perspectiva de géneros ha permitido incorporar el enfoque de los derechos humanos en relación a las mujeres y disidencias sexuales, persiguiendo la materialización efectiva del principio de igualdad en la valoración judicial y en el acceso a justicia. Este enfoque permite visibilizar que, en la aplicación de los derechos y en el desarrollo de un andamiaje jerarquizado entre las personas en razón del sexo, la raza, la edad, etc., hay personas que quedaron –o fueron puestas– al margen de la construcción de la norma.

Así, la mirada de géneros destaca que esta jerarquización naturalizada encubre formas múltiples de opresión y subordinación hacia el género femenino. Este enfoque hace foco en el deber de quien juzga de buscar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos desde el principio de igualdad. Para lograrlo, es necesario analizar la prueba e interpretar las normas con el ajuste de las inequidades propias del sistema social y cultural en el que vivimos.

Así, la perspectiva de géneros visibiliza estas desigualdades que deben ser tenidas en cuenta durante todo el proceso para llegar a un resultado justo y equitativo.

Además, y tal como expuse en el **precedente «Di Césare Meli»**, nuestro país ha asumido compromisos

específicos en materia de violencia de género derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecen obligaciones estatales concretas en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres por razones de género.

Entre las obligaciones asumidas, se destaca la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades («**Zurita Abrego**», «**Medina**», «**Di Cesare Meli**», entre otros).

Entiendo que la sentencia de instancia anterior ha analizado la prueba y juzgado los hechos atribuidos a P. A. con el debido enfoque de géneros, es decir con la advertencia de las inequidades propias del sistema social y cultural en el que se encuentran inmersos los sucesos investigados.

La defensa critica la valoración probatoria del tribunal de juicio que lo hizo concluir acerca de la existencia de los hechos investigados y la autoría de P. A. por los mismos.

Sin embargo, estimo que el tribunal de la instancia anterior ofreció razones fundadas en la sentencia que el defensor no ha logrado rebatir. En este sentido, valoró el relato claro y conciso, contextualizado en las habilidades comunicativas coherentes con su edad, que brindó G.P.M. en Cámara Gesell.

Destacó que describió que, en al menos cuatro ocasiones, padeció tocamientos corporales sobre su zona vaginal por parte de E. P. A., a quien identificó por su nombre y por ser la pareja de su tía materna E. M.. La niña explicó, tanto verbal como gestualmente, la modalidad en que se realizaron los tocamientos.

En particular, entiendo acertada la valoración del tribunal acerca de que resultó «[...] en extremo demostrativa la indicación que hizo sobre la forma en que el imputado introducía la mano debajo de sus ropas, gestualizada a través de la introducción de su mano debajo de la manga de la campera en un pasaje, y en otro mediante la indicación de lo que hacía el acusado con su mano, llegando incluso a afirmar que dicho tocamiento le dolía (la elocuencia de la niña al relatar dicha circunstancia es suficientemente ilustrativa en la grabación con expresiones tales como “me tocaba viste en el pantalón me hacía así”, “me tocaba por ahí en donde no se toca”, “me lo hacía así... así”, “por ahí por la ropa”, que le “dolía”, “porque él hacía así y así con fuerza lo hacía”). Elocuentes expresiones por cierto».

El tribunal valoró, también, que la niña explicó las estrategias que ensayaba para alejarse de la situación de estar a solas con el acusado para evitar que «[le] meta la mano», como también que estaba cansada de que esto ocurriera.

Respecto a la valoración de las **manifestaciones en Cámara Gesell de la niña** respecto a los padecimientos de abuso sexual por parte de un familiar, resulta pertinente reiterar lo expuesto en el **precedente «L. Viñolo»**.

Así, corresponde que se tome en consideración la incomodidad que genera hablar sobre sexualidad en sociedades que han convertido en tabú la temática vinculada a sexualidad y, más aún, cuando se debe exponer sobre ello ante personas que no se conoce.

Además, esto debe ser contextualizado en la edad de quien declara y las circunstancias del hecho.

El tribunal también valoró que G.P.M. explicó la cantidad de veces que recordaba haber sufrido los tocamientos y los lugares en los que ocurrió, una vez en el domicilio familiar de la niña y tres veces en la morada de su tía E. M..

El tribunal de juicio concluyó entonces que de todo el cúmulo probatorio producido durante el debate oral se logró reconstruir tres situaciones por las que se condenó a P. A. y que concuerdan con la acusación del Ministerio Público Fiscal.

El hecho que produjo el develamiento de lo que padecía la niña ocurrió durante una reunión en la vivienda de la tía de la víctima, E. M.. Al respecto, la madre de G.P.M. declaró que le llamó la atención que, cuando

dejó a la niña en una «pijamada» en casa de su hermana para que se quedaran a dormir con sus primos, G.P.M. le preguntó insistentemente si E. P. A. se quedaría a dormir esa noche en esa casa.

Esta situación también fue reconocida por la tía de G.P.M. y actual esposa del acusado, quien admitió que G.P.M. preguntó si el acusado se quedaría.

Comparto la valoración del tribunal de la instancia previa respecto a que estas preguntas de la niña confirman de forma indiciaria que había sufrido agresiones sexuales por parte del acusado y por eso su preocupación.

Todo lo cual fue puesto en conocimiento al día siguiente a su madre luego de que le preguntara insistentemente por qué le preocupaba la noche anterior que el acusado se quedara en la vivienda.

En esta situación mencionó los hechos que había vivenciado.

Además, luego mencionó todos los sucesos a su padre con clara angustia por lo experimentado según declaró G. P. en el debate oral. Como bien explicó el tribunal de juicio se logró acreditar por los dichos de la niña y las declaraciones de su madre, de su tía y del acusado que, durante la primera quincena de febrero del año 2016, E. M. junto a su pareja – acusado en autos– visitaron la vivienda de G.P.M. situada en de la ciudad de General Alvear.

Ese día, en ocasión de que la madre de la niña, junto a su tía, salieron a comprar a una despensa del barrio y que P. A. quedara en la vivienda junto a la niña, ocurrió uno de los tocamientos lesivos atribuidos.

Debidamente se le otorgó preeminencia al relato brindado por G. M. acerca de que salió junto a su hermana a comprar y que en la vivienda se quedaron sus tres hijos junto al acusado y su marido –mientras éste último se bañaba–.

Fue en este contexto que la niña afirmó haber sido tocada en su zona vaginal por el acusado. Ello, fue también corroborado con la declaración de G. P. por el tribunal.

Por su parte, los otros dos hechos por los que se condenó a P. A. ocurrieron en la vivienda ubicada en callejón en la que residía E. M.. Uno en ocasión de encontrarse G.P.M. en la pileta y otro dentro de la casa cuando el resto de la familia se encontraba afuera.

En términos de la niña, el último hecho mencionado ocurrió cuando «[...] los demás estaban afuera, y yo estaba adentro porque ellos estaban un rato más en la pileta, yo no porque a mí me daba frío».

Las críticas de la defensa se centran en dos aspectos.

Por una parte, cuestiona los informes de las especialistas que intervinieron en la declaración en Cámara Gesell.

Por otra, que no se han brindado suficientes razones para descartar la versión aportada por el acusado.

En relación con la primera, entiendo que no asiste razón a la defensa acerca de que no se aplicó debidamente la **técnica conocida como CBCA**, por lo que debería desacreditarse las conclusiones a que las que arribaron los informes de las especialistas psicólogas del Cuerpo Médico Forense y por la profesional propuesta como perita de control.

Al respecto, la defensa no explica en lo más mínimo en qué consistió la aplicación indebida, dificultándose así el análisis que pretende en esta instancia.

A ello se agrega que todo el proceso de declaración de la niña en instancia de Cámara Gesell y su posterior instancia pericial psicológica le fue debidamente notificado y ofrecido como prueba en el debate, y en ninguna instancia planteó la nulidad o destacó que se hubiera cometido error alguno o aplicación indebida de las técnicas como se alega en el recurso de casación interpuesto.

Agrega la defensa que las profesionales intervinientes en la instancia pericial nunca explicaron por qué arribaron a diversas conclusiones de la aplicación del método denominado CBCA –probablemente creíble

por parte de la profesional del CAI en el informe escrito y creíble por parte de la perito de control– y la valoración de sus criterios. Luego de analizar las declaraciones brindadas por las especialistas en el debate oral estimo desacertado el cuestionamiento defensivo.

Ello, principalmente por las claras y detalladas explicaciones que aportó la licenciada V. D. C. perteneciente al Cuerpo Médico Forense, quien dirigió las entrevistas y la aplicación de técnicas periciales en el proceso de declaración en Cámara Gesell de G.P.M.

Refirió, preliminarmente, que el CBA es el criterio pertinente para analizar la validez del relato expresado; en tanto que para evaluar la credibilidad se utiliza el CBCA.

Ante diversas consultas de la defensa en el debate oral, D. C. puso en conocimiento que el método de evaluación CBCA posee diecinueve criterios que se encuentran clasificados en cinco categorías.

Que del relato de G.P.M. había advertido la presencia de trece de los diecinueve criterios, lo que estimaba suficiente para considerar que era un relato creíble.

Destacó que la primera categoría es la más relevante y evalúa las características generales del relato. Señaló que este presentó una estructura lógica, con coherencia y que poseía consistencia interna; que presentaba una estructura desestructurada y que el relato era espontáneo.

Finalmente, señaló que dentro de esta categoría general se encontraba la existencia de suficientes detalles y explicó que el relato de G.P.M. poseía detalles que eran evolutivamente apropiados.

La licenciada D. C. puso en conocimiento que hay ciertos criterios que su ausencia no afecta de forma determinante la credibilidad del relato.

Realizó distinciones entre los que poseen un peso determinante y los que no.

Entre los determinantes, mencionó la primera categoría ya señalada y los vinculados a la motivación o al contenido específico.

Agregó que también deben ser consideradas las características evolutivas de la persona declarante a la hora de analizar cada uno de los criterios, todo lo cual había tomado en consideración para las conclusiones que se explicó.

Ante la consulta defensiva de porqué en el informe escrito había concluido que el relato resultaba probablemente creíble y en el debate oral afirmó que el relato en el año 2016 había sido creíble, la especialista aportó suficientes explicaciones.

De esta manera, explicó que cuando se la entrevistó a G.P.M. en el año 2016 tenía siete años y describió los hechos desde la espontaneidad de la edad y sus características afectivas.

En tanto que cuando se la entrevistó en el año 2021, con doce años, ya poseía un bagaje con intervenciones previas que fueron condicionando su relato.

En este sentido, las expresiones de G.P.M. en el año 2021 sobre los padecimientos de abuso sexual resultaron más estructuradas y organizadas.

La especialista incluso las calificó como reiterativas. D. C. precisó que al valorarse los relatos se tuvieron en cuenta las intervenciones que se realizaron, la edad y características de la declarante y el tiempo transcurrido.

Entonces, destacó, que si bien la conclusión en el año 2021 había sido de que el relato de G.P.M. era probablemente creíble, debía ser contextualizado en todas estas razones y con el transcurso del tiempo. Todo ello fue debidamente valorado por el tribunal de instancia anterior en tanto distinguió entre la conclusión inicial a la que arribó la especialista en el informe de credibilidad de la declaración y a la que informó luego del examen psicológico que se realizó en el año 2021.

Así, se explicó que «[...] cabe resaltar que el caso concreto tiene una particularidad que juzgamos de

importancia para la valoración de testimonios, pues por las demoras ocurridas durante la instrucción [G.P.M.] fue sometida a la pericia psicológica cinco años después, en el marco de los actos preliminares al debate, a pesar de lo cual el informe arrojó como resultado la confirmación de la existencia de los hechos, sin perjuicio de que en esta oportunidad haya sido más reticente a la evocación, lo que resulta lógico tal como advirtieron las profesionales intervinientes, por la resistencia a los recuerdos traumatizantes.

Así las cosas, lo cierto es que ante una nueva entrevista psicológica ahora con doce años de edad, los indicadores del abuso se mantienen incólumes (al punto que aconseja “tratamiento psicológico con prontitud”), así como los hechos sufridos en sus características principales, lo que permite concluir que, efectivamente, se verifica uno de los criterios fundamentales de validación de testimonios, esto es su consistencia y coherencia en el tiempo».

En el caso de la perito de control, G. L., debe señalarse que expresó durante su declaración en el debate que la niña G.P.M. había podido aportar detalles sobre lo ocurrido y que a partir de la aplicación del método CBCA concluía que el relato era creíble.

Que si bien los detalles aportados resultaban pocos, ello era consecuencia del transcurso del tiempo. Destacó que esto también implicó una revictimización de G.P.M., en tanto pudo producir que volviera a vivenciar los hechos traumáticos investigados.

Finalmente, estimo que tampoco corresponde hacer lugar al planteo acerca de que el tribunal no brindó suficientes razones para descartar la versión aportada por el acusado.

En la sentencia, específicamente se abordó la versión alternativa de los hechos que aportó P. A. en su declaración en el debate oral relativa a sentimientos de celos por parte de la niña por encontrarse el acusado vinculado amorosamente con su tía.

El tribunal explicó que las pretendidas alegaciones no resultaban motivos plausibles para llevar adelante un comportamiento procesal «tan contundente» por parte del G.P.M.

En este sentido, valoró los sufrimientos psíquicos que ha conllevado para la víctima haber develado el suceso y declarado en cada instancia.

Ello, al extremo de haber estado expuesta a revictimización en el marco de un examen psíquico realizado cinco años después de los hechos.

A ello, el tribunal agregó que ese examen concluyó que no se detectaron indicadores de inducción ni influencia por parte de personas adultas en su relato y que la niña poseía una reacción emocional concordante con los hechos que relataba nuevamente.

Considero que estas razones, junto al sólido cúmulo probatorio de cargo, permiten desestimar, tal como hizo el tribunal de la instancia previa, la versión de los hechos del acusado.

En consecuencia, entiendo que la sentencia ha sido fundada sólidamente en el plexo probatorio incorporado en autos y que es correcta la conclusión a la que llegó el tribunal sentenciante respecto a la acreditación de los hechos y la responsabilidad de E. R. P. A. por ellos.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narvárez Videla**», «**Brancello Urbón**»,

«Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro».

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión llamada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, comparto los fundamentos expuesto por mi colega preopinante concernientes al rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia de condena respecto de E. R. P. A..

Sobre la valoración de los elementos de prueba en hechos en los que las víctimas presentan una situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos **«González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelme», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez» y «Martínez Fernández»,** entre otros.

En función de ello, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. R. P. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

46- CANO. 06-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231206_FcCEA.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, y 45 del CP. Art. 6 inc. de la Ley 26.485 Ley 25673. Convención de Belém do Para.

Vox: VG. Abuso sexual agravado. Acceso carnal. Violencia de género. ILE. Salud reproductiva. **Libertad reproductiva.** Embarazo. Ciclo de violencia. Luna de miel. Contexto familiar. Deber de diligencia reforzada. Derecho a la verdad. Amplitud probatoria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de a la pena de **seis años de prisión e inhabilitación** por igual término, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser cometido con acceso carnal en contexto de violencia de género (arts. 119, tercer párrafo, y 45 del CP y ley 26.485). Asimismo, debe señalarse que en la sentencia mencionada se absolvió a C. E. por los delitos de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo y 45 del CP) atribuido en causa n° P- 63.304/20, y privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia y amenaza, todo en contexto de violencia de género (arts. 142 inc. 1 y 45 del CP y ley 26.485), atribuido en causa n° P-57.035/20.

La **defensa** interpone recurso de casación, conforme el art. 474 inc. 2 del CPP, y arts. 14 primer párrafo y quinto del PIDCP, 8.2.h de la CADH y 75 incs. 22 y 28 de la Constitución Nacional. Solicita la revisión amplia de la sentencia según lo establecido en el precedente «Casal». (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2475, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

VG. Contexto familiar.

- Rodríguez Vázquez. 30-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
- Di Cesare. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Abdo Badui. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf
- Ramírez, D.. 02-05.23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230502_FcRDO.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

b-CIDH

- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es
- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

c-SCJM

- Casal
<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf>

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Narvárez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

b-CIDH

- V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf
- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es
- Velázquez Paíz vs. Guatemala. 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Los Niños de la Calle vs. Guatemala. 19-11-99:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

- Zegarra Marín vs. Perú. 15-02-17:
<https://aidef.org/wp-content/uploads/2016/07/CASO-ZEGARRA-MARIN-VS.-PERU-SENTENCIAFINAL-DE-15-02-2017.compressed.pdf>
- Norín Catrimán y otros vs. Chile. 29-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- Gorigotía vs. Argentina. 02-09-19:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otrs. vs. México. 30-08-10
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf

Doctrina citada.

OEA-MESECVI. *Recomendación General del Comité de expertas del Mesecevi (No.3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género.* Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. México. Año 2021, p. 21.

Recomendación General N.1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. (Licencia). Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07113483-5/1((018602-63304)) FC/ CANO ESPOSO, ADEMAR P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SER COMETIDO CON ACCESO CARNAL, COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (63307) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106283020*

En Mendoza, a los seis días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07113483-5/1 caratulada “F. c/ C. E. A. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SER COMETIDO CON ACCESO CARNAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (63.304) S/REC. EXT. DE CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de A. C. E. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.475, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa n° P-63.304/20, a la pena de seis años de prisión e inhabilitación por igual término, por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser cometido con acceso carnal en contexto de violencia de género (arts. 119, tercer párrafo, y 45 del CP y ley 26.485).

Asimismo, debe señalarse que en la sentencia mencionada se absolvió a C. E. por los delitos de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo y 45 del CP) atribuido en causa n° P- 63.304/20, y privación ilegítima de la libertad agravada por ser cometida con violencia y amenaza, todo en contexto de violencia de género (arts. 142 inc. 1 y 45 del CP y ley 26.485), atribuido en causa n° P- 57.035/20.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo acreditado el siguiente hecho por el que fue acusado C. E. en la causa n° P-63.304/20: «[q]ue *sin poder precisar fecha y horas exactas pero encuadrables a finales del mes de mayo de 2020 y hasta el 31 de julio de 2020, en una habitación ubicada en el interior de la finca ..., A. C. E. utilizó la fuerza física para obligar a quien era su pareja, C.E.G.C. a mantener relaciones sexuales vía vaginal y sin protección anticonceptiva. Dicha circunstancia se repitió en diferentes días y horarios por lo menos seis veces en el plazo señalado*» (ver fundamentos de la sentencia, puntos 1.1.a y 1.12).

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró la declaración de la denunciante, informes psíquicos del Cuerpo Médico Forense (CMF) y del Equipo de Abordajes de Abusos Sexuales (EdeAAS), las

declaraciones de las licenciadas A. P., M. F., L. N. C., declaraciones de testigos M. R., R. I. J. R., M. C. V., D. S. P. S., B. V., A. C. V. y pruebas incorporadas al debate (ver fundamentos de la sentencia, punto 1.13. A).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación contra la sentencia impugnada, conforme el art. 474 inc. 2 del CPP, y arts. 14 primer párrafo y quinto del PIDCP, 8.2.h de la CADH y 75 incs. 22 y 28 de la Constitución Nacional. Solicita la revisión amplia de la sentencia según lo establecido en el precedente «Casal» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Aduce que se incurrió en falta de fundamentación suficiente respecto a la ocurrencia del hecho por el que fue condenado su asistido.

Al respecto, refiere que la sentencia se apoyó en las conclusiones de los profesionales del Equipo de Abuso Sexual (EdeAAS) y del Cuerpo del Médico Forense (CMF) que abordaron parcialmente el relato de C.E.G.C., que no tuvieron en cuenta el historial de violencia familiar y de anteriores parejas que sufrió desde su infancia, ni rasgos de su personalidad de las que el acusado es ajeno, lo que fue resaltado por el perito de control, Lic. A..

Critica la sentencia porque descartó sin fundamentos la opinión del Lic. A., sin una adecuada interpretación y valoración de la misma.

Agrega que el juzgador sólo ponderó la declaración de los testigos aportados por la defensa con la argumentación que estos delitos ocurren en la intimidad, lo que no discute pero, afirma, debe ser contrastado con el resto del material probatorio.

Expresa que la denunciante declaró que sus parejas anteriores le ejercieron violencia y también su entorno familiar, lo que no fue protagonizado por el acusado y que, si C. E. se hubiera aprovechado de la situación de vulnerabilidad generada por un tercero, no se puede acreditar con certeza que haya abusado sexualmente de C.E.G.C.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General opina que, si bien el recurso de casación procede formalmente, corresponde su desestimación sustancial porque la sentencia contiene fundamentación suficiente y aplicó correctamente la ley penal sustantiva.

En tal sentido, expresa que en casos de abusos sexuales que suceden en la intimidad y sin presencia de terceras personas, la valoración probatoria es más amplia que en delitos comunes y cobra un valor esencial el testimonio de la víctima y los informes psíquicos de la denunciante y del acusado.

Agrega que el sentenciante tuvo en cuenta las características especiales de la víctima, su historial de escasa contención y de recursos, retraimiento y temor al futuro, y afirmó que su relato en la estructura medular de los hechos no contenía fallas y fue coherente, y se respaldó con los informes del CMF y entrevistas realizadas del EdeAAS.

Señala que la víctima declaró acerca de las agresiones sexuales forzadas y sin consentimiento, y que en el informe del CMF se destacó ausencia de fabulación y mitomanía, con correlato emocional y en cuanto al vínculo disfuncional con C., asociado a celos, maltrato verbal, psicológico, emocional, físico y sexual, de manera cíclica.

Expone que también del informe del EdeAAS se demostró el vínculo disfuncional y la violencia de género, el dominio, sometimiento, coacción, agresiones físicas, manipulación y amenazas, celos patológicos, humillaciones y conductas destinadas a ejercer control y la existencia del ciclo de violencia de género.

Indica que, sumado a lo referido, las características del acusado informadas por el CMF en el examen psíquico que se le realizó, acreditaron el tipo objetivo y subjetivo y el contexto de violencia de género del delito por el que fue condenado.

Finalmente, expresa que el argumento defensivo en cuanto el acusado no generó la vulnerabilidad de la víctima, sino que se habría aprovechado de ella, no favorece su situación procesal, sino que **agravaría su culpabilidad** al generarle mayor responsabilidad respecto de su conducta el haber tenido conciencia del estado de vulnerabilidad.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 25 de setiembre de 2023 se realizó la audiencia de informe oral del recurso de casación planteado.

Por un lado, la defensa del acusado enfatizó que en la sentencia impugnada no se respetaron las garantías constitucionales del acusado, por la existencia de una evidente nulidad absoluta, debido a la indeterminación del hecho atribuido desde la iniciación de las investigaciones, lo que le impidió ejercer el derecho de defensa. En consecuencia, solicitó la casación de la sentencia.

Por otro lado, la representante del Ministerio Público expresó el planteo de la defensa no estuvo contenido como agravio en el recurso de casación.

Al respecto señaló que no existió indeterminación de los hechos en la acusación, sino que hizo referencia al menos a seis hechos que ocurrieron en contexto de género en que no se puede exigir a la víctima que determine con exactitud los hechos.

Además, indicó que el derecho de defensa fue plenamente ejercido durante el debate en que no se planteó en ningún momento una nulidad.

Por tanto, solicitó el rechazo de la nulidad absoluta planteada por la defensa.

En cuanto a los agravios contenidos en el recurso de casación, señaló que el juez valoró toda la prueba con perspectiva de género, tanto la declaración de la víctima como los informes del EdeAAS y del CMF, de los que surgió que sufrió ciclos de violencia de género y, en ese contexto, fue sometida a abusos sexuales carnales no consentidos por el acusado dos o tres veces por semana, a veces más y a veces menos, y en una esas veces quedó embarazada.

Agregó que si bien la víctima había estado anteriormente en estado de **violencia asimétrica** ello no es un elemento del tipo objetivo por lo que el agravio defensivo también debe rechazarse, porque quien se aprovecha de la vulnerabilidad de una mujer debería ser plausible de mayor reproche de culpabilidad. Finalmente, afirmó que el juez también valoró las testimoniales ofrecidas por la defensa y solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación defensivo anticipo que, de la revisión de los cuestionamientos defensivos, argumentaciones de la sentencia y pruebas incorporadas a la audiencia de debate, no surgen vicios de motivación que tornen arbitraria ni nula la resolución impugnada, ni apartamiento de la sana crítica racional y estándares probatorios en materia de abusos sexuales contra mujeres en contexto de género y de derechos humanos del acusado garantizados constitucionalmente.

a.- Cuestiones preliminares

Antes de entrar en la revisión de los agravios presentados en el recurso de casación y, atento que la defensa en la audiencia de informe oral de fecha 25 de setiembre de 2023, solicitó la nulidad de la sentencia por entender que desde el inicio de las investigaciones los hechos contenidos en la acusación no estuvieron determinados con precisión, vulnerándose del ejercicio del derecho de defensa, caben las siguientes consideraciones.

Por un lado, como expuso la representante del Ministerio Público en la audiencia de informe oral mencionada, el planteo de nulidad absoluta defensivo fue introducido por primera vez en dicha audiencia, no fue planteado durante el proceso y ni siquiera como motivo de agravio en el recurso de casación.

Por otro lado, y más allá de lo expuesto, del análisis de los agravios presentados por la defensa en el escrito casatorio y de las argumentaciones de la sentencia en crisis, se desprende claramente que el acusado pudo ejercer plenamente su derecho de defensa durante el proceso, y en particular durante el debate.

Indeterminación de los hechos en la acusación.

Específicamente, en relación con la nulidad de la sentencia por **indeterminación de los hechos en la acusación**, entiendo que asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal cuando en la audiencia de informe oral señaló que, dado el contexto de violencia de género en que se habrían perpetrado los hechos, no es posible exigir a la víctima que determine con exactitud y precisión los hechos; en particular, y con referencia al caso analizado, la fecha.

Sin perjuicio de ello, y como se explicará, los hechos de abuso sexual por los que fue condenado el acusado han quedado claramente determinados en función de los elementos de prueba que aparecen detallados y debidamente valorados en la sentencia cuestionada.

Por lo tanto, el planteo de nulidad debe rechazarse, en razón que se respetaron las garantías constitucionales de C. E. y el debido proceso legal, tal como expondré seguidamente al abordar el análisis de los agravios casatorios.

b-Valoración probatoria

b.- Ahora bien, dado que el hecho denunciado y la sanción impuesta a C. E. aconteció en contexto de género, procederé a la revisión del caso conforme estándares internacionales en materia de valoración probatoria **con perspectiva de género** en el proceso penal.

Sobre el particular, me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que destacué la importancia de partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y **estereotipos negativos de género** en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», «Abdo Badui», «Rodríguez Vázquez», entre otros).

Además, en cuanto a parámetros en materia de valoración de pruebas de hechos de violencias contra mujeres en contexto de género, en el **plenario «Hisa»** hice referencia a estándares probatorios en materia de violencias contra mujeres por razones de género a saber: el estándar punto de partida del *derecho a la igualdad y no discriminación* que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); el estándar específico de protección del *derecho a la vida libre de*

violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; el estándar de la *debida diligencia reforzada* con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el «Caso González y otras (**Campo Algodonero**) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»; el estándar del *derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades* que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y el estándar de *amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género* incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

c- Credibilidad del relato

c.- Referido lo anterior, a continuación se abordarán los cuestionamientos defensivos sobre la credibilidad del relato de la denunciante atribuida por el sentenciante, en cuanto a conclusiones de los profesionales del EdeAAS y del CMF que realizaron exámenes psíquicos a C.E.G.C. sin consideración a su historial de violencia familiar y de anteriores parejas, y de rasgos de su personalidad no protagonizadas por el acusado, que fueron resaltadas por el perito de control y no se habrían ponderado en la sentencia.

En la valoración de la declaración de C.E.G.C., el juzgador hizo referencia a particulares características de delitos contra la integridad sexual perpetrados por familiares en contexto de género, por su ocurrencia en la intimidad y sin presencia de terceras personas, y la limitación probatoria en que cobra relevancia el testimonio de la víctima analizado en forma rigurosa en cuanto consistencia, congruencia y coherencia con el resto del acervo probatorio (ver sentencia, punto 1.13. A, p. 5).

Unido a lo anterior, el juez de la instancia previa destacó en el proceso valorativo de la declaración de C.E.G.C. que: i) *«pude notar una mujer vulnerable desde lo afectivo, con escaso grado de contención signado por prácticamente nulos vínculos familiares marcados por su religión y pobres recursos educativos y económicos atento a la actividad rural que desempeña. La noté retraída en su exposición y con miedo por lo que vendrá»*; ii) analizado su relato en forma integral en la etapa de instrucción penal preparatoria y en el debate oral, tenía coherencia interna y se mantuvo sin fisuras a lo largo del tiempo y en las distintas declaraciones brindadas en el ámbito judicial y con profesionales de efectores públicos; iii) el relato de C.E.G.C. fue corroborado con circunstancias objetivas periféricas, tal como el testimonio de las licenciadas C. y M., que fortalecieron la versión original de la denunciante y le permitieron arribar al grado de certeza que exige una sentencia condenatoria; iv) el informe del examen psíquico realizado por el CMF, elaborado por la Lic. A. P. de fecha 27 de agosto de 2020, consignó que el relato de C.E.G.C. era claro, coherente y espontáneo, libre de influencias externas y con correlato emocional –angustia, temor, ansiedad–; que no se detectaron indicadores de fabulación ni mitomanía y se destacó un vínculo disfuncional con el acusado, asociado a celos, maltrato verbal, psicológico-emocional, físico y sexual de manera cíclica; v) la psicóloga Alicia Pelaia declaró en la audiencia, que en el relato de C.E.G.C. observó parámetros de credibilidad, porque era libre, espontáneo, con correlato emocional y sin influencias externas; vi) en el informe psíquico del EdeAAS de fecha 22 de marzo de 2021 se detectó un vínculo disfuncional y asimétrico, con episodios de contenido sexual enmarcados en violencia de género, con dominio, sometimiento, coacción, agresiones físicas, manipulación y amenazas por parte del acusado hacia la denunciante, e indicadores de credibilidad del relato de C.E.G.C. –estructura lógica e integrada, espontáneo, con detalles de contexto y en relación a los abusos sexuales en ese contexto, correlato emocional, confiabilidad–; vii) las licenciadas en psicología A. P., M. F. y M. en sus declaraciones corroboraron la situación relatada por C.E.G.C., y en sus evaluaciones coincidieron que el relato era confiable, porque no mentía ni inventó una historia

inexistente, presentaba correlato emocional, claridad, espontaneidad, coherencia y carecía de influencias externas (ver sentencia, págs. 5 a 9; declaración de la Lic. F. en registro audiovisual de fecha 11 de agosto de 2022, a partir del minuto 04:55; ver declaración de C.E.G.C. en registro audiovisual de fecha 9 de agosto de 2022, a partir del minuto 43:34; declaración de la Lic. P. en registro audiovisual de fecha 11 de agosto de 2022, a partir del minuto 14:33).

Al respecto, repárese que, a preguntas de la defensa, la Lic. F. explicó que el contexto de violencia de género –situaciones de violencia verbal, emocional, física, por celos del acusado incluso hacia los hijos de C.E.G.C.– se presentaba durante toda la convivencia de C.E.G.C. con C. E., en situaciones de embriaguez y en otras en que no consumía alcohol en exceso el acusado, e incluso antes de la convivencia.

Aclaró que los episodios de abusos sexuales ocurrieron en ese contexto de violencia de género, dos o tres veces por semana cuando C.E.G.C. intentaba finalizar el vínculo con el acusado, desde fines del mes de mayo hasta fines del mes de julio de 2020 en que finalizó la relación de pareja (ver registro audiovisual de fecha 11 de agosto de 2022, a partir del minuto 08:05).

Ligado a lo anterior, el juzgador también ponderó el testimonio de la licenciada en obstetricia L. N. C., quien manifestó que C.E.G.C. *«quería interrumpir legalmente el embarazo (ILE), lo que la angustiaba mucho por un trasfondo familiar y religioso. Mencionó el tema de la pareja que ella tenía y que cuando se pudo escapar hizo la denuncia. Dijo que no quería tener un hijo del señor, dijo que como que no era libre, de salir, que él la acompañaba a comprar [...] que tenía miedo y que algunos familiares de él la habían seguido o la habían amenazado [...] no quiso seguir con el procedimiento institucional [...] seguía trabajando en una chacra a ver si perdía al bebé naturalmente, ya que cargaba bolsas de zapallos [...] había tenido relaciones sexuales no consentidas con esta persona, aunque no mencionó la cantidad de veces»* (ver sentencia, págs. 9 y 10 y registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, a partir del minuto 05.19).

Asimismo, en la sentencia se ponderó la declaración del licenciado en psicología I. J. M. y se aclaró que el profesional no tuvo como finalidad realizar una pericia, sino que su intervención estuvo motivada por la interrupción legal del embarazo de C.E.G.C. y que la entrevistó después que lo hizo la Lic. C., lo que explicaba que al testigo no le mencionó al acusado y sí se lo mencionó a la Lic. C..

Agregó que el testigo explicó sobre indicadores de abusos sexuales, que a C.E.G.C. *«se la notó sumamente afectada y detectó en C. elementos emocionales compatibles con abusos sexuales, indicadores de afectación emocional profunda»* (ver sentencia, p. 13 y registro audiovisual de fecha 12 de agosto de 2022, a partir del minuto 34:33).

Contextos familiares

Al respecto, a la jurisprudencia mencionada en el punto a, debe tenerse presente que en el **precedente «Rodríguez Vázquez»** sostuve que en contextos familiares donde ocurren actos de violencias contra mujeres por su pareja o ex pareja –como en el presente caso– no es posible contar con la declaración testimonial de terceras personas presentes durante la ejecución material de los actos de violencia.

De ahí que la ley 26.485 –entre los derechos y garantías mínimas de cualquier procedimiento judicial– establece en el art. 16, inc. i, el principio de *«la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos»*.

Además, la Corte IDH en el **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**, sentencia de 31 de agosto de 2010, afirmó que «[...] *no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos*» (párr. 91).

Ahora bien, en la sentencia se expuso con argumentación suficiente y clara que C.E.G.C. declaró que las discusiones con C. E. eran sobre todo porque estaba alcoholizado, le adjudicaba presuntas infidelidades y la trataba de «puta», y que según relató en la denuncia, en la audiencia y en la entrevista a profesionales del EdeAAS, cuando se quería ir y separarse del acusado a raíz de los actos de violencia que sufría, éste se lo impedía y la obligaba a tener relaciones sexuales forzadas sin protección anticonceptiva, producto de las cuales entre mayo y julio de 2020 le generó un embarazo no deseado que la llevó a realizar la denuncia (ver sentencia, págs. 6 y 7; informe psíquico de fecha 22 de marzo de 2021; y declaración de C.E.G.C. en registro audiovisual de fecha 9 de agosto de 2022, a partir del minuto 43:45).

Se aclaró en la sentencia que si bien la denunciante declaró que hubo multiplicidad de relaciones sexuales forzadas con la misma dinámica por parte de C. E., sólo se debatió en relación con un solo hecho en coincidencia con la defensa ante la falta de elementos para ejercer una defensa efectiva, ya que la denunciante en la audiencia «*se expidió sobre un único hecho en lo que hace a las circunstancias modales comisivas y al que atribuyó un embarazo posterior*» (ver sentencia, p.7).

Deber de diligencia reforzada. Derecho a la verdad.

En relación con el último segmento de la sentencia citada, destaco que, en el marco de estándares de derechos humanos de mujeres, el ***deber de diligencia reforzada*** exige una investigación exhaustiva como garantía del ***derecho a la verdad***, por cuanto se vincula directamente con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial establecidos en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los arts. 8 y 25 del Convención Americana de Derechos Humanos. Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos, derecho que pertenece no sólo a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se vulneran derechos humanos (véase, al respecto, «**Concha, J. y ots**», «**Ojeda Pérez**», entre otros).

Sentado cuanto antecede, considero que como resultado del proceso valorativo del sentenciante del relato de los hechos brindados por C.E.G.C. y las pruebas referidas, dentro del sistema de sana crítica racional y parámetros internacionales y nacionales en materia de valoración de hechos de violencia en que son víctimas mujeres por razones de género y de vulnerabilidad, arribó a la convicción que era creíble y sin influencias externas.

En efecto, de la ponderación de las pruebas referidas se consideró tanto el historial de violencia familiar y de anteriores parejas que sufrió la denunciante –de las que era ajeno el acusado– como las violencias que C. E. le ejerció durante la convivencia y en el hecho acreditado en la sentencia.

Por lo tanto, los agravios analizados deben desestimarse, en tanto y como se explicó, no encuentran sustento en las constancias de la causa analizadas.

d- Vulnerabilidad

d.- En otro orden, la defensa afirma que la violencia familiar generada por parejas anteriores en la denunciante según su relato, generó una situación de vulnerabilidad ajena al acusado y que en caso de

haberse aprovechado de esta situación no se puede acreditar con certeza que C. E. haya abusado sexualmente a C.E.G.C., argumento sustentado sobre todo en el informe y declaración del perito de control, Lic. A., con respecto al examen psíquico realizado a la denunciante por el EdeAAS.

En la sentencia, unido a lo expuesto en el punto anterior, se valoró también la declaración de C. E. en cuanto negó los hechos de malos tratos, golpes, amenazas y abusos sexuales contra la denunciante y manifestó que no le prestaba atención, y se consideró que su versión de los hechos no estuvo respaldada en el debate (ver registro audiovisual de fecha 8 de agosto de 2022, a partir del minuto 13:04).

Por un lado, se consideró que se contraponía con la declaración de C.E.G.C. que fue validada con los informes psíquicos del CMF y del EdeAAS y declaraciones de la Lic. C. y del Lic. M..

Por otro lado, se argumentó que el informe psíquico realizado a C. E. por el CMF en fecha 6 de agosto de 2020, consignó que podía ocultar información y/o distorsionar el relato de acuerdo a sus intereses, minimizaba conflictos y aspectos negativos propios, con manejo inadecuado de la ansiedad e impulso y se concluyó que el resultado del examen psicopatológico del acusado era coincidente con el delito investigado (ver sentencia, p. 14 e informe de fecha 6 de agosto de 2020).

Seguidamente, el juez de la instancia anterior meritó el informe presentado por el licenciado en psicología O. D. A. –perito de control propuesto por la defensa– que le restó credibilidad a la declaración de C.E.G.C.- y se apartó del mismo con los siguientes argumentos: i) tanto la técnica CBCA-SVA referida por el Lic. A. para evaluar la credibilidad del relato de C.E.G.C., como la utilizada por la Lic. F. –entrevista semidirigida para obtención de datos y contrastación con datos obtenidos de técnicas graficas– son científicas y de amplia utilización en nuestro medio, por lo que la técnica utilizada *per se* no descarta el valor probatorio del examen psíquico del EdeAAS como se consignó en el informe de parte citado; ii) el Lic. A. refirió que C.E.G.C. podría tener ganancialidad con la denuncia por un conflicto laboral previo, el que no surgió de ningún testimonio recibido en el proceso, ni tan siquiera hizo referencia el propio acusado; iii) «[...] la confrontación del relato de C.E.G.C. con –por ej.– otro testimonio, implicaría deducir *ab initio* que el testigo confrontado no ha mentado, no ha olvidado ningún detalle y ha brindado un testimonio confiable, lo que a todas luces no puede ser determinado por el perito que no ha entrevistado a ese testigo y que simplemente lee una fría foja de un expediente escrito»; iv) «[m]uchas de las “contradicciones” marcadas por el profesional son antojadizas y no respetan el espíritu de una declaración, que no debe leerse o interpretarse parcializada o sesgada, sino en su integralidad» (ver sentencia, p.14 y declaración del Lic. A. en registro audiovisual de fecha 11 de agosto de 2022, a partir del minuto 24:43).

Al respecto, en el **precedente «Ramírez»**, en el que el perito de control propuesto por la defensa descalificó las técnicas utilizadas por el EdeAAS al entender que prevalecían las utilizadas por ese perito – y que le restaba credibilidad al relato de una víctima de abuso sexual–, afirmé que el relato se meritó dentro de la *sana crítica racional y parámetros específicos en materia de valoración de abusos sexuales a mujeres y niñas en el ámbito familiar y con perspectiva de género*. Es decir, el testimonio de la víctima fue ponderado en el contexto, circunstancias particulares y relaciones desiguales de poder en que ocurrieron los hechos y con el resto de las pruebas incorporadas al debate que lo validaron, y sin perderse de vista que la Corte IDH estableció que debe evitarse «la revictimización o reexperimentación de los hechos traumáticos» (**OEA-MESECVI. Recomendación General del Comité de expertas del Mesecvi (No.3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género**. Instituto Belisario Domínguez. Senado de la República. México. Año 2021, p. 21).

Asimismo, en la recomendación general del MESECVI citada –pág. 12– se afirma que la violencia sexual no se limita al acoso, violación o abuso, sino que *incluye toda práctica en la que se le impide a una mujer decidir sobre el libre ejercicio de su cuerpo*. En este sentido, la ley 26.485, en el art. 6 inc. d., define a la violencia contra la libertad reproductiva, a la que *«vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazo o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de creación del Programa nacional de Salud sexual y Procreación Responsable»*.

Así, de acuerdo con el relato de C.E.G.C. acreditado en la sentencia, la circunstancia que la decidió a denunciar los hechos de violencia en sus diversas manifestaciones, consistió en la comprobación del embarazo no deseado después de haber sido abusada sexualmente por el acusado, ya que C. E. no utilizaba protección anticonceptiva ni le permitía a ella utilizarla (ver p. 6 de la sentencia y declaración de C.E.G.C. en registro audiovisual de fecha 9 de agosto de 2022, a partir del minuto 45:14).

Sobre el derecho a la **libertad reproductiva y el derecho a decidir** de la denunciante de interrumpir el embarazo no deseado, la Lic. C. declaró con claridad en la audiencia que tenía dudas de interrumpirlo por sus creencias religiosas, el trasfondo familiar y miedo ante la situación.

Agregó que se realizó acompañamiento durante el proceso por medio de una abogada y cuando se presentó en el Hospital Lagomaggiore decidió no interrumpirlo a través de medicamentos, ya que como trabajaba en una chacra lo interrumpiría naturalmente por el esfuerzo del trabajo porque cargaba bolsas de zapallos y tenía muchos dolores (ver registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, a partir del minuto 08:40).

En el mismo sentido declaró el Lic. M. M. cuando explicó que en la decisión de interrumpir legalmente el embarazo aparecían múltiples causas, que él se integró a la entrevista con C.E.G.C. después que se había iniciado con la Lic. C., y que la notó sumamente afectada, confundida, con una situación clara de vulnerabilidad psicológica y social para evaluar dentro del protocolo el ILE, en que observó elementos compatibles con abusos sexuales e indicadores de afectación emocional profunda por presiones de la familia conviviente (ver registro audiovisual de fecha 12 de agosto de 2022, a partir del minuto 36:40).

De consiguiente, advierto que el sentenciante meritó el informe presentado por el perito de control y su declaración en la audiencia, en conjunto con la declaración de C.E.G.C., la declaración del acusado, los informes psíquicos del EdeAAS y CMF y el resto de las pruebas antes referidas.

Todos estos elementos, el juzgador no lo meritó en forma aislada ni con sesgos de género, sino dentro de la sana crítica racional y estándares de valoración en materia de prueba de abusos sexuales contra mujeres en contexto de género.

Por tanto, entiendo que el apartamiento del juzgador del informe del perito de control fue debidamente fundado y el hecho de abuso sexual atribuido a C. E. se probó con certeza y sustento en las argumentaciones antes referidas.

Asimismo, la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la denunciante al momento del hecho investigado –más allá de la violencia familiar que pudo haber sufrido por parte de otra pareja– se demostró durante la convivencia de diez años con C. E., con apoyo en la credibilidad de la declaración de C.E.G.C. en la audiencia y los informes del EdeAAS y del CMF realizados a la denunciante y las declaraciones de las profesionales que la entrevistaron en los exámenes psíquicos mencionados, que al encontrarse inmersa en el ciclo de violencia de género por la dinámica relacional asimétrica y disfuncional en la que C. E. la sometía, dominaba, coaccionaba, amenazaba y golpeaba, se producían los episodios de

carácter sexual después de discusiones por celos patológicos del acusado y la denunciante cuando se quería ir y separarse, como se explicó en la sentencia con argumento sostenido en características de comportamiento del acusado según el examen psíquico realizado por el CMF.

Aún más, como se expuso en la sentencia, ni la falta de acusación

fiscal por considerar que existía duda en dos de los tres hechos denunciados, ni la ausencia de denuncias previas menguaron la situación de vulnerabilidad que atravesaba C.E.G.C. por el comportamiento violento de C. E. durante el hecho de abuso sexual investigado en contexto de género (ver sentencia, p. 6).

Ello, conlleva a la improcedencia, también, del agravio vinculado con la declaración de C.E.G.C. según la cual había sido víctima de violencia por parte de parejas anteriores y de su entorno familiar.

En consecuencia, los agravios analizados también deben desestimarse.

e.- Finalmente, la defensa cuestiona la sentencia con respecto a la **ponderación de los testigos** aportados porque sólo se argumentó que estos delitos ocurren en la intimidad.

En primer lugar, el juez de la instancia previa consideró que los testigos aportados por la defensa de C. E. no realizaron aportes de interés, ya que varios de ellos eran testigos de concepto o que sólo aportaron algunas cuestiones periféricas que no incidieron en el análisis del hecho investigado (ver fundamentos de la sentencia, p. 10).

En segundo lugar, en la sentencia se expuso que el testigo M. R. –tío del acusado– manifestó que a la fecha de los hechos no se encontraba en el país a raíz de la pandemia por Covid 19, que en el conventillo se escuchaban todos los ruidos y si hubiera habido una violación deberían haber escuchado gritos y nadie escuchó nada. Se consignó también que la testigo M. C. V. –tía del acusado– manifestó que durante la convivencia de la pareja no escuchó nada ni vio que el acusado amenazara o golpear a C.E.G.C. (ver sentencia, p. 10 y registro audiovisual de fecha 9 de agosto de 2022, a partir del minuto 06:08).

En tercer lugar, el juzgador expresó que el testigo R. I. J. R. declaró en la audiencia que trabajaba en la misma finca que el acusado, conocía a la denunciante y nunca vio discusiones, insultos o golpes a C.E.G.C. en horarios de trabajo. En cuanto al testigo D. S. P. S., se consignó que manifestó que también trabajaba en la misma finca y no conocía la relación de convivencia de acusado y víctima, porque el horario de su trabajo no coincidía con el de C. E. y nadie le comentó de las violaciones (ver sentencia, p. 10 y registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, a partir del minuto 15:25).

En cuarto lugar, en la sentencia se argumentó que la testigo B. V. –pareja del primo del acusado, A. C.– declaró en el debate que conocía a la víctima porque trabajaba y vivía en la finca, y no escuchó situaciones de violación ni vio marcas o heridas en la denunciante.

Con respecto a la testigo A. C. V. –tía del acusado– expresó en la audiencia que conocía a la denunciante porque trabajaba con ella en la finca, nunca vio ningún problema entre el acusado y C.E.G.C. – quienes vivían cerca de su casa separadas por un muro– y mencionó que las parejas anteriores de la denunciante la golpeaban y por eso se separó (ver sentencia, p.11, registro audiovisual de fecha 14 de octubre de 2022, a partir de minuto 06:52 y registro audiovisual de fecha 10 de agosto de 2022, a partir del minuto 30:25).

En quinto lugar, el juez de la instancia previa meritó los testimonios antes mencionados y consideró que la circunstancia que los y las testigos no hayan escuchado gritos ni visto peleas entre C. E. y C.E.G.C. no es una circunstancia sustancial para descartar el abuso sexual o peleas en la pareja.

En tal sentido, argumentó que se acreditó una relación asimétrica y disfuncional de poder en la que los controles y restricciones no eran permanentes, sino cíclicos y propios de la violencia en la pareja, en que entre situaciones de maltrato o encierro que sufría la víctima podían existir **períodos de «luna de miel»** que se presentan en el ciclo de violencia de pareja, y explicó las fases que se suceden en la dinámica de violencia relacional con sustento en conceptos teóricos desarrollados por la psicóloga norteamericana L. W. (ver sentencia, págs. 11/14).

Junto a lo expuesto, el sentenciante argumentó que la teoría referida aplicaba a la situación de C.E.G.C. conforme los exámenes psíquicos antes analizados, y al respecto, señaló que según el informe de la Lic. P. de fecha 27 de agosto de 2020 la dinámica de relación con el acusado era disfuncional de tipo cíclica (ciclo de violencia).

De ahí que era *«perfectamente posible que en períodos de “luna de miel”, se viera una pareja feliz, animados y con buen trato»*, en oportunidades de ser vista por terceras personas, como mencionó la denunciante en cuanto a ciertas relaciones sexuales consentidas cuando C. E. le decía que iba a cambiar, mientras que en otras relaciones sexuales eran no consentidas cuando se enojaba, la maltrataba y la golpeaba en períodos de maltratos y de encierros (ver sentencia, p. 12 y registro audiovisual de fecha 11 de agosto de 2022, a partir de minuto 17:05).

Ciclo de la violencia. Luna de miel.

Sobre el particular, sostuve en el **caso «González Sosa»** que el denominado *ciclo de violencia en la pareja* se presenta en contextos de violencias por razones de género, como acontece en la situación de C.E.G.C. Al respecto, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) afirmó que *«[...] la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica»* (Recomendación General N.1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al **artículo 2 de la Convención de Belém do Para, punto B.2, párrafo segundo**).

Estableció también que *«[...] existe el carácter **cíclico** de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo. El ciclo de la violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista y ella cree que su sueño de amor romántico se hizo realidad. El comportamiento del agresor funciona como un reforzador para que ella siga en la relación. La pobreza y la falta de apoyo de la familia son factores de riesgo que se intersectan con la dinámica de la violencia, disminuyendo las posibilidades de escapar, pero no son la causa de que se queden»* (punto B.2, párrafo cuarto, el destacado es propio).

En conclusión, por todo lo dicho y argumentos de la sentencia analizados, entiendo que se demostró con suficientes pruebas de cargo, meritadas dentro de la sana crítica racional y estándares mencionados, que C. E. durante la convivencia con su pareja C.E.G.C. la abusó sexualmente por vía vaginal entre fines del mes de mayo de 2020 y fines del mes de julio de 2020. A ello, debe sumarse que una de esas relaciones sexuales forzadas y con violencia le generó un embarazo no deseado, encontrándose la víctima inmersa en ciclos de violencia por razones de género y situación de vulnerabilidad.

f.- Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Ojeda Pérez**», «**Merlo Lassa**», «**Mejía Salvador**», «**Calderón Polo**», «**Cruz Caporiccio**», «**Quiroga Morales**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Montenegro Fisigaro**» entre otros, por resultar aplicable en el presente caso.

Considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. C. E..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO

Ministro

DR. MARIO D. ADARO

Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 6 de diciembre de 2023.-

47- ESPINOSA BASTIAS. 13-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Tío	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231213_FcEBM.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual simple. Contexto familiar.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple. (art. 119 primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1632, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Galdeano Reyes. 31-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- González Pringles
- **Concha Jesús.** 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- **Garrido Olivares.** 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGOJ.pdf
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- González Sosa.
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Metral Ososio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUJ: 13-06837408-6/1((028601-701529)) F C/ ESPINOZA BASTIAS POR ABUSO SEXUAL SIMPLE (701529/19) (701529) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106088590*

En Mendoza, a los trece días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06837408-6/1 caratulada "F. C/ E. B., M. D. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de M. D. E. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.632, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-701.529/19, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple. (art. 119 primer párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio consideró probado que «[M]. D. B. abusó sexualmente de su sobrina [J.I.B.], cuando ésta contaba con 10 años de edad. Así, en los primeros días del mes de febrero del año 2019, en el domicilio de los padres del acusado, sito en calle ... de San Rafael, E. efectuó tocamientos impúdicos en la zona vaginal de [J.I.B.], por debajo de su ropa, haciéndol[a] tras desvestirse debajo de la cintura. Luego le dijo que no contara nada porque [si no] le pegaría a su papá».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración en Cámara Gesell de J.I.B., como así también las declaraciones testimoniales de F. E., D. B., R. E., M. P. y F. R. y la declaración del acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Al respecto, considera que la sentencia cuestionada se trata de un acto jurisdiccional nulo por ser violatorio del debido proceso legal.

Sostiene que el relato de J.I.B. se construyó a lo largo del tiempo durante la investigación penal preparatoria, siendo, según su entender el resultado de un sin número de intervenciones tanto judiciales como administrativas.

Por ende, considera que después de cuatro instancias de diálogo con diferentes personas la víctima pudo contar lo sucedido, por lo que, según su entender, el relato no fue espontáneo.

Al respecto, refiere que durante el desarrollo de la entrevista preliminar como de la Cámara Gesell, J.I.B. no pudo relatar la parte central del hecho, que dio base a la acusación del Ministerio Público Fiscal.

Argumenta que, una vez en sede policial, J.I.B. fue entrevistada a solas por un efectivo policial y, según su entender, esa intervención motivó la primera denuncia de la madre de la víctima.

Asimismo, sostiene que la madre de la víctima, F. E., fue quien mencionó que el acusado fue el autor del hecho.

Así, la defensa sostiene que durante la investigación penal preparatoria y en la etapa de plenario, aquella manifestó que su hija escribió en un papel «tío M.», para referirse a la persona que la había «tocado».

Sin embargo, aclara que no aportó en ningún momento de la investigación ese manuscrito. Por otra parte, refiere que, F. E. no indagó a sus padres respecto de las circunstancias del hecho.

Ello, en tanto el hecho habría ocurrido en la casa de sus padres, en una de las habitaciones, durante la siesta y mientras ellos se encontraban allí.

La defensa sostiene también que el padre de la víctima, D. B., tampoco indagó a sus suegros respecto de lo sucedido, pese haber conocido que los hechos habían ocurrido en el domicilio de aquéllos.

En otro orden, la defensa no concuerda con no dotar de valor de descargo la declaración del padre del acusado R. E., toda vez que prácticamente fue testigo presencial del hecho investigado.

Al respecto, sostiene que durante el debate oral el testigo fue contundente al manifestar que de haber ocurrido el hecho y de haber escuchado algo, él lo hubiera dicho sin importar que el acusado fuera su hijo, ya que la víctima era su nieta.

Refiere que disiente con la sentenciante, en cuanto que no era lógico que R. E. no escuchara nada, toda vez que la vivienda en donde habrían ocurrido los hechos era de pequeñas dimensiones.

Además, hace referencia que en ese horario E. B., madre del acusado, habitualmente se encontraba en su dormitorio o en un sillón en el estar de la vivienda, por lo que considera que, de haber ocurrido el hecho, la lógica permite concluir que pudo haber escuchado algo y, en este último caso, por más que al día de la fecha ha fallecido, no se encontraba impedida de habérselo contado a su esposo Fabián Espinosa.

Por todo lo expuesto, solicita que se reenvíe la causa al Primer Tribunal Colegiado a los fines de la realización de un nuevo juicio. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Considera que la defensa intenta restar validez a la declaración de la víctima y a partir de allí desmoronar los fundamentos brindados por la sentenciante.

Sin embargo, sostiene que claramente y con detalle la jueza expuso los sólidos argumentos, luego de la valoración de las pruebas producidas, que la llevaron a considerar que la existencia material de los hechos se encuentra probada con certeza, como la autoría del acusado.

Al respecto, argumenta que el tribunal hizo referencia a la credibilidad del relato de la menor, valorando prueba objetiva, como los informes de los profesionales que la entrevistaron, los que dotan de solidez las declaraciones de la misma, que, junto con el resto de la prueba colectada, condujeron a la conclusión que poseían mayor peso convictivo que el resto de las pruebas que intentan desacreditar a la víctima.

Por lo tanto, considera que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada adolezca de los vicios alegados por la defensa, entendiéndose haber demostrado la inexistencia de arbitrariedad en la valoración de las pruebas, la que se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, por lo que el planteo no debe prosperar.

De conformidad con lo expuesto, entiende que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, en tanto considero que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por aquélla en su recurso no logran conmover la conclusión a la que llegó la sentenciante. Ello, en tanto, y conforme se explicará, encuentra sustento en la correcta valoración de la totalidad de las pruebas rendidas en la causa, particularmente, el examen psicológico realizado a J.I.B. por el EDeAAS, así como las declaraciones de los testigos durante el debate y las demás pruebas que obran en la causa. En primer lugar, considero importante destacar que en el presente caso se le atribuye al acusado un hecho en que la víctima es su sobrina, J.I.B. y que, como se dijo, fue calificado como abuso sexual simple.

En función de ello, debe señalarse que en relación con la valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades, tuve ocasión de referirme a ello en diversos precedentes («**Cruz Caporiccio**»; «**Merlo Lassa**»; «**Quiroga Morales**»; «**Ojeda Pérez**»; «**Vázquez Tumbarello**»; «**Vega**»; «**Zurita**»; entre otros).

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en el que la víctima se encontraba en una especial situación de vulnerabilidad, tanto por su condición de mujer, como por su edad al momento de los hechos.

De acuerdo con esas pautas es que analizaré la impugnación formulada en la presente causa.

En segundo lugar, debe referirse que del escrito recursivo de la defensa surge que sus planteos están dirigidos a cuestionar el relato de J.I.B. Ello, en tanto considera que no fue espontáneo y que se construyó durante la investigación penal preparatoria. Al respecto, la defensa sostiene que, tanto en la entrevista preliminar como en la Cámara Gesell, J.I.B. no pudo relatar la parte central del hecho.

Sin embargo, de la lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada se desprende que la sentenciante explicó detalladamente por qué razón J.I.B. no pudo relatar la parte nuclear de los hechos en Cámara Gesell y, sí lo hizo con claridad y suficiente detalle al ser entrevistada por las licenciadas M. P. y F. R., del equipo del EDeAAS. De este modo, la jueza de la instancia anterior, en primer lugar, hizo referencia al informe del examen psicológico realizado a J.I.B. por el EDeAAS. Así, se consignó que «[s]e observaron indicios de ansiedad y angustia.

Cuando se refiere [...] a la presente denuncia [...] su expresión verbal es entrecortada, sus respuestas acotadas, surgen silencios y respuestas de ansiedad. Se angustia, sollozando.

Describe de manera muy acotada un episodio de tocamiento en su parte íntima (vagina) por parte de su tío materno el Sr. E. B., M. D.. Relata que un día en la siesta estaba en la casa de sus abuelos maternos, su abuelo se encontraba durmiendo y su abuela en el comedor.

Cuando intenta retirarse hacia su domicilio, es convocada por su tío hacia una de las habitaciones “él me llamó”, seguidamente se angustia, baja la mirada y no puede continuar. Puede relatar que esto solo sucedió una vez, que él se encontraba sentada en la cama y comienza nuevamente a angustiarse. Logra decir “no lo quería contar porque tenía miedo” [...] “dijo que le iba a pegar a mi papá si lo contaba” [...] “se sacó el pantalón largo y el calzoncillo”.

Nuevamente se angustia y se inhibe no pudiendo continuar el diálogo por lo que se otorga un nuevo turno [...]. En la próxima entrevista intenta poder contar lo sucedido pero se angustia y se inhibe hasta que logra decir que le tocó la vagina por debajo de su ropa interior con sus manos. Da cuenta de su estado mental subjetivo[;] durante las entrevistas se la observa muy angustiada con conductas de retraimiento[;] refiere que en el momento del hecho “tenía miedo”.

De las pruebas proyectivas se observan sentimientos de angustia y vulnerabilidad con tendencia al retraimiento, marcada inhibición, sentimientos de inseguridad e inestabilidad emocional, con dificultad para entablar adecuadas relaciones interpersonales en tanto que el ambiente aparece como hostil. Presenta indicadores de haber vivido un hecho abusivo de índole sexual.

A pesar que durante la entrevista manifiesta elevados síntomas de angustia que detienen su relato, el mismo posee estructura lógica y coherencia interna, es de elaboración desestructurada, puede aportar detalles temporales, espaciales, contextuales e interaccionales [...] El relato de la niña [J.I.B.], en entrevistas periciales presenta **indicadores de credibilidad**».

Al respecto, la sentenciante argumentó que con el buen rapport que lograron las profesionales del EDeAAS, tras varias entrevistas, J.I.B. brindó suficientes detalles y circunstancias contextuales que rodearon el caso. Así, pudo contarles el hecho y de esta manera develar qué le hizo el acusado –le tocó la vagina por debajo de la ropa– y entender por qué razón no contó inmediatamente lo sucedido, en tanto manifestó que tenía miedo que el acusado le pegara a su papá.

En este sentido, la jueza de la instancia anterior afirmó que no tiene motivo alguno para desconfiar de la veracidad y objetividad del informe de las licenciadas M. P. y F. R. del EDeAAS.

En este sentido, refirió que aquéllas explicaron con seriedad las razones por las que concluyeron del modo en que lo hicieron.

Asimismo, luego de analizar la declaración de J.I.B., registrada en soporte digital, la sentenciante apreció su testimonio como sincero. Refirió observar a una niña angustiada, triste, nerviosa e incómoda, que sufría cuando se le pedía que evocara el episodio y lo verbalizara.

Por otra parte, con respecto al argumento de la defensa en cuanto a que la madre de la víctima realizó la denuncia, luego que J.I.B. fuera entrevistada a solas por un efectivo policial, estimo que debe ser rechazado.

Ello, en tanto la defensa no toma en consideración, tal como surge de los fundamentos de la sentencia cuestionada, que a F. E. le llamó la atención que su hija J.I.B. usara pulóveres en pleno verano para taparse. Por ese motivo, le preguntó si alguien la había tocado, a lo que la menor le dijo que sí. Como se negaba a decirle quién era, ella le sugirió que lo escribiera.

Por ese motivo J.I.B., le escribió en un papel: «tío M.». Luego relató que cuando llegó su marido, llamaron a la policía y fueron trasladados a la comisaría donde realizaron la denuncia. Así, se advierte que F. E. realizó la denuncia, no porque personal policial entrevistó a su hija, sino por lo que le expresó J.I.B.

Asimismo, con respecto a la circunstancia según la cual J.I.B. fue entrevistada en la comisaría por personal policial, la jueza, acertadamente, sostuvo que aquélla padeció de una victimización secundaria absolutamente innecesaria por parte de quienes atendieron a ella y a sus padres en sede policial.

Ello, en tanto fue interrogada por personal policial que, aunque femenino, no se encontraba preparado para hacerlo y que, además, no debía hacerlo.

Incluso, la menor se vio obligada a tener que contar lo sucedido más veces de lo estrictamente necesario en una investigación penal, lo que le hizo revivir de esta manera el hecho traumático y sin entender porque razón los adultos se empeñaban en que lo siguiera contando cuando ella ya lo había hecho en la comisaría.

En el mismo sentido, estimo que tampoco puede ser acogido el cuestionamiento vinculado con que la madre de J.I.B. no aportó el referido manuscrito donde habría anotado el nombre del acusado, así como que tampoco indagó a sus padres de las circunstancias del hecho, siendo que el acusado era hermano y el hecho ocurrió en las casa de sus padres.

En igual sentido, se refiere al padre de la J.I.B. Al respecto, considero que la prueba de cargo es tan seria y solvente que, la circunstancia que no se presentó el referido manuscrito, como así tampoco que no indagaron a los padres del acusado, no logra desvirtuarla.

La defensa plantea, en este sentido, conjeturas sobre circunstancias que eventualmente podrían haberse suscitado, pero en modo alguno refiere su relevancia frente, al que se dijo, sólido caudal probatorio existente.

Por último, también considero que no resulta atendible lo argumentado por la defensa en cuanto a que no concuerda con no dotar de valor de descargo la declaración del padre del acusado R. E.. Al respecto, la sentenciante refirió, con acierto, que seguramente R. E. si hubiera visto u oído algo, hubiera actuado.

Pero, sin embargo, dado el modo de comisión y ocurrencia de los hechos, resulta lógico que no lo hubiere advertido, en tanto por la ubicación de los cuartos y el momento –en horas de la siesta–, el hecho se podría haber ejecutado sin que los abuelos maternos lo hubieran notado.

En efecto, la jueza de la instancia anterior no infirió mendacidad en la declaración de aquél testigo, pero le otorgó al testimonio carácter neutro.

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte de la jueza de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, su autoría por parte de éste y su correcta calificación legal.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de M. D. E. B..

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género y, en particular, cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», entre otros).

Por estas razones, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere..

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros. Ello, por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. Por su parte, en relación con las declaraciones producidas en Cámara Gesell y su valoración en el proceso corresponde la remisión, también en lo pertinente, a lo que tengo referido en «**Metral Osorio**».

De tal manera, estimo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. D. E. B..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

48- MORALES. 19-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VS	Conv.	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcMJE.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b. y f., y 55 del CP.

Vox: VS. NNA. abuso sexual agravado. Vínculo. Convivencia. Número indeterminado de hechos.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad en concurso real por tratarse de un número indeterminado de hechos (arts. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b. y f., y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2826, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Córdoba, Jorge Antonio
- Maldonado Quiroga. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220329_FcMQM.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Doctrina citada

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. (Licencia). Palermo.

Fallo:

CUJ: 13-07155222-9/1((038601-117884)) F.C/ MORALES JORGE EDUARDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (117884/21) (117884) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106321408*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07155222-9/1 caratulada "F. c/ M. G., J. E. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de J. E. M. G. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2826, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-117.884/21, a la pena de siete años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad en concurso real por tratarse de un número indeterminado de hechos (arts. 119, 1° párrafo en función con el 4° párrafo, inc. b. y f., y 55 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO A. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditado, parcialmente, el hecho contenido en la acusación fiscal de los autos N° P-117.884/21. Esto es que «[s]in poder precisar con exactitud pero en el año 2018, cuando la víctima M.A.M. tenía 10 años de edad, su progenitor [el acusado] aprovechó que el resto del grupo familiar no se encontraba presente en el domicilio que compartían [...] le quitó la ropa a la niña y la tocó en distintas partes del cuerpo [...]. Estos hechos se repitieron [en el mismo lugar] en un número indeterminado de veces hasta el 9 de noviembre de 2021 [...]».

Para así decidir, la jueza valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: los policías actuantes R. T. y M. F., R. M. y C. A.; la progenitora de la menor É. S. D.; la declaración de la menor víctima M.A.M.; el hermano del acusado G. M.; los profesionales, Lic. D. V., Dra. G. F. y Dr. Sánchez I. del Cuerpo Médico Forense, la Lic. Y. D. y Lic. M. M. del Equipo de Abordaje Sexual; amigos de M. G., W. M. y F. R., la declaración del propio acusado; así como el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, inc. 2 del CPP de los autos n° P-117.884/21.

Luego de reseñar la condena impuesta, los antecedentes del caso y justificar la procedibilidad formal de dicho recurso considera que existe falta de motivación en la sentencia que cuestiona.

En este sentido, sostiene que la sentencia consigna razones aparentes y subjetivas. Afirma que dichas

razones son arbitrarias que intentan justificar un juicio lógico pero que no supera la exigencia de suficiencia y que lo único que logra es crear una profunda laguna conviccional.

Sostiene que la jueza de la instancia anterior omitió valorar la declaración de la M.A.M., quien manifestó ser víctima de un solo episodio de «manoseo» por parte de su progenitor y cincuenta hechos de abuso sexual con acceso carnal, de los que resultó absuelto.

Considera que ello coincide con las declaraciones de los peritos, por lo que entiende que no puede tomarse como fundamento del monto de la pena, la gravedad y circunstancias de su realización y hablar de una niña sometida en un número indeterminado de hechos.

Entiende que este extremo, luego de la absolución, ostenta ausencia total de fundamentación.

En el mismo sentido, respecto de la extensión del daño, la existencia de un plus por ser el autor su padre biológico, implica una doble sanción por el mismo hecho ya que éste es una agravante por el vínculo aplicada, afectándose de ese modo el principio de non bis in ídem.

Lo propio sostiene respecto de la mención de hechos de eyaculación, que inexplicablemente se mencionan en la pena y de los que no existe mención concreta ni adecuada fundamentación en el resto de la sentencia. Más aún, concluye respecto del hecho que se trató de un manoseo o tocamiento cuando la niña se encontraba a su cuidado.

En función de lo referido, solicita la nulidad de la sentencia nº 2826, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y, luego de analizar los agravios esgrimidos, considera que el recurso no procede sustancialmente, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.

Señala al respecto que, si bien la defensa critica no solo la motivación sino el monto de la pena impuesta, en función de la calificación de los hechos por los que resultó condenado el acusado, la pena impuesta no aparece desproporcionada ni carente de motivación.

Considera, en este sentido, que el tribunal tuvo en cuenta las características del delito, las condiciones de su develamiento a su progenitora, la credibilidad del relato de la víctima en Cámara Gesell y en las diferentes entrevistas conforme los exámenes que se le hicieron y las declaraciones de dichos profesionales, considerando además la persistencia en el relato de la menor, lo que arroja una sentencia sólidamente fundada que acredita la materialidad de los hechos y la autoría del imputado.

Entiende, por ello, que los agravios enumerados no son sino una mera discrepancia en relación con la valoración probatoria.

Respecto del monto de la pena impuesta, colige del mismo modo, que se encuentra debidamente fundada. Esto, conforme la gravedad de los hechos, la extensión del daño, justificándose suficientemente el motivo del alejamiento del mínimo legal previsto.

Agrega que existe doble valoración sino la ponderación de circunstancias relacionadas con la modalidad comisiva de los hechos: cantidad y gravedad de los hechos, maniobras desplegadas, edad de la víctima, parentesco y cohabitación, así como modus operandi.

Señala que también la jueza consideró circunstancias atenuantes. De allí que entiende que conforme los hechos perpetrados y por los que resultara condenado y la fundamentación de la pena impuesta, el monto no aparece como desproporcionado, por lo que corresponde rechazar los agravios defensivos.

Cita jurisprudencia. Por las razones vertidas, se expide por la convalidación de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso articulado por la defensa del acusado, corresponde adelantar que, por las razones que he de exponer, debe ser rechazado.

De manera preliminar, debe señalarse que en el recurso interpuesto pareciera existir de un único agravio: el monto de la pena impuesta.

Sin embargo, el análisis completo del mismo permite advertir que a éste subyace, sin un desarrollo amplio, una segunda crítica: la falta de motivación en orden a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia que acarrearía su nulidad.

Ello, por cuanto la absolución de los hechos de mayor gravedad –aquellos abusos sexuales con acceso carnal–, según su particular valoración del testimonio de la menor, conllevaría a la existencia de una laguna conviccional de punibilidad que no ha sido debidamente valorada.

Desarrollaré este último agravio en primer lugar, pues tiene directa relación con el resultado al que se arriba en la sentencia y de allí es que se deriva el monto de la pena impuesta. La jueza de la instancia anterior, al momento de resolver, señaló el hecho por el cual M. G. fue requerido y luego acusado en los alegatos por el Ministerio Público Fiscal.

Este hecho era el siguiente: «[s]in poder precisar con exactitud pero en el año 2018, cuando la víctima M.A.M. tenía 10 años de edad, su progenitor [el acusado] aprovechó que el resto del grupo familiar no se encontraba presente en el domicilio que compartían [...] le quitó la ropa a la niña y la tocó en distintas partes del cuerpo, tras lo cual le introdujo su pene en la vagina [...]. Estos hechos se repitieron [en el mismo lugar] en un número indeterminado de veces hasta el 9 de noviembre de 2021 [...]».

Sin embargo, entendió probado, luego del debate, los mismos hechos con las mismas circunstancias de tiempo y lugar, sin poder tenerse por acreditado, respecto de aquéllos, el acceso carnal por cualquier vía (ver fundamentos, 2/12/2022, video 2, 00:03:06 y ss). Seguidamente, y luego de un análisis pormenorizado de la prueba rendida, entendió que existían dudas para condenar por abuso sexual con acceso carnal, razón por la que absolvió a M..

Al considerar que la plataforma fáctica no había variado y había permitido al acusado un acabado ejercicio del derecho de defensa e, incluso, supletoriamente, la defensa había solicitado condena con esta calificación, condenó al acusado por la figura de abuso sexual simple agravado por el vínculo y la convivencia preexistente (ver registro audiovisual, 02/12/2022, video 1, fundamentos, minutos 00:04:34 y ss).

Para ello se centró principalmente en el examen físico y ginecológico nº 2.118 del 15 de noviembre de 2021 del Cuerpo Médico Forense de M.A.M. y la testimonial de su firmante, el médico S. I., particularmente las características de su himen, labiado, y de su vagina amplia, y la inexistencia de lesiones, aún anales.

En su declaración, dicho profesional, amplió y señaló que se indagó en esta última posibilidad, dada la referencia de la menor, de que el abuso había sido siempre por atrás. Indicó que el ano no presentaba lesiones ni agudas ni crónicas, que es un orificio destinado a la excreción y no al ingreso de elementos y que si hubiera sido crónico hubiera presentado una hipertrofia mucosa que no estaba (ver registro audiovisual, 26/10/2021, video 2, minutos 00:01:00 y ss).

Lo propio sostuvo respecto del examen vaginal. Expresó que el himen labiado permite la dilatación y evita el desgarramiento y que presentaba una vagina dilatada, propia de una persona de treinta años con relaciones sexuales frecuentes (ver registro audiovisual, 26/10/2021, video 2, minutos 00:07:43 y ss.).

Añadió que en una niña de 13 años la vagina es cerrada e incluso se presentan molestias para introducir hisopos para la extracción de muestras, situación que no aconteció en el caso. Pero, y ello fue expresamente valorado por la jueza en sus fundamentos (ver registro audiovisual, video 1, 2/12/2022, fundamentos, minutos 00:06:00 y ss.), al destacar, de manera concluyente, que el médico que no podía aseverar las razones de estas características anormales –himen labiado y vagina dilatada, laxa– pues no existía estudio para ello así como tampoco, dada la inexistencia de lesiones vaginales o anales, de la existencia de acceso carnal (registro audiovisual, 26/10/2021, video 2, minutos 00:27:35 y ss).

Ahora bien, no existe cuestionamiento alguno a estos argumentos de la jueza de la instancia previa en este aspecto, obvio por resultar favorable a la hipótesis defensiva desarrollada por la defensa. Sin embargo, sí entiende la defensa que existe falta de valoración y fundamentación aparente.

En este sentido, contrapone la duda por inexistencia de elementos para condenar por abuso sexual con acceso carnal con la referencia de la propia niña quien hizo mención a más de cincuenta hechos de esa índole y un solo hecho de abuso sexual simple.

En primer lugar, y dado que la jueza no pudo tener por acreditado el acceso carnal, sí dejó bien en claro que se trataba de los mismos hechos. Es decir, aquellos hechos –numerosos e indeterminados– por los que el Ministerio Público Fiscal acusó, los que resultaron encuadrados en la figura penal más leve, los que tuvo por acreditados.

Pero, además, la niña nunca refirió que se tratara de un solo hecho, como pretende hacer ver la defensa. La transcripción y la observación de la Cámara Gesell y la valoración efectuada de su resultado, además del resto de la prueba rendida, informes y testimoniales de los especialistas que la evaluaron del ETI Rivadavia, EDeAS, PPMI y el testimonio de la madre, corroboran ello.

Se realizaron dos entrevistas preliminares. El 24 de noviembre de 2021 M.A.M. dijo, «[...] me metía muchas cosas y me manoseaba [...]», refiriéndose a J., su progenitor. Como M.A.M. no estaba en condiciones psíquicas de afrontar una Cámara Gesell, se sugirió nueva entrevista, que se formalizó el 1 de diciembre de 2021.

Del informe del ETI de Rivadavia del 9 de diciembre de 2021, además de relatar cuáles fueron las circunstancias del develamiento surge, mediante entrevista psicológica, que la niña ratifica lo señalado en la denuncia por su madre, constando derivación al PPMI para realizar tratamiento psicológico.

Pero, además, la niña en la Cámara Gesell, realizada el 15 de diciembre de 2021 y reproducida en el debate, a más de indicar conocer la razón por la que estaba allí –«[...] porque fui abusada por mi papá [...]»–, manifestó que éste «[...] la manoseaba y le hacía cosas, me tocaba las partes del cuerpo [...] me tocaba las tetas [...] y el culo [...] con las manos [...] me decía que así te lo van a hacer cuando seas grande [...]».

Respecto de las veces en que esto sucedía, principal argumento de la defensa, dijo que era «[...] día por medio [...]». Referenció que ello acontecía desde los once años, y que la primera vez fue «[...] cuando cumplí 11 años, cuando terminó mi cumpleaños [...] me empezó a mostrar videos [...] con cosas asquerosas [...]».

Y, respecto de la última vez, sostuvo que fue el martes o miércoles de noviembre de 2021. Señaló que «[...] mi mamá se había ido a llevar a mi hermano, me quedé sola con mi hermanita en la casa [...]. Llegó mi papá, mandó a mi hermana a comprar, mi papá cerró la puerta [...] después cuando terminó de hacerme eso [y explicó] me metía su cosa y me manoseaba [...] por atrás [...]».

Más adelante, y de esta situación en particular, dijo que sucedió más de cincuenta veces y que luego de esto iba al baño y se limpiaba. Lo propio surge del examen psicológico post Gesell del 10 de enero de 2022 que incluyó entrevista colateral con la progenitora.

En ese examen, se concluye que M.M.A. ha vivenciado episodios de contenido sexual, donde habría sido transgredida en los límites de su corporalidad a través de tocamientos y acceso carnal.

Claramente, y a diferencia de lo afirmado, no sólo que la existencia de los hechos, en un número indeterminado, surgen de la prueba rendida –instrumental y testimonial– sino de la estricta valoración que la jueza de la instancia previa realizó para no considerar que los hechos atribuidos a M. G. encuadraban en la calificación más grave (ver registro audiovisual, 02/12/2022, video 1, fundamentos, minutos 00:06:00 y ss., 00:11:42 y ss.).

Aun cuando no haya sido materia del recurso, la jueza la instancia previo otorgó plena credibilidad al relato de la menor en Cámara Gesell, fundado también en los citados exámenes y otros elementos de corroboración periférica tales como la denuncia de la madre, las declaraciones de las profesionales tratantes, licenciadas Y. D., M. M., V. C., además del médico S. I..

En otro orden, debe señalarse que no dejó de analizar las declaraciones vertidas por el acusado, que en todo momento negó los hechos y a las que valoró en consonancia con el examen psíquico que le fuera practicado por el Cuerpo Médico Forense n° 182914 el 3 de diciembre de 2021, también el informe practicado por el Lic. V. requerido por la Unidad Fiscal de Violencia de Género que lleva el n° 2442, así como la testimonial de este último profesional.

Debo recordar que se comparte expresamente el valor que al testimonio de la niña –menor de edad y mujer– le ha dado la jueza de la instancia previa y su análisis del caudal probatorio bajo la perspectiva de género.

Esto, por cuanto siguió una visión integral de valoración de acuerdo con los criterios de valoración señalados en la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, con clara observancia de la legislación vigente, nacional y provincial y supranacional, y del principio de igualdad al garantizar el acceso a la justicia de la víctima de autos.

Sobre los objetivos de la ley 26.485 en cuanto al derecho de las mujeres a desarrollar una vida sin violencia, la eliminación de todo tipo de discriminación entre varones y mujeres, así como la generación de políticas para lograr estas condiciones tuve ocasión de pronunciarme en diversos precedentes (**“Cruz Caporiccio”**, **“Merlo Lassa”**; **“Quiroga Morales”**; **“Ojeda Pérez”**; **“Vázquez Tumbarello”**; entre otros).

De tal manera, al no existir arbitrariedad alguna en la sentencia de la jueza de la instancia previa respecto a la acreditación de la materialidad de los hechos y la responsabilidad del acusado por ello, y superada la existencia de concurso real de hechos de abuso sexual, queda ahora dar tratamiento al argumento central del recurso, el quantum de la pena impuesta.

Entiende la defensa sobre ello que la sentencia carece de motivación y su violación impone el dictado de su nulidad (art. 416 inc. 4 del CPP).

Este agravio, al entender que la pena impuesta es desproporcionada, se explicaría a través de tres ejes.

El primero, la existencia de un único episodio de abuso sexual simple –«manoseo» por parte de su progenitor– .

El segundo, la referencia en orden a la extensión del daño y a un plus por resultar el autor el padre biológico de la víctima implicaría doble valoración.

El tercero, la referencia a hechos de eyaculación.

La jueza ha dado suficiente respuesta al primer cuestionamiento y es el que ya ha sido analizado, razón por la que abordaré los restantes.

Al momento de la imposición de la pena, la jueza estimó adecuado el monto de siete años de prisión en

efectivo y para ello valoró como circunstancias agravantes, conforme las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, la gravedad de los hechos y la extensión del daño ocasionado.

Por su parte, consideró únicamente como atenuantes, la carencia de antecedentes del acusado. La escala penal del abuso sexual simple agravado por el vínculo y la convivencia se traduce en un mínimo de tres años de prisión y un máximo de diez años cuando se trata de un hecho único.

Sin embargo, los hechos le fueron imputados y acusados en concurso real en un número indeterminado, lo que entiendo ha sido suficientemente acreditado, dado el marco situacional en que los mismos ocurrieron, con lo cual el máximo asciende sustancialmente.

Ahora bien, he sostenido en otras oportunidades que en el ámbito de la determinación de la pena «[...] si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al injusto penal, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso» (ver al respecto, **«Córdoba, Jorge Antonio»**).

La gravedad de los hechos se asentó en el testimonio de M.A.M. e, incluso, la jueza destacó que no se trataba de un simple tocamiento. En este aspecto, señaló que M.A.M. expresó cuando era manoseada por el acusado ambos se encontraban desnudos y aquel eyaculaba cerca de sus órganos genitales, no pudiendo acreditarse la penetración.

Entendió así la jueza que ello era suficiente para alejarla del mínimo de la escala prevista para el delito en cuestión pues mantuvo un vínculo íntimo con la niña aun sin presentación (registro audiovisual, 2/12/2022, video 2, minutos 00:30:05 y ss.).

Consideró también al efecto que las circunstancias de su realización han producido un absoluto deterioro de los vínculos familiares.

Para ello, se hizo eco de la propia declaración del acusado cuando mencionó que su esposa y madre de la menor se hallaba embarazada de cuatro meses, naciendo el menor en ausencia del padre, con la consiguiente ruptura de los lazos familiares (registro audiovisual, 2/12/2022, video 2, minutos 00:31:57 y ss.).

Del mismo modo, consideró la extensión del daño como fundamento de ello, las consecuencias en el psiquismo de una criatura, siendo menor y mayor de 13 años.

Explicó la repercusión familiar que significaron, la ambivalencia de sentimientos que presentaba la menor, esto es los sentimientos de extrañamiento de su padre y aquellos otros originados por los hechos delictivos –angustia, miedo, nerviosismo, angustia, falta de apetito, ideas de muerte y de evitación–, la rotura de su estructura familiar.

A lo referido, sumó la condición de padre biológico, expresamente indicada por la defensa como un argumento de doble valoración.

Al respecto, no advierto la existencia de doble valoración cuando de lo que se trata es de considerar la intensidad con que esas circunstancias se presentan en el hecho concreto.

En este entendimiento se ha expedido este Tribunal donde ha señalado, con cita de destacada doctrina, que: «En muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse

empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (Ziffer, Patricia, **Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137**) («Córdoba, Jorge Antonio», «Maldonado Quiroga»).

En tal sentido, es posible ponderar los diversos vínculos que prevé la agravante del art. 119, cuarto párrafo, inc. b del CP. En este sentido, resulta de mayor gravedad que el autor del hecho sea el padre de la víctima a que sea, por ejemplo, su tutor o encargado de la guarda. En este sentido debe ser considerada la valoración de la jueza.

La defensa entiende sorpresiva, al cuantificar la pena, la mención a hechos de eyaculación.

Sin embargo, fue clara la víctima al referirse a ello, mencionó que luego de los tocamientos, que ella entendió como accesos carnales, se debía limpiar y su padre hacía lo propio con su pene. Ello da cuenta de la gravedad de los hechos.

Asimismo, la jueza justificó la razón de mantenerse en dicho monto, aun cuando la pena pudo ser mayor dado el concurso real de hechos.

Para ello, explicó la carencia de antecedentes computables del acusado, la descripción que de éste realizó su esposa y progenitor de la menor y la red familiar fuerte sostenida también por el hermano de M., elementos todos que la persuaden de mantenerse en el término medio elegido.

Por otra parte, la defensa omite señalar de qué modo o qué otras circunstancias personales hubieran permitido atenuar aún más la pena y por qué razón la misma debería coincidir con el mínimo legal o ser la misma de cumplimiento condicional, como pareciera leerse entre líneas.

Destaco que la defensa sólo se limita a señalar o enunciar un vicio en la motivación de la pena, pero no otorga precisión ni sugiere una alternativa sustentada en los elementos incorporados al debate.

En síntesis, los siete años impuestos por los hechos calificados como abusos sexuales simples agravados objeto de estos obrados, han sido válidamente fijados entre los límites previstos en la escala penal, resultando dicha penalidad mucho más cercana a su tercio medio que al máximo establecido por la ley penal (arts. 55 y 119 del CP).

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que la sentencia cuestionada debe mantenerse como acto procesal válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en autos, de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO Comparto las conclusiones a las que llega mi distinguido colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. En relación con la valoración de la prueba, estimo oportuno remitirme, en lo pertinente, a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos (ver, al respecto, «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros).

Por lo expuesto, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre

este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.
ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado J. E. M. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de diciembre de 2023.-

49- GEMEN. 19-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VS	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231219_FcGZB.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo, 130, 119, 3° párrafo y 55 del CP. Art. 359, 418, 419 del CPP.

Vox: NNA. Abuso sexual simple. Acceso carnal. Concurso real. Rapto. Monto de la pena. JAI cuestionado.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple (tres hechos), rapto y abuso sexual con acceso carnal, todos en concurso real (arts. 119, párrafo 1ro., 130, 119, párrafo 3ro. y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2543, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Coria Muratore. 19-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcCoria.pdf
- Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf
- Gallardo Campos. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcGCR.pdf
- Rodríguez Martínez. 07-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180607_FcRMM.pdf
- Videla Montenegro. 15-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210415_FcVMR.pdf
- Córdoba, Jorge Antonio
- Lobos Gras. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Lobos Gras. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf

Doctrina citada.

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116

D'ALESSIO, Andrés J. (Director) - DIVITO, Mauro (Coordinador), Código Penal comentado y anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423

Parágrafos destacados

“...Asimismo, que la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que **constituye una construcción horizontal** entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido ... Sin embargo, y tal como adelanté, la disconformidad central de la defensa se traduce claramente en una disidencia acerca de la cuantía de la pena que no puede prosperar. Ello, por cuanto no sólo el monto de la pena fue materia del acuerdo propio del juicio abreviado, sino que, para arribar a dicho monto, existió acabada fundamentación del juez de en los términos de los arts. 40 y 41 del CP...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-07180148-3/1((018602-6642)) FC/ GENEM ZUMINO, BERNARDO ALEJANDRO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (3 HECHOS EN C.R), RAPTO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL TODO EN CONCURSO REAL (6642) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106344749*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07180148-3/1 caratulada “F. c/G. Z., B. A. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE (TRES HECHOS), RAPTO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, TODO EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de B. A. G. Z. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.543, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-6.642/21, a la pena de ocho años de prisión por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple (tres hechos), rapto y abuso sexual con acceso carnal, todos en concurso real (arts. 119, párrafo 1ro., 130, 119, párrafo 3ro. y 55 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal de los autos n° P-6.642/21, según los cuales «[E]n fechas no precisadas, pero aproximadamente durante el [...] 2020 y 18 de enero de 2021, en tres [...] oportunidades en que la menor K.A.S. (nacida el día 10/02/2010) se encontraba en el domicilio [de] Barrio ..., Guaymallén, B. A. G. Z. la condujo a una habitación en la que la tocó la zona de sus pechos y de su vagina por debajo de la ropa. En otra oportunidad [...] 18 de enero de 2021 aproximadamente entre las 14:00 y las 16.00 horas [...] hizo ingresar a la menor al domicilio supra consignado con el pretexto de mostrarle unos cachorros recién nacidos. Una vez en el interior de la vivienda, cerró la puerta con llave, la condujo hacia una habitación diciéndole que iba a mirar televisión, le tapó la boca, la colocó de espaldas, le quitó el pantalón e introdujo su pene en la cola de la niña, causándole dolor, para finalmente agacharla, tomarla de los hombros e introducirle el pene en la boca. A continuación, la niña comenzó a gritar y cuando intentó salir de la vivienda, G. Z. le manifestó que si le contaba a su madre se iba a llevar a su hermanita. Finalmente, K.A.S. fue socorrida por sus hermanos mayores que acudieron en su ayuda». Para llegar a esta conclusión, el juez de la instancia previa estimó procedente el juicio abreviado final solicitado por las partes por estimar cumplidos los requisitos que para ello imponen los arts. 418 y ss. del CPP. Al efecto señaló, en audiencia celebrada el día 16 de diciembre de 2021, luego de un cuarto intermedio en la que escuchó a las partes –Ministerio Público Fiscal, la Sra. Asesora de Menores, su defensora y el propio imputado– que iba a homologar el acuerdo arribado en tanto compartía los argumentos expresados por éstas y entendía que, conforme lo previsto por el art. 411 inc. 3 del CPP, tanto los hechos como la autoría de G. Z. se hallaban acreditados con el grado de certeza

necesario para condena (ver registro audiovisual, 16/12/2021, video 2, minutos 00:03:52 y ss.).

Para decidir de este modo, seguidamente, dio lectura al hecho del requerimiento de citación a juicio antes reseñado y sostuvo que, en base a esa plataforma fáctica, también compartía la calificación legal allí contenida. Luego, pasó a detallar la prueba rendida e incorporada durante la investigación penal preparatoria, tanto la prueba instrumental en la que se detuvo una a una (acta de denuncia de su hermano Y. G. que acredita la existencia del hecho y la autoría de fs. 1 a 4; copia del documento nacional de identidad de la menor y del acta de nacimiento que acredita su edad; acta de secuestro de armas de fuego con las que el autor amenazó a sus hermanos y vecinos que fueron en busca de la menor; acta de procedimiento policial de fs. 14/15; informe del Programa Provincial de Maltrato infantil de fs. 57/58, informe de examen físico del Cuerpo Médico Forense de fs. 59; informe del CEO de fs. 103/107 del que surge la novedad; informe del EDeAS de fs. 144 y 214; informe de toxicología, actas de cámara Gesell de fs. 215 en la que consta la declaración de la menor K.A.S. respecto de los hechos sufridos; pericia psíquica del EDeAS de fs. 256/257 del que surgen indicadores de ASI; informe psicológico del acusado del CMF de fs. 202/203 del que surgen rasgos de personalidad compatibles con los hechos) como las testimoniales rendidas principalmente de su hermano Y. G. y su madre P. S. (ver registro audiovisual, 16/12/2021, video 2, minutos 00:04:15 y ss.).

Reiteró, finalmente, que en mérito a ello, dicho plexo le permitía arribar a un resultado condenatorio y que compartía la calificación legal, la que reiteró (ver registro audiovisual, 16/12/2021, video 2, minutos 00:04:20 y hasta 00:10:03).

Finalmente el juez consideró que la pena convenida y aceptada por el acusado, ocho años de prisión, era justa y equitativa. Entendió razonable el alejamiento del mínimo legal de seis años, en relación al hecho más grave previsto para el concurso real de delitos por los que G. era acusado y consideró, al mismo efecto, la naturaleza y extensión del daño y las consecuencias de los hechos para la víctima. Puntualizó como atenuantes la edad avanzada del acusado y su estado de salud. (ver registro audiovisual, 16/12/2021, video 2, minutos 00:10:05 y ss.).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa oficial del acusado fundamenta el recurso interpuesto in pauperis por aquél contra la sentencia de condena antes individualizada.

En primer orden, deja expresamente aclarado, que el mismo se interpone por expreso pedido de su defendido, en escrito acompañado para constancia en ocasión de la visita efectuada por ese Ministerio a Penitenciaría Provincial (ver LeD.147) donde éste esboza los motivos.

En segundo lugar, justifica el derecho a la doble instancia en el procedimiento de juicio abreviado con cita del precedente «Aráoz» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otra jurisprudencia de dicho Tribunal y normativa internacional –art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestra Constitución (art. 75 inc. 22 de la CN)–. Refiere que, en forma previa al inicio del debate oral, se realizó un juicio abreviado final. Para ello transcribe el hecho, menciona a la pena por la que fue condenado y señala el momento en que su defendido se presentó disconforme con lo resuelto al ser notificado del cómputo de pena.

Expresa también que, por ello, fue entrevistado por la Dra. González de la Defensoría Oficial en Penitenciaría el 6 de febrero de 2023 y que aquél, entre otras apreciaciones, dijo que estaba disconforme con la pena y que el día de la audiencia no se encontraba alcoholizado ni drogado.

Deja sentado que los términos del acuerdo arribado con su defendido y la Fiscalía son los que se plasmaron en la sentencia dictada por el juez de la instancia previa, no pudiendo hablarse de apartamiento alguno

en la calificación o la pena impuesta y que aquella estaba debidamente fundada.

Asimismo, detalla que el acusado prestó el debido consentimiento al procedimiento, los hechos, la calificación legal y la pena, frente a las partes, el juez y estando en pleno uso de sus facultades conforme informe pericial del art. 97 del CPP del CMF y examen físico del día de la audiencia (LeD.135), motivo por el que refiere que no puede invocar vicio alguno.

Sin embargo, dada la expresa voluntad recursiva de su representado, peticona se revise el trámite a fin de verificar la existencia de algún agravio jurídicamente razonable que no haya sido advertido por esa defensa. Asimismo, en atención a las expresiones de G. Z. – disconformidad con el monto de la pena– y a la interpretación amplia del derecho al recurso que impone agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, solicita se case parcialmente la sentencia y se ajuste en menos la pena.

En esta línea menciona, conforme los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 del CP, los principios de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad, y peticona se considere la avanzada edad de G., la existencia de enfermedades probadas en la causa y la carencia de antecedentes penales, así como la falta de vínculos de contención que han impedido acceder a la prisión domiciliaria, y que reducen la necesidad preventivo especial de la pena. Finalmente hace reserva de recurso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia formal y sustancial de la impugnación articulada, se pronuncia por el rechazo del planteo recursivo, en tanto la resolución cuestionada no adolece de vicio alguno.

Considera que surge del análisis del caso que se ha cumplido con el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para el Juicio Abreviado así como que, del registro audiovisual, que el acusado ha admitido la aplicación del instituto, los hechos endilgados, la calificación legal y la pena acordada, que le fueron leídos por la representante del Ministerio Público Fiscal, junto a la prueba en que basaba la acusación. Al efecto manifestó conocer los términos de dicho acuerdo, contestando a todo afirmativamente.

Del mismo modo, acota que no surge que el consentimiento de G. Z. se encontrara afectado de manera alguna. Respecto del planteo de la pena, tal como señaló la defensa, no puede hablarse de apartamiento ni en la calificación ni en el monto impuesto, citando jurisprudencia de este Tribunal acerca de la importancia del acuerdo en el procedimiento de juicio abreviado, a más de hallarse dicha pena establecida de conformidad a las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP.. En base a ello, solicita se convalide en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa, debe adelantarse que la impugnación no debe prosperar y, en consecuencia, corresponde la confirmación de la sentencia impugnada. La defensa plantea un único motivo de agravio, el monto de la pena impuesta.

Y ello surge claramente de las expresiones que el acusado vertió al momento de ser notificado del cómputo de pena y en el acta labrada al ser entrevistado por el Ministerio Público de la Defensa con posterioridad, los primeros días de febrero.

Allí, éste señala que está en desacuerdo con el monto de la pena pero que, al momento de prestar su consentimiento con la misma, es decir al celebrarse la audiencia de juicio abreviado y ser consultado al efecto, «se encontraba bien y no se encontraba alcoholizado ni drogado» (ver LeD.147).

Ello ha sido corroborado con el examen psíquico previsto por el art. 97 del CPP elaborado por el Cuerpo Médico Forense, que se encuentra agregado en autos y que habilitaba su comparencia a debate. Luego

de haber escuchado atentamente las constancias audiovisuales, entiendo que la sentencia da cumplimiento acabado a los términos del acuerdo de las partes, en cuanto a los hechos, la calificación legal y el monto de la pena impuesta.

Así como que no hubo petición alguna acerca de modalidad de cumplimiento de la pena.

Al inicio de la audiencia, el juez le preguntó al acusado si prestaba conformidad al procedimiento de juicio abreviado solicitado, contestando claramente en forma afirmativa (ver constancias audiovisuales, 16/12/2022, video 1, minutos 00:04:22).

Cedida la palabra, la representante del Ministerio Público Fiscal mencionó haber tenido varias conversaciones con la defensa y con el imputado en forma personal, así como con la víctima y su madre, quienes también estaban conformes con la solución arribada (constancias audiovisuales, 16/12/2022, video 1, minutos 00:01:05 y ss) sobre la que se explayó.

A su turno, la defensa afirmó que, por pedido de su asistido, se optaba por el juicio abreviado, reiterando los términos adelantados por la parte acusadora (ver constancias audiovisuales, 16/12/2022, video 1, minutos 00:03:48).

Por último, cedida la palabra a la Asesora de Menores dijo no tener ninguna objeción para formular.

Relevado el consentimiento para el procedimiento en sí, se le volvió a ceder la palabra al Ministerio Público Fiscal, quien dio lectura al hecho y cuando el juez, nuevamente, le preguntó al acusado acerca de su conformidad, no le resultó clara su respuesta.

A fin de aclararla, el propio juez le hizo saber que «[...] ante la duda y si no admite la existencia de los hechos de los que se le acusa, el [procedimiento abreviado] no puede continuar [...]», y al ser requerido nuevamente, contesta que sí prestaba su conformidad (ver constancias audiovisuales, 16/12/2022, video 1, minutos 00:06:18 a 00:06:48).

Seguidamente, la acusación continuó con la mención a la prueba en que fundó la responsabilidad de G. Z.. Luego, fundamentó también el monto de la pena (ver constancias audiovisuales, 16/12/2022, minutos 00:06:48 y ss.), manifestando tanto la defensa, como la asesora no tener nada para objetar prestando expresa conformidad. Al acusado le fue preguntado si comprendía todo lo leído y manifestado, contestando en forma positiva.

De todo ello se advierte el acabado cumplimiento de la normativa vigente que regula el procedimiento especial de juicio abreviado (arts. 418 y ss. del CPP) por parte del tribunal, al aceptar el procedimiento, ajustarse a los términos del acuerdo, requiriendo el consentimiento del acusado en torno a la modalidad de juicio celebrado, la existencia de los hechos, la responsabilidad sobre los mismos y la pena a imponer. A más de ello, el juez ha efectuado el debido control de legalidad, al considerar acreditados los hechos y encuadrarlos en la calificación adoptada en función a la prueba rendida en la investigación penal preparatoria, a la que consideró suficiente para alcanzar el grado de convicción requerido para condena. Es decir, que más allá de la responsabilidad reconocida por G. Z., el juez analizó el plexo probatorio en forma minuciosa para determinar si el mismo era suficiente para acreditar los delitos endilgados en el grado de participación enrostrada.

En este sentido, estimó que la niña víctima del acusado era una vecina de éste, a la que conocía al igual que a su familia.

Así lo manifestó la niña, sus hermanos y su madre, no sólo porque eran vecinos sino porque les arreglaba sus bicicletas, regalándole, además una bicicleta rodado 16 a K.A.S. A más de ello, la menor hizo mención a hechos anteriores a los que relacionó con los sufridos por una amiguita suya, pariente y conviviente del acusado.

No sólo la menor detalló los hechos con circunstancias de tiempo, modo y lugar –en el domicilio de G., el engaño para su ingreso –que le inflara la bicicleta y luego ir hacia el patio para mostrarle unos cachorritos recién nacidos–, el cierre de la puerta de calle con llave, el lugar del hecho propiamente –en su dormitorio–, los tocamientos por debajo de la ropa y en qué partes del cuerpo y la introducción en su cola del pene del acusado y luego en su boca, otros acontecimientos similares anteriores–, sino que también lo hizo uno de sus hermanos que, al no ser contestados los llamados a la puerta, se subió al techo y alcanzó a ver al acusado, subiéndose la ropa y a la niña toda desarreglada.

El relato resultó parcialmente coincidente con el efectuado por la menor a la oficial mujer a pocos minutos de los hechos y el efectuado a los profesionales, a través de palabras precisas y detalles de contexto. Así, las cosas, es posible afirmar que todo este tramo del razonamiento jurisdiccional –la existencia de los hechos y la responsabilidad en calidad de autor de los mismos por parte del acusado– ha sido, en un todo, absolutamente regular.

Ya este Tribunal ha sostenido que el procedimiento de juicio abreviado, como trámite especial frente al juicio común, se encuentra revestido de un conjunto de formas tendientes a garantizar precisamente que el acusado cuente con la información necesaria para decidir su procedencia.

Asimismo, que la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino que **constituye una construcción horizontal** entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido (ver, en lo pertinente, «**Coria Muratore**», «**Prieto Valenzuela**»; también «**Gallardo Campos**», «**Rodríguez Martínez**», «**Videla Montenegro**, entre otros).

Sin embargo, y tal como adelanté, la disconformidad central de la defensa se traduce claramente en una disidencia acerca de la cuantía de la pena que no puede prosperar. Ello, por cuanto no sólo el monto de la pena fue materia del acuerdo propio del juicio abreviado, sino que, para arribar a dicho monto, existió acabada fundamentación del juez de en los términos de los arts. 40 y 41 del CP.

En efecto, la edad del acusado, sus dolencias físicas y su falta de antecedentes fueron los referidos por el juez de la instancia anterior para justificar el monto de ocho años de prisión, que tan sólo se aleja en dos años del mínimo legal, cuando se trata de varios hechos en concurso real, tres de abuso sexual simple, uno de raptó y otro de abuso sexual con acceso carnal.

Soslaya la defensa, en esta instancia, la ponderación que para la determinación de la pena tuvo en cuenta el juez vinculada con la modalidad del hecho –frente a una niña de escasa edad, a la que conocía, con aprovechamiento de su vínculo vecinal y a la que, además, amenazó, y que fue rápidamente rescatada por terceros, quienes alertaron a la familia acerca de la ausencia de la menor– y extensión del daño.

Es cierto que el acusado, conforme surge de tanto de sus datos personales como del informe de Penitenciaría provincial, tiene cáncer de próstata, hemorroides, es hipertenso y tiene hinchazón en un testículo (ver LeD.130 y 135).

También que las dolencias que padece lo han llevado a recibir atención médica fuera del servicio penitenciario e, incluso, a ser intervenido quirúrgicamente (obran numerosos pedidos de salida a atención médica en servicios de Endocrinología, Cardiología, Urología, Gastroenterología, Cirugía de cabeza y cuello al Hospital Central y al Hospital Lagomaggiore, cargados en el sistema LeD) pero, sin embargo, estas circunstancias no conllevan a la aplicación de una pena menor que la impuesta en función de las consideraciones antes realizadas.

De manera similar corresponde expedirse acerca de la ausencia de valoración de la inexistencia de vínculos

de contención por parte del acusado.

En este sentido y, por un lado, debe señalarse que si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del CP constituyen parámetros que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes (ver, al respecto y entre otros, «**Córdoba, Jorge Antonio**», «**Lobos Gras**»).

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «[...] de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso». De tal manera, puede afirmarse que el art. 41 del CP enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (ver, al respecto y entre otros, «**Córdoba, Jorge Antonio**», «**Lobos Gras**», «**Núñez Credi**»).

Por otra parte, y como en el caso anterior, tampoco la defensa explica debidamente de qué manera la consideración de tal circunstancia debería incidir en la pena impuesta.

En definitiva, al resultar la pena acorde con el acuerdo celebrado, dentro de los límites legales del concurso real enrostrado al acusado y debidamente fundamentada por el juez de la instancia anterior (arts. 40 y 41 del CP), el recurso no puede prosperar.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de B. A. G. Z..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2023.-

50- RIVAMAR. 20-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474 353

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231220_FcRAM.pdf

Lex: Art. 119, 59 inc. 3°, 62 inc. 2° y 67 del CP. Art. 353 inc. 4° del CPP. Leyes 26705 y 27206. CDN. Convención de Belem Do Pará.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Prescripción. Aplicación retroactiva del modo de cómputo. Causales de suspensión de la prescripción de la acción. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad. Test de «consistencia». Test de «razonabilidad»

Summa:

El **TPC** dispuso el sobreseimiento de M. E. R. A. como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente reiterado en un número indeterminado de hechos y abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente reiterado en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real (arts. 119, párrafo 2do, en función del 4to. párrafo, apartado f, 54, 119, párrafo 3ro. en función del 4to. párrafo, apartado f y 55 del CP) por prescripción de la acción penal (art. 353 inc. 4° del CPP en función con los arts. 59 inc. 3° y 62 inc. 2° del CP).

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

La **defensa** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2002, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Batalla. Hidalgo Garzón 4-12-18:
https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/resolutions/rufino_batalla.pdf
- Godoy Flores. 29-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210929_FcGFL.pdf
- Lemos Delfino. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcLDL.pdf
- Fernández, Pedro y F, Hilda.
- Camargo
- Arancibia Clavel
- Lucero Ramírez. 20-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf
- Puebla Arias. 12-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcPAJ.pdf
- Maza, Jorge Omar. 10-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200610_FcMJO.pdf
- Tonetto Demárquez

Doctrina citada

FERRAJOLI LUIGI, «Constitucionalismo y jurisdicción», en GUZMÁN, NICOLÁS (coordinador), LUIGI **FERRAJOLI**,. Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, Buenos Aires, págs. 438/439).

QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI-CENICACELAYA, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Culzoni. Editores, Buenos Aires, Tomo I, págs. 392/393.

BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs.As., 2002, t. II-A, págs. 88//99;

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165;

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, págs. 79/80;

YACOBUCCI, Guillermo, El sentido de los principios penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 399/400).

ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., La prescripción penal, 2da. edición actualizada, corregida y ampliada, Abeledo Perrot, 2016, pág. 234.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, 2da. edición, corregida y actualizada, 2da. reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 239.

NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte general, T. 1, 1ra. edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Córdoba, 1959, pág. 153 y ss.

SCJM. Dres.: **Palermo**. Valerio. Adaro. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06851346-9/1((018601-13407)) F Y QUER C/ RIVAMAR AZAN MARIO ENRIQUE P/ ABUSO SEXUAL (13407) (13407/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106101812*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 1306851346-9/1 caratulada “F. C/R. A., M. E. P/ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.002, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello en tanto, se dicta el sobreseimiento de M. E. R. A. como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente reiterado en un número indeterminado de hechos y abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente reiterado en un número indeterminado de hechos, todo en concurso real (arts. 119, párrafo 2do, en función del 4to. párrafo, apartado f, 54, 119, párrafo 3ro. en función del 4to. párrafo, apartado f y 55 del CP) por prescripción de la acción penal (art. 353 inc. 4° del CPP en función con los arts. 59 inc. 3° y 62 inc. 2° del CP). Pronunciamiento dictado en autos n° P-13.407/20.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. M. D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada –en lo pertinente– resolvió sobreseer al acusado M. E. R. A. por los hechos que fueran calificados como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente como delito continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad como delito continuado, todo en concurso real.

Esto, por cuanto se consideró que había operado la prescripción de la acción penal en la presente causa (art. 353 inc. 4° del C.P.P en función con los Arts. 59 inc. 3° y 62 inc. 2° del C.P.). Para así decidir, el juez de la anterior instancia, atento al tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos –años 2005 y 2006– y la denuncia articulada y el requerimiento fiscal de citación a juicio **conforme la ley 27.206**, entendió que al acusado lo asisten importantes principios: los principios de irretroactividad y de ley penal más benigna. Asimismo, afirmó que no se puede, en pos de proteger los derechos de la mujer contra todo tipo de violencia o discriminación o los derechos del niño, vulnerarse derechos del mismo rango, como es el de la ley penal más benigna (registro de audiovisual, 15/03/2022, minutos 00:01:37 y ss.).

Añadió que estos principios surgen del art. 18 de nuestra Constitución Nacional, art. 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 25 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos. Y que, si bien antes éstos eran derivación del art. 18 de la CN, hoy, luego de la reforma de 1994 y la incorporación de los Pactos internacionales de derechos humanos al plexo federal, han adquirido carácter expreso y se han establecido de manera cierta (registro de audiovisual, 15/03/2022, minutos 00:02:50 y ss.).

Agregó que toda interpretación de una norma que pueda afectar derechos de cualquier acusado debe ser restrictiva y a favor de aquel, cualquiera sea la persona y cualquiera sea el delito, con excepción de los delitos de lesa humanidad, pues lo asiste el principio de inocencia (registro de audiovisual, 15/03/2022, minutos 00:04:04 y ss.).

Afirmó que por más que se piense que los delitos que se le atribuyen al acusado puedan ser sensibles a la comunidad, esta distinción basada en el impacto social que aquellos puedan tener le está expresamente vedada al juez, en tanto no es un baremo o una escala para resolver situaciones como las que están en juego, el principio de la ley penal más benigna y el principio de la irretroactividad (registro de audiovisual, 15/03/2022, minutos 00:05:00 y ss.).

Citó la jurisprudencia de esta Sala en los precedentes «**Lemos Delfino**», «**Fernández Pedro y Flores, Hilda**» y «**Camargo**» y refirió que en dichos fallos se ha hecho mención a todos los principios que ha enumerado. Añadió que el tiempo es un valladar al Estado para perseguir delitos y por ello entiende que en este sentido están dadas estas normas, que entiende es lo que corresponde resolver, haciendo lugar a lo peticionado por la defensa.

En función de lo expuesto, dispuso el sobreseimiento e inmediata libertad del acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

Luego de justificar la procedencia formal del recurso interpuesto (arts. 475, 476 y 480 del CPP), la recurrente invoca las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2.

Entiende que la acción, respecto de los delitos investigados, se encontraba vigente con fundamento en la reforma operada por la ley 26.705 y 27.206 y la naturaleza interpretativa de esta última.

Ello, al entender que dichas leyes resultan confirmatorias de una situación anterior preexistente –la previsión de derechos de este grupo de personas vulnerables –mujeres y niños– en tratados internacionales–, que podía y debía ser válidamente interpretada. Sostiene que el juez de la instancia anterior centra su razonamiento en los principios de irretroactividad y ley penal más benigna en base a normas del derecho internacional (art. 18 de la CN, art. 9 de la CIDH, art. 25 de la DADH, art. 11.2 de la DUDH y art. 25 del PIDCyP) y argumentos vertidos por esta Sala en casos análogos, pero no idénticos y, a su juicio y debido a la petición de la defensa, se equivocó en la interpretación acerca del modo de computar los plazos de la prescripción de la acción penal.

Refiere en dicha resolución ausencia de perspectiva de género y protección integral de los derechos de la infancia; contradicción con normativa de jerarquía constitucional e incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado argentino, nacional y provincial y jurisprudencia reconocida nacional y de la CorteIDH, último intérprete de los tratados internacionales sobre la materia.

Según entiende, ello podría hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por no brindar la tutela judicial efectiva en abusos sexuales contra niños en especial estado de desprotección y vulnerabilidad. Admite que esos derechos –los del imputado y los de la víctima– gozan de igual jerarquía reconocidos en tratados internacionales, pero entiende errado el juicio de ponderación.

Sostiene equivocado llevar el tema al terreno de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales a menores, sino que debe centrarse el mismo en el conteo de dichos plazos y sus causales de suspensión e interrupción y en la interpretación que debe hacerse de éstas a la luz de las obligaciones internacionales

asumidas por el Estado argentino.

Para ello, afirma que es erróneo plantear la cuestión en la posible retroactividad de las leyes 26.705 y 27.206, en tanto entiende que en el procedimiento penal el concepto de ley penal vigente no puede circunscribirse al Código Penal o al Código Procesal Penal, sino que abarca la Constitución Nacional, las leyes nacionales y provinciales y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional vigentes a la fecha del hecho.

Al efecto, y con base en el art. 27 de la Convención de Viena, señala que una correcta interpretación veda que una parte invoque su derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo. De ello colige que esas obligaciones asumidas en orden a la protección de niños y mujeres, condensados en las leyes **26.060 y 6.354 y 24.632 y 26.485**, deben guiar todo decisorio.

Seguidamente, destaca que esos derechos son principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos que irrogan deberes y son reconocidos por instrumentos internacionales. En este sentido, se detiene en la reforma constitucional de 1994 y en el avance cualitativo que significó la creación del bloque de constitucionalidad con los tratados internacionales.

Invoca el cambio de perspectiva en el entendimiento de la infancia y adolescencia y el nuevo paradigma de protección que los concibe como sujetos de derechos y obligaciones con capacidad para autodeterminarse primando su interés superior, en la CDN y su normativa, así como en jurisprudencia de la CorteIDH. Dicho interés se funda en la dignidad del ser humano, las características de la niñez y la necesidad de desarrollo de sus potencialidades.

Ello limita la discrecionalidad de las decisiones a su respecto por el Estado y los adultos en general. Cita y transcribe el art. 31 y 19 de la CDN y menciona el caso «Mendoza y otros vs. Argentina» de la CorteIDH. Indica que esta doctrina fue reglamentada por la ley 26.601 del año 2005 y no obstante la demora en el orden nacional, la ley 6.354 provincial – régimen jurídico de protección de la minoridad– ya en 1995 consagró estos principios de protección integral del niño y el adolescente como sujeto principal de los derechos allí consagrados así como la obligación de garantía del Estado. Cita, al respecto, el fallo de este Tribunal **«Zurita Ábrego»**.

Acerca de los hechos investigados indica, que el Estado provincial ya había garantizado su reconocimiento y protección en el marco de la doctrina de protección integral, que el resolutivo es contrario a ello y a la normativa internacional, nacional y a esta legislación que los reconoce como sujetos de derechos. Hace lo propio, respecto de la problemática relativa al género rescatando la obligatoriedad de la capacitación por la Ley Micaela, la Acordada n° 29.318.

Cita jurisprudencia de esta Sala e interamericana respecto del necesario enfoque que todos los operadores deben tener al respecto (**«Kraus», el caso «Mendoza y otros vs Argentina» de la CorteIDH, «Merlo Donaire», «Zurita Ábrego»**) concluyendo que la víctima ostenta esta doble protección. Discrepa con el sentenciante y afirma que el abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo con características propias basadas en la personalidad del abusador, la vulnerabilidad de las víctimas.

Destaca la crisis que esos hechos generan en la familia, la existencia de confusión y violencia explícita o implícita, amenazas, los medios utilizados –secreto, culpa y responsabilidad de las víctimas, el silencio– y el contexto especial, a cuyo efecto cita doctrina.

Seguidamente sostiene que la víctima M.R. a la fecha de los hechos con once o doce años de edad, tenía capacidad restringida y necesitaba de un representante legal para instar la acción penal, siendo su madre también víctima de violencia del acusado, por lo que no tuvo los medios para solicitar la colaboración de los órganos del Estado, existiendo imposibilidad jurídica y de hecho hasta la mayoría de edad. Refiere que

esta particular protección respecto de niños y mujeres se materializó en la legislación comparada, a cuyo efecto cita. Como segundo agravio –vicios sustanciales– entiende que la implementación de la norma que se pretende no es concebida como una aplicación retroactiva sino como la instrumentalización, en el orden interno, de los mecanismos para cumplimentar las obligaciones que emergen de los tratados de derechos humanos. Razona que –a los efectos de la prescripción de la acción penal– doce años es la mayor escala penal a considerar atento a los delitos que se le endilgan (art. 62 inc. 2 del CP) como delito continuado (art. 55 y 63 del CP), hechos que cesaron de cometerse en 2006.

Agrega que la víctima se vio impedida de ejercer la acción penal hasta el año 2011, razón por la que la acción estaría vigente hasta el año 2023. Cita para ello la causa «Illarraz» de la Cámara de Apelaciones de Paraná, Entre Ríos, en la que se sostuvo el criterio invocado y en idéntico sentido, la Primera Cámara en lo Criminal de Chaco en «Frutos».

Vuelve a reiterar que no se trata de imprescriptibilidad ni de aplicación retroactiva de la ley sino de la naturaleza interpretativa de la ley 27.206 y de los arts. 63, 67 y 72 del CP en función de la CN y de los tratados. Recuerda que «la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador» y «la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley» así como que «los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió», con citas a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, afirma que las reformas posteriores –leyes denominadas «Piazza» y del «tiempo de las víctimas»– son confirmatorias de una situación anterior preexistente que debía ser válidamente interpretada.

Entiende que este pensamiento se consolida en la causa **«Alvarado» del Tribunal Superior de Justicia de Chaco** de agosto de 2021, por hechos cometidos en 1979 y 1984 en niñas de 3 y 6 años de edad. Cita la **causa «Batalla» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación** acerca de la prerrogativa del Congreso de dictar leyes aclaratorias o interpretativas para despejar dudas sobre conceptos oscuros, equívocos o dudosos.

También «Hidalgo Garzón» del mismo Tribunal y se refiere allí que la segunda norma debe atravesar dos test, el de consistencia –que aclare sin modificar la ley que interpreta– y el de razonabilidad –que no resulte arbitraria, hostil o persecutoria–.

Luego se expone en qué consiste cada uno con cita de doctrina. Razona, según dice, utilizando esta lógica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y justifica la interpretación realizada con anterioridad de la ley 27.206 por los organismos jurisdiccionales, ya que éstos tienen diferente función al del legislador que se traslada al momento de la sanción y procura repensar su propia falla. Explica que se trata de diferentes modalidades hermenéuticas.

Afirma que la intención del legislador en cuanto a la segunda ley, la de respeto por el «tiempo de las víctimas», fue clara –dejar el asunto sentado normativamente–, y ello surge de los fundamentos del proyecto de ley, los que transcribe.

Finalmente ratifica la impertinencia del fallo emitido por el juez de la instancia anterior en tanto es consecuencia directa de una errónea aplicación de la ley penal sustantiva, pues no ha operado la prescripción de la acción penal existiendo omisión de perspectiva de género y protección de los derechos de niños y adolescentes.

Peticiona la revocación de la resolución dictada y se emita pronunciamiento en favor de la persistencia de la acción penal o en su defecto se anule el pronunciamiento y ordene el reenvío al subrogante legal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5 contesta la vista conferida el Procurador General, remitiéndose a los argumentos vertidos

oportunamente por representante del Ministerio Público Fiscal, los que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones, que ya he vertido en votos anteriores, adelanto que no corresponde hacer lugar al recurso de casación articulado por la representante del Ministerio Público Fiscal y, por ello, debe confirmarse el sobreseimiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1.

Cabe dejar sentado que el núcleo del análisis se circunscribe a la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva y, a partir de ello, a si el razonamiento del juez de la instancia anterior ha sido o no el correcto. Como se evidencia la solución del caso correrá por determinar la vigencia o no de la acción penal en función de las modificaciones operadas por las leyes 26.705 y 27.206.

Ello, en relación –particularmente– con el ámbito de protección internacional de la infancia y de las mujeres, posición sostenida por el Ministerio Público Fiscal en su recurso, mientras que el juez de la instancia previa, en consonancia con el planteo de la defensa, sostiene la posición contraria en base a dos pilares, el principio de irretroactividad de la ley penal y la ley penal más benigna.

Introduce esta vez el Ministerio Público Fiscal un argumento de apariencia novedosa, tal que aquellas leyes de reforma de las causales de suspensión de la acción penal en el caso de menores víctimas de delitos sexuales, son leyes interpretativas.

De este modo, refiere expresamente que no se trata ni de un planteo de imprescriptibilidad de dichos delitos, ni de la aplicación retroactiva del nuevo régimen de prescripción.

La recurrente desarrolla este concepto de leyes interpretativas y así cataloga las leyes 26.705 y 27.206, a cuyo efecto invoca «**Batalla**» e «**Hidalgo Garzón**» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun cuando a decir verdad ya se habló, con otro enfoque, de interpretación en «**Godoy Flores**», también resuelto por esta Sala.

En función del planteo, previo a adentrarme en el análisis del caso concreto, cabe sentar algunas premisas en mérito a lo que ya he resuelto sobre el tema.

En efecto, en anteriores pronunciamientos he sostenido que la aplicación de las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción incluidas por **las leyes 26.705 y 27.206** respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia resultaría vulneratorio del principio de legalidad e importaría una evidente violación a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio.

También, que la sujeción de los jueces a la ley, en un Estado de Derecho, hace a su jurisdicción e independencia (véase «**Lemos Delfino**»; «**Fernández, Pedro y Flores, Hilda**», «**Godoy Flores**»).

En este sentido, destaqué y creo que resulta aún más propicio si de interpretación de las leyes hablamos, que, «[e]s a través de esta sujeción a la ley que la jurisdicción se conecta, en una democracia, con la voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias [...]», motivo por el que «[e]l modo para limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador sepa hacer su trabajo, es decir, que produzca normas con un significado lo más claro y unívoco posible. El principio de estricta legalidad, que es una metanorma que impone al legislador el uso de un lenguaje lo más riguroso posible, se revela, así como la condición principal de la primacía de la ley y, a la vez, de la independencia de la jurisdicción respecto de cualquier otro poder» (ver al respecto, **FERRAJOLI LUIGI**, «**Constitucionalismo y jurisdicción**», en **GUZMÁN, NICOLÁS (coordinador)**, **LUIGI FERRAJOLI**, **Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**, Buenos Aires, págs. 438/439).

También hice hincapié en la importancia que dicho principio tiene en la letra del art. 48 de la Constitución

de Mendoza, cuando expresa, «[t]oda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces».

Es claro que cuando la solución a un problema concreto no surja de aquella –la ley– el juez deberá encontrarla en los principios jurídicos de la legislación vigente o, en su caso, en los principios generales del derecho (art. 31 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución Provincial).

Asimismo, sostuve que los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución no han derogado artículo alguno de la primera parte de ésta y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc. 22 de la CN).

Así lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señala que «[l]os constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud el cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna [de la primera parte de la Constitución], por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir» (ver Fallos: 319:3241).

Me he referido primero a la importancia del principio de legalidad, aun cuando no fue materia de análisis del juez de la instancia previa, pues la irretroactividad de la ley penal no es sino una derivación de él.

Es de rescatar el detallado y minucioso estudio que la representante del Ministerio Público Fiscal ha realizado en orden al tratamiento que ha de darse a las víctimas de delitos sexuales, parte de dos colectivos vulnerables, en el caso niñas y mujeres, que se comparte.

Pero, como ya he postulado, el conflicto aparece porque no debe omitirse que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención de Belem do Pará, las normas de CEDAW, gozan de igual jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus arts. 9 y 15.1 consagran expresamente dicho principio de irretroactividad de la ley penal.

A lo que debe sumarse, tal como también lo hacen todos los códigos procesales penales, que el art. 29 de la CADH prohíbe interpretar sus normas de modo que puedan implicar supresión del ejercicio de los derechos reconocidos en ella o limitar el goce y ejercicio de otro que pueda estar reconocido en otra ley del Estado.

Este análisis conjunto y necesario acerca de los derechos de las víctimas y los derechos de los acusados, centrados ambos en la aplicación de las normas convencionales que pretende de aplicación la acusadora pública –las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir las normas de derecho internacional de los derechos humanos– así como las razones de política criminal del legislador nacional al modificar el Código Penal cuya base es normativa supranacional específica –**la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belem Do Pará**– vigentes al momento de los hechos, antes lo llevaban a petitionar la aplicación retroactiva del nuevo régimen de suspensión de la prescripción y ahora a sostener que las leyes 26.705 y 27.206 resultan interpretativas de una situación ya consagrada.

Es este argumento similar al sostenido, adicionalmente, antes en «**Godoy Flores**» cuando el mismo Ministerio sostuvo «[...] que la acción, respecto de los delitos investigados, se encontraba vigente con fundamento en la reforma operada por la **ley 26.705 y 27.206** y la naturaleza interpretativa de esta última. Ello al entender que dichas leyes resultan confirmatorias de una situación anterior preexistente –la previsión de derechos de este grupo de personas vulnerables – mujeres y niños– en tratados internacionales, que podía y debía ser válidamente interpretada [...]».

Pero, debe señalarse que dicha situación –víctimas y acusados– sigue siendo idéntica.

Es que se ha de tener en cuenta que también, en todas estas normas convencionales, como ya se ha reseñado, se regulan y regulaban específicamente los principios de legalidad y la prohibición de aplicar la ley penal retroactivamente en perjuicio del acusado.

He afirmado también en el **precedente «Lemos Delfino»** que el régimen de la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de «ley penal» y por ello le conciernen todas las consecuencias que derivan de la vigencia de aquellos principios –legalidad e irretroactividad–. Sobre ello nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que –«las leyes ex post facto que implican empeorar las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal (art. 18 Constitución Nacional) en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción” (**CSJN, Fallos 294:68**) y que «el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva»– (**CSJN, Fallos: 287:76; en igual dirección puede verse el voto del juez Petracchi en Fallos: 318:2148**).

También se ha destacado que «[d]erivada de la legalidad penal, esta garantía se encuentra en el artículo 18 CN al decir que nadie puede ser penado “sin ley anterior al hecho del proceso”. Se consagra así el famoso aforismo del *nullum crimen nulla poena sine lege* proevia de claro cuño iluminista del siglo XVIII, que tanta gravitación tuvo en el nacimiento del constitucionalismo para fijar un valladar al poder coactivo de Estado. Esta prohibición de leyes penales ex post facto supone dos pares de requisitos: uno adjetivo (ley formal y previa), otro sustantivo (precisar la figura delictiva y la pena correspondiente), no siendo válidas las leyes que estableciendo lo prohibido omiten establecer la pena (delegando su fijación al arbitrio judicial), ni las leyes que disponiendo la pena no incriminaran el delito (Nuñez).

Los instrumentos internacionales también se refieren a esta garantía. Con más precisión que el artículo 18 CN, el artículo 11.2 DUDH y el artículo 15.1, parte 1° PIDCP dicen que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...” (ver, **QUIROGA LAVIÉ BENEDETTI CENICA CELAYA, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Tomo I, págs. 392/393**).

Del mismo modo, la más calificada doctrina asiste a la tesis que postulo acerca de que el instituto de la prescripción en materia penal pertenece al derecho penal sustancial así como que la ley penal que la regula debe ser previa al hecho que se juzga. En este sentido, me remito a las citas ya efectuadas en el precedente «**Lemos Delfino**» (ver, al respecto, **BIDART CAMPOS, Germán J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs.As., 2002, t. IIA, págs. 88//99; ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165; MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Bs. As. 2003, págs. 79/80; YACOBUCCI, Guillermo, El sentido de los principios penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 399/400**).

En este aspecto, aun cuando el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva (art. 25 del C.A.D.H.), ésta encuentra su límite en las garantías judiciales, y son las mismas convenciones de derechos humanos las que limitan el poder estatal en tutela de los derechos fundamentales de los individuos. En el caso de autos, la denuncia de los hechos data del 11 de febrero de 2020 y fue radicada por la víctima M.R. de 27 años, nacida el 10 de diciembre de 1.993 por hechos que habrían ocurrido a sus once y doce años, durante 2005 y 2006. La modificación al régimen de las causales de suspensión de la prescripción en los delitos sexuales se realizó mediante las leyes 26.705 con vigencia desde el 5 de octubre de 2011 y su modificación con la

ley 27.206 que entró en vigencia el 10 de noviembre del año 2015. Asimismo, la víctima adquirió la mayoría de edad el 10 de diciembre de 2011.

La recurrente sostiene que la acción no está prescripta por cuanto inicia el cómputo del término máximo de prescripción a partir de la mayoría de edad de M.R., cuando aún ni tan siquiera la última modificación operada por la ley 27.206 que estableció la causal de suspensión de la acción se encontraba vigente. De allí que hable de ley interpretativa de una situación convencionalmente reconocida.

Pero lo cierto es que, conforme el desarrollo que vengo realizando, no puede sostenerse que el curso de la acción de los delitos investigados se hallaba vigente por cuanto el régimen de la prescripción es «ley penal» y siendo aplicable los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, la ley aplicable al caso es aquella vigente al momento de los hechos.

De allí que, tal como resolviera el juez de la instancia anterior, al acusado le corresponde la aplicación de texto originario del art. 67 del CP anterior a las leyes precitadas. En este aspecto, me interesa destacar que la doctrina ha referido que «[e]l máximo Tribunal de la República ha recordado [en el **precedente “Arancibia Clavel”**] que el instituto de la prescripción está ligado al principio de legalidad, no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad en perjuicio del imputado” (ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., **La prescripción penal, 2da. edición actualizada, corregida y ampliada, Abeledo Perrot, 2016, pág. 234**).

El mismo autor luego agrega que «[l]a observancia de este principio implica la obligación para el juez penal de aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de comisión del hecho, pues de conformidad con el principio de reserva de la ley penal, la significación penal de una conducta no cabe plantearla sino mediante la determinación del comienzo de vigencia de la ley penal que la instituye como prohibida [...]. [E]l momento de comisión del delito constituye el presupuesto del problema de la irretroactividad de las leyes penales, sólo una vez concretado aquél, puede apreciarse el verdadero alcance de aplicación de la norma penal en el tiempo» (ob. cit., pág. 234).

Por otra parte, esta nueva argumentación acerca de las leyes interpretativas, ya esbozado antes emparentado con la vigencia anterior de los tratados internacionales, la reforma de la Constitución Nacional operada en 1994 y la consagración determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos dentro del bloque federal con idéntica jerarquía a la Constitución, no obstante la salvedad efectuada respecto de los principios de legalidad e irretroactividad, de seguirse, bien podría haber evitado la reforma del régimen de prescripción penal.

Pero es que el razonamiento debe ser inverso. Las dos leyes consecutivas sí materializaron o ajustaron la legislación interna a dicho bloque normativo constitucional y redefinieron los plazos de prescripción de la acción penal en aquellos casos de delitos sexuales cuyas víctimas resulten menores de edad, dejando en evidencia que era necesaria una modificación al respecto.

Pero ello no habilita de modo alguno su aplicación retroactiva, en tanto no se respetaría, acabadamente, el derecho de defensa en juicio y del debido proceso al aplicarse una norma que coloca a las personas acusadas en peor situación, ya que ambas leyes resultan más gravosas que la ley vigente al momento de ocurrencia de los hechos denunciados. Y ello en tanto la norma anterior no contemplaba causal de suspensión y/o interrupción alguna para casos como el examinado.

De acuerdo con lo señalado, coincido en consecuencia con el juez de la instancia previa en tanto la acción penal había fenecido, incluso antes de la radicación de la denuncia, al haber transcurrido el plazo máximo de doce años previsto por el art. 67 del CP vigente desde la comisión de los hechos.

La recurrente cita el **fallo «Batalla» (“Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo**

Garzón, Carlos del Señor y otros s/ ...”) del 4 de diciembre de 2018 en la causa «Hidalgo Garzón» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para fundamentar que las leyes modificatorias precitadas son leyes interpretativas. En primer lugar, de la propia transcripción que luce el recurso de este fallo podemos afirmar que las leyes analizadas en el caso en tratamiento no ostentan esa naturaleza. Veamos.

Acuerdo primeramente con las citas de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que «la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador», que «la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley» así como que «los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió», así como de quién es la prerrogativa del dictado de leyes aclaratorias o interpretativas, pero de allí no podemos sino extraer que la interpretación que propugna va en sentido contrario (**CSJN en «Hidalgo Garzón»**).

Ahora, este concepto de ley interpretativa, pacíficamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2071) fue utilizado por ese Tribunal en el fallo «**Batalla, Fermín**», calificando así a la ley 27.362 sancionada por el Congreso de la Nación, que determinó la inaplicabilidad del cómputo del denominado «2x» para los crímenes de lesa humanidad.

De allí se puede extraer que estas leyes son aquellas que establecen el significado que debe dársele a una ley sancionada con anterioridad y que debe estar sujeta a control judicial. La Corte entendió que debían superarse dos tests, el de consistencia y el de razonabilidad. El primer test es el de «**consistencia**», así lo llamaron en el voto Highton de Nolasco y Rosatti y puede resumirse en lo siguiente: una ley es interpretativa si no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación o de asignación de la pena, sino que aclara cómo debe interpretarse la ley al caso; así como si no alarga la sanción de quien ya está condenado, porque su monto queda incólume, sino que establece cómo se computa el tiempo recaído en prisión preventiva para definir cuando se cumple la condena.

Pasado este carácter interpretativo de la segunda ley, ambas se aplican de manera conjunta, ya que la norma interpretada ha regido siempre, desde su entrada en vigencia en los términos y con igual significado al establecido en la ley interpretativa (doctrina de Fallos 108:389; 184:275; 190:189; 268:446; 274:207; 285:447). Por ello, no hay conceptualmente aplicación retroactiva de la segunda disposición.

Ahora, superado este test, hay que abordar el **test de «razonabilidad»** para determinar si la nueva norma no resulta arbitraria, hostil o persecutoria, siempre refiriéndose a delitos de lesa humanidad (caracterizados conforme los arts. 6,7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, a los que reenvía los arts. 1 de las leyes 27.156 y 27.362), a los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiere largamente en doctrina y su jurisprudencia (ver **CSJN, «Batalla» en «Hidalgo Garzón», págs. 29 y ss.**).

A partir de ello, consideró que aquella ley analizada en esa oportunidad, la 27.362 no resultaba discriminatoria ni estigmatizante con un sector de la población pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano. Sorteado ambos tests de consistencia y razonabilidad del **art. 3 de la ley 27.362**, que la convalidaban como ley interpretativa del art. 7 de la ley 24.390, la Corte se preguntó si la misma podía ser aplicada a causas en trámite. Afirmó que esa calidad de ley interpretativa le permitía remontarse a la fecha de la ley interpretada.

Entonces, sostuvo que ambas leyes se aplican de manera conjunta, con lo que conceptualmente no hay aplicación retroactiva (ver fallo citado, p. 35 y ss.) Esta es la doctrina del voto de los doctores Highton y Rosati; los doctores Lorenzetti y Maqueda se remitieron, aun con desarrollo, a su voto en disidencia en «Muiña» y el doctor Rosenkratz, constituyó la disidencia en éste. Esta ley interpretativa consta de tres

artículos y dispone, como así transcribe el fallo: «[...] artículo 1 que "[d]e conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional".

Por su parte, el artículo 2 de la ley establece: "[en el cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley". Por último, el artículo 3 prescribe que "[1]o dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite" [...].».

Así, la mayoría de la Corte consideró constitucional la ley 27.362 en tanto ley interpretativa en orden a la inaplicabilidad del **cómputo del «2x1» de la prisión preventiva en delitos de lesa humanidad**.

Si bien el doctor Rosenkratz resolvió en sentido contrario, consideró que dicha ley era ley material y no interpretativa, sobre este último concepto, invocado por la recurrente, me voy a permitir traer algunas de sus consideraciones que resultan sumamente valiosas también.

La disidencia del doctor Rosenkratz, en punto a lo que nos convoca, recordó que una ley es genuinamente interpretativa cuando sus disposiciones se integran a lo ya establecido por la ley interpretada, de allí que coincida su vigencia.

Y añadió que: «Esta Corte ha dicho que el Congreso tiene la facultad de dictar leyes aclaratorias o interpretativas de otras anteriores para despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos (Fallos: 134:57; 166:133; 184:621; 187:352; 234:717, entre muchos).

Para que exista una genuina interpretación de una ley por otra, es necesario satisfacer una doble exigencia; la ley interpretada debe ser tal que no pueda asignársele un sentido unívoco por los métodos canónicos de interpretación legal y la ley interpretativa no debe asignar a la ley interpretada un sentido novedoso.

Por lo tanto, corresponde a esta Corte determinar si dicha doble exigencia ha sido cumplida en este caso o si, bajo el rótulo de una ley interpretativa, el Congreso dictó en verdad una ley innovativa o modificatoria de la ley 24.390 (Fallos: 134:57; 185:32)[...]» y concluyó que la ley 27.362 no es una ley interpretativa. La cita de Marcadé por parte de la Corte en otros precedentes es clarificante: «cuando el poder legislativo, en vez de limitarse a explicar el texto difícil por medio de expresiones que reproduzcan con mayor claridad la misma idea, sanciona por el contrario una disposición nueva que no contenía el antiguo precepto, no hay interpretación de la ley anterior sino abrogación de esta ley y creación de una ley "distinta"» (fallo citado, considerando 12).

En el mismo sentido se ha expresado, «[P]ara ser verdaderas leyes interpretativas, no han de introducir disposiciones nuevas o distintas a las existentes, ya que esa no es función de intérprete, sino de legislador, y aun cuando en el caso coincidan uno y otro, la extensión en el tiempo es distinta. La retroactividad que generalmente se reconoce a la ley interpretativa, no podría admitirse para la disposición nueva. La retroactividad de las leyes interpretativas debe entenderse en el sentido de aclaración de la ley para su aplicación a los casos aún no juzgados, salvo la hipótesis de la ley penal más benigna, en que pudiera resultar aplicable el segundo párrafo del art. 2 del Código Penal» (**FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, 2da. edición, corregida y actualizada, 2da. reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 239**).

También, «[T]ienen el primer carácter [ley interpretativa] las leyes que, aclarándolo, determinan el contenido de otra ley que puede entenderse de varios modos o admite distintas interpretaciones. [...] Si

la nueva ley da una solución respecto del texto de la primera a la que no podría haberse llegado por su interpretación, no se tratará de una ley interpretativa, sino de un nuevo texto legal.

Una ley es interpretativa, en consecuencia, no porque su texto o la intención del legislador le atribuya ese carácter, sino cuando ella misma se limita a resolver sobre la legitimidad de las inteligencias que admite otra. [...] La ley penal verdaderamente interpretativa no es siempre retroactiva si perjudica. [...]» (**NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte general, T. 1, 1ra. edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Córdoba, 1959, pág. 153 y ss).**

Dicho esto, entiendo que no puede simplemente traspolarse la doctrina que surge de «Batalla» al nuevo régimen de prescripción de la acción penal que, mediante las leyes 26.705 –con vigencia desde el 5 de octubre de 2011– y 27.206 –vigente desde el 10 de noviembre del año 2015–, modificó el art. 67 del CP, pues regulan situaciones diametralmente distintas.

El antiguo art. 67 del CP, antes de su modificación en 2011 y luego en 2015, no presentaba puntos oscuros que fuera preciso aclarar para su aplicación sino, por el contrario, el legislador buscó modificar esa norma. En este sentido, el considerando 19 del voto en disidencia del doctor Rosenkratz en el precedente «Batalla» expresa, «[...] esta Corte ha sostenido que no basta que haya sentencias contradictorias [no las había en nuestro caso] sobre el alcance de una ley para que una ley posterior que pretende poner fin a dicha contradicción sea genuinamente interpretativa. La ley es genuinamente interpretativa solo si el desacuerdo de los tribunales es el producto de la imposibilidad de otorgarle sentido unívoco a las normas en cuestión (doctrina de Fallos 187:352, 360) y, como se ha señalado, en este caso no había imposibilidad alguna de otorgarle sentido unívoco al artículo 7° de la ley 24.390 supuestamente interpretado [...]».

Para mayor claridad, y sin dejar de recordar el tema a tratar en «Batalla», también se menciona que ha sido el primer caso que falla la Corte de leyes interpretativas retroactivas, reservadas por lo general a otras materias – previsionales, civiles, impositivas o de honorarios– y se sostiene que lo es por el carácter central de la garantía de la irretroactividad de la ley penal recalcando que en materia penal el art. 18 de la CN impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa (Fallos: 184:620; 287:104) (fallo citado, voto del doctor Rosenkratz, considerando 28).

Reitero entonces la postura que he venido sosteniendo en cuanto a que dicho principio de irretroactividad de la ley penal funciona sin limitaciones y condicionamientos y es la más eficaz garantía contra el ejercicio del poder punitivo estatal.

Al respecto, nuestro Cíbero Tribunal de la Nación reiteradamente ha sostenido en relación con aquel principio que «[e]n tanto derivación del principio de legalidad, se trata de uno de los principios fundamentales que hace posible una democracia constitucional y republicana como la nuestra» (doctrina de Fallos: 178:355; 275:89; 311:2553; 327:388; entre otros).

Por ello, considero que no se verifican los agravios denunciados por la recurrente, en tanto ha habido correcta aplicación e interpretación de la ley penal al caso de autos. En función de lo señalado, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, POR SU VOTO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que comparto la solución a la que arriba mi distinguido colega de Sala preopinante.

En efecto, en relación con la aplicación retroactiva del modo de cómputo y de las causales de suspensión de la prescripción de la acción introducidas al Código Penal por las **leyes 26.705 y 27.206**, he adherido a la posición del ministro preopinante con anterioridad, en los casos «**Lucero Ramírez**», «**Puebla Arias**»,

«Maza, Jorge Omar» y «Tonetto Demárquez».

Por ello, y sin perjuicio de las novedosas consideraciones que el colega de Sala efectúa en este caso, entiendo que la solución provista para el recurso de casación interpuesto es adecuada.

Me interesa, no obstante, reseñar las razones respecto a las consideraciones de la parte recurrente respecto del **carácter interpretativo de las leyes 26.705 y 27.206**.

A mi juicio, el argumento del Ministerio Público Fiscal debe ser desestimado por improcedencia de la aplicación de jurisprudencia que menciona para la caracterización de aquellas leyes.

En efecto, la comparación con la ley 27.362 que la Corte Federal examinó en detalle al resolver el caso **«Batalla»** invocado (CSJN, **«Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y ots»**, Fallos 341:1768) no resulta de aplicación a este caso, puesto que aquella ley –a diferencia de las leyes 26.705 y 27.206– expresamente declaró ser una ley interpretativa.

En efecto, la **ley 27.362** previó en su art. 3 que: «[...] Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– y será aplicable aún a las causas en trámite [...]».

No existe una disposición similar en las leyes invocadas por la parte recurrente, de modo que no se verifican circunstancias para aplicar los criterios de la Corte Federal en el precedente citado a este caso. Ello, sin perjuicio de que, aun aplicados a este caso, no conducirían a la solución que propone la recurrente: no hay motivos para considerar que las leyes 26.705 y 27.206, que modificaron las reglas sobre prescripción de la acción en casos de abuso sexual infantil, contengan norma alguna que justifique su aplicación retroactiva.

La invocación que realiza el Ministerio Público Fiscal del propósito del legislador carece de apoyo en la literalidad de las normas y no puede erigirse en motivo suficiente para apartarse del principio de legalidad previsto en el art. 19 de la CN.

Por las razones expuestas, considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia confirmar la sentencia n° 2002 de sobreseimiento por prescripción dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción respecto de M. E. R. A..
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. M. D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de diciembre de 2023.-

51- TAPIA CASTILLO. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcTCJ.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55, 54, 125, 3° párrafo y 29 del CP. Arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Concurso ideal Promoción a la corrupción de menores agravada. Intimidación.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real, en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por mediar intimidación respecto a A.M.B.A., en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravada por mediar intimidación en un número indeterminado de hechos en concurso real respecto a I.T.C. y T.E.C., en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravada por el vínculo en un número indeterminado de hechos en concurso real respecto de F.J.T. (arts. 119 tercer párrafo, 55, 54, 125 tercer párrafo y 29 del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2456, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Metral Osorio
- Lima Viñolo

Doctrina citada

ULF Christian Eiras Nordenstahl. *¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología*. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica

PIPINO, A.V. *La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual*. *Revista de Psicología Jurídica y Forense*. Recuperado de <https://psicologiajuridica.org/archives/2770>.

GONZÁLEZ, E. y otras. *Características de los abusadores sexuales*. *Revista Sogia*. 2004, 11(1), 6-14. Chile.

REDONDO Illescas, S. y Garrido Genovés, V. *Principios de Criminología*. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-07128289-3/1((018601-757599)) F Y QUER. C/ TAPIA CASTILLO JESUS WASHINGTON VLADIMIR P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (757599) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

106296614

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-07128289-3/1** caratulada **“F. c/ T. C., J. W. V. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE (757.599) S/REC. EXT. DE CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de J. W. V. T. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.456, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa N° P-757.599/19, a la pena de once años de prisión por considerárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos en concurso real, en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por mediar intimidación respecto a A.M.B.A., en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravada por mediar intimidación en un número indeterminado de hechos en concurso real respecto a I.T.C. y T.E.C., en concurso real con promoción a la corrupción de menores agravada por el vínculo en un número indeterminado de hechos en concurso real respecto de F.J.T. (arts. 119 tercer párrafo, 55, 54, 125 tercer párrafo y 29 del CP; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación

quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido

por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado los siguientes hechos contenidos en la acusación: *«en fecha no precisada, pero aproximadamente entre el 16 de febrero de 2018 -cumpliendo la mayoría de edad el sindicado- hasta el mes de septiembre de 2019 aproximadamente, en un número indeterminado de ocasiones, siempre en las inmediaciones del Barrio ..., Las Heras, Mendoza, sucediendo los hechos en algunas ocasiones en la mañana y otras en horarios de la tarde, J. W. V. T. C. alias «W.», llevaba hasta los cerros cercanos a su vecino A.M.B.A., quien tenía a la época de los hechos entre diez y once años de edad aproximadamente. Una vez allí, T. C. le hacía bajar*

los pantalones al menor B. bajo amenazas y hacía que le chupaba el pene para también chupárselo T. C. al menor. Asimismo T. C. le metía el pene en la cola al niño. Los abusos sexuales que cometía T. C. hacia A.M.B.A. descritos supra, también ocurrieron en el interior del domicilio de J. W. V. T. C., sito en Barrio ..., Las Heras, en la habitación de éste, en un número indeterminado de veces. En otras ocasiones, durante el período de tiempo mencionado, tanto en los cerros aledaños al Barrio ..., Las Heras, como en el domicilio de T. C. indicado, J. W. V. T. C. hacía que I.T.C. de entonces 4 o 5 años de edad, vecino del barrio, T.E.C. de entonces 4 o 5 años de edad, sobrino de T. C. y F.J.T. de entonces 11 o 12 años de edad, hermano menor de J. W. T. C., observaron los actos sexuales descritos que realizaba con el menor A.B. en esos lugares, para también en otras oportunidades obligar a todos los menores A.M.B.A., I.T.C., T.E.C. y F.J. a chuparse entre sí el pene y a colocarse el pene en la cola entre ellos, mientras J. W. T. miraba, amenazando a los mismos de muerte» (ver registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, a partir del minuto 04:45).

Para así decidir, el juzgador valoró la declaración del acusado, las declaraciones en Cámara Gesell de los menores A.M.B.A., I.T.C., T.E.C. y F.J., así como los informes del PPMI, del Equipo de Abordajes de Abusos Sexuales (EdeAAS) y del Cuerpo Médico Forense (CMF), y demás pruebas testimoniales e instrumentales incorporadas en el debate (ver fundamentos de la sentencia, puntos I. c y II. b).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa técnica interpone recurso de casación contra la sentencia en crisis e invoca el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP.

Refiere que la sentencia es arbitraria, absurda y errónea por errónea valoración de las pruebas y aplicación de la ley sustantiva.

a.- Como primer agravio, afirma que en la audiencia de fecha 26 de octubre de 2022 solicitó la declaración de la Lic. M. porque realizó el abordaje de los cuatro menores y para interrogarla si a A.M.B.A. lo abordó también como victimario, le fue denegado porque no fue ofrecida en la audiencia preliminar y al solicitarla como nueva prueba a los términos del art. 403 del CPP vulnerándose el derecho de defensa.

Indica que en la audiencia solicitó un careo entre S. A. y N. C. porque presentaban contradicciones en sus declaraciones sobre las fechas de intentos de suicidios de A.M.B.A. y del tiempo que dormía con su madre después de los hechos, y le fue denegada en forma arbitraria por no considerársela prueba dirimente.

Agrega que la hipótesis de la defensa consistió en que A.M.B.A. nunca fue evaluado psicológica y psiquiátricamente sobre la posibilidad de ser victimario y cometer por propia iniciativa los delitos de índole sexual y no por influencia o amenaza del acusado, y no en el papel de víctima como lo valoró el juzgador en la sentencia, y que el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular se apoyaron en la declaración del menor como único elemento probatorio.

Indica que se acreditó la existencia del hecho delictivo en base a la declaración del menor respaldada segmentadamente por constancias de abordaje del personal del PPMI, del EdeAAS y de la Cámara Gesell.

b.- Como segundo agravio, expone que el tribunal no se expidió sobre la nulidad planteada respecto de la acusación fiscal de los hechos cometidos contra I.T.C., T.C. y F.J.T. al no precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos a fin que T. pudiera defenderse.

Afirma que el juzgador realizó un análisis segmentado, conformista y análogo de la declaración de A.M.B.A., con copia recortada de la acusación fiscal y sin valorar adecuadamente el plexo probatorio incorporado a la causa ni escuchar a la defensa.

Agrega que el sentenciante acreditó la existencia del hecho delictivo y autoría del acusado con base en la declaración de A.M.B.A. y la respaldó con la declaración de S. A. y N. C., abordaje de personal del PPMI,

EdeAAS y Cámara Gesell, sin tener en cuenta la larga historia conflictiva entre las familias de T. y A. reseñada por la defensa.

Expresa que según las declaraciones de N. C., A.M.B.A. durmió toda la vida con su madre en la misma habitación y no como declaró su madre que fue después de la denuncia, y que como vio a su madre realizando actos de adultos ya estaba corrompido desde antes de los hechos denunciados.

Refiere que no se consideró la declaración de la Lic. C. O. cuando al ser preguntada si A.M.B.A. le había mencionado que él habría cometido hechos de abuso sexual en contra de otras personas respondió en forma negativa, y que no se valoró que la declaración del menor en Cámara Gesell denotaba ganancialidad en su discurso.

c.- Cuestiona la sentencia porque no se valoró la declaración de F.J.T. ni de I.T.C. en Cámara Gesell en la que no ubican a T. en los hechos de abuso sexual, y que I.T.C. refirió que el acusado lo amenazaba con cortarle la cabeza porque hablaba mucho pero no lo ubica como agresor sexual y al ser interrogado sobre los hechos sexuales, identificó a A.M.B.A., F.J.T. y a T.C. como los que realizaban los mismos.

d.- Afirma que la sentencia es nula por errónea y segmentada valoración de la prueba en cuanto a los hechos de corrupción atribuidos al acusado sobre F.J.T., I.T.C. y T.C. al reconocer que no había prueba suficiente para fundar la condena y se basó en indicios cuando debió existir certeza. Indica que el primer indicio surge de la declaración de I.T.C. en Cámara Gesell de fecha 20 de febrero de 2020, pero en ningún trayecto lo ubica como agresor sexual, sino que los actos sexuales los hacían siempre T. F. y el Junior (A.M.B.A.).

Señala que los peritos que entrevistaron a los niños estaban contaminados con la versión de A.M.B.A. y a su criterio tendría que haberse asignado un psicólogo particular para cada menor.

Expone que F.J.T. en su declaración de fecha 11 de febrero de 2021 no mencionó a T. como abusador sexual ni en hechos de corrupción, y que T.C. nunca declaró ni mencionó a T. como agresor sexual por lo que no existe certeza sobre la ocurrencia de los hechos, y por tanto, solicita la absolución de su asistido de los delitos de corrupción respecto de los niños I.T.C., T.C. y F.J.T.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General expresa que la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada y debe desestimarse el recurso de casación planteado.

Señala que tanto el Ministerio Público Fiscal como el querellante particular desistieron del testimonio de la Lic. M., por lo que la insistencia de la citación por parte de la defensa carece de sustento en tanto no había sido ofrecido por ella y fue desistida por la parte que lo ofreció para acreditar su teoría del caso. Tampoco era nueva prueba porque era conocida por las partes desde la instrucción penal preparatoria. Afirma que las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho fueron acreditadas con claridad en la sentencia, por lo que T. supo de qué debía defenderse.

Agrega que el sentenciante valoró el material probatorio a la luz de la sana crítica racional y de conformidad con estándares de protección de niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual.

Refiere que se descarta que la denuncia se originó en la histórica conflictiva familiar entre las familias T. y A. porque los hechos fueron develados en circunstancias que los menores T.C. e I.T.C. fueron sorprendidos en una práctica sexualizada y fue la madre de uno de ellos quien anotició a la denunciante S. A..

Indica que la credibilidad del relato de A.M.B.A. se sustentó en el informe del PPMI del Hospital Notti, declaración de la Lic. C., Lic. N. A. y Lic. I. quienes concordaron en que el relato fue espontáneo, y en Cámara Gesell sindicó categóricamente al acusado como autor de los abusos sexuales.

En cuanto a la versión de F.T., destaca que el sentenciante luego de valorar el informe del PPMI, Cámara Gesell, entrevista preliminar del EdeAAS y declaración del Lic. I. consideró que la desmentida del menor estuvo sesgada por la defensa de la familia hacia el acusado.

Expresa que la circunstancia que T.C. no haya declarado carece de relevancia porque se comprobó, según la declaración del Lic. A., que durante la entrevista mostró reticencia para hablar del tema.

Por último, señala que el juzgador evaluó la teoría del caso de la defensa y las declaraciones de los testigos de descargo y la descartó por considerar con mayor sustento probatorio la hipótesis acusatoria.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa, adelanto opinión en coincidencia con el Procurador General, que corresponde confirmar la sentencia impugnada porque no adolece de los vicios de arbitrariedad denunciados. Paso a exponer las razones en que sustentó mi decisión.

a- Credibilidad al relato del menor

a.- De una recapitulación de los agravios defensivos expuestos en el punto 3.a, las críticas a la sentencia se centran en cuestionar la atribución de **credibilidad al relato del menor** A.M.B.A. por parte del juez de la instancia anterior. La defensa señala que la hipótesis de esa parte consistió en evaluar a A.M.B.A. desde la posición de victimario -no de víctima- porque realizó los actos sexuales sin amenazas ni influencias del acusado, y que solicitó la declaración de la Lic. M. y el careo entre los testigos S. A. y N. C., pruebas que fueron rechazadas arbitrariamente en la audiencia.

En cuanto a la valoración de credibilidad del relato de A.M.B.A. en Cámara Gesell, ocasión en que el niño señaló al acusado como el autor de los abusos sexuales denunciados, el juez de la instancia anterior argumentó que arribó a su convencimiento como resultado del análisis de la prueba incorporada al debate, conforme la sana crítica racional, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas del Delito y del Abuso de Poder (ONU), y jurisprudencia que tiene en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de niños como en el caso que nos ocupa (pág. 3 de fundamentos de la sentencia).

En este razonamiento, el juzgador destacó la importancia de aclarar la relación entre los cuatro niños víctimas y sus vínculos familiares para la comprensión de cómo pudo influir o condicionar en sus relatos de los hechos denunciados. Al respecto, expuso que la denunciante, S. A. tenía cuatro hijos: A. C., A.M.B.A. de diez años, S. C. y N. C., madre de I.T.C., nacido en fecha 10 de julio de 2014. En cuanto al vínculo de la familia A.-C. con la familia de T., indicó que éste tenía un hermano que era F.T. de once años y una hermana, P. T. que tuvo con A. C. un hijo que era T.C. de cuatro años (ver pág. 4 de la sentencia).

Seguidamente, en la sentencia se valoró la declaración de S. A. y N. C. en cuanto coincidieron en que P. T. vio a I.T.C. y T.C. manteniendo una práctica sexualizada en su domicilio y se lo comunicó por teléfono a N. C., lo que motivó la denuncia de S. A. y descartó por parte de ésta interés en perjudicar al acusado – hermano de P. T.– (ver declaración de P. T. en registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video I, a partir del minuto 11:15; declaración de S. A. en el mismo registro a partir del minuto 31:38 y declaración de N. C. audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video II, a partir del minuto 03:01).

Afirmó el juzgador que la testigo A. declaró en la audiencia que habló con su hijo A.M.B.A., quien llorando, con miedo y vergüenza le contó que T. lo llevaba junto a F.T. a andar en bicicleta, les hacía bajar los pantalones, los hacía agachar, les ponía su pene en la cola y les hacía doler, también él se bajaba sus pantalones y los obligaba a que le besaran sus partes íntimas, a que se tocaran y besaran entre ellos bajo amenazas de cortarles la cabeza, lo que ocurría en un terreno baldío donde jugaban y en los cerros (ver págs. 4 y 5 de la sentencia; ver declaración de S. A. en registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video I, a partir del minuto 35:00).

Asimismo, se destacó en la sentencia que al ser preguntada la testigo A. si A.M.B.A. tenía una tablet y le exhibía videos pornográficos a los otros niños, respondió que ella le revisaba el dispositivo y no tenía videos pornográficos e incluso tenía un celular donde tampoco tenía ese tipo de videos.

Agregó el juzgador que A. expuso que después de la denuncia A.M.B.A. quiso quitarse la vida en dos oportunidades, intentó ahorcarse con un cinturón y después con un cable y ella lo impidió (ver pág. 5 de la sentencia y declaración de S. A. en registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video I, a partir de minuto 43:55).

Además, el juez de la instancia previa argumentó que la declaración de A. fue coincidente con el testimonio de N. C., en cuanto declaró que como estudiaba enfermería dejó a sus hijos I.T.C. y E.V.S. a cuidados de P. T. –su cuñada y madrina del niño I.T.C.–, que en esa oportunidad P. T. la llamó y le dijo que había visto a los niños I.T.C. y T.C. apoyándose los miembros, y que su hijo I.T.C. le contó que «el tío W.» –como llamaban al acusado– los obligaba a meterse en el baño de la casa de los padres de T. y que si no se tocaban y se besaban les iba a cortar la cabeza con una motosierra. Expuso el juzgador que la testigo manifestó que las casas de los padres de T., de S. A. y de P. T. eran cercanas porque estaban ubicadas a unos metros unas de otras y separadas por alambrados, que su hijo llegaba siempre llorando, que le contó que A.M.B.A, F.T. y T. le habían enseñado eso en el cerro, que en el jardín su hijo tuvo cambios bruscos de conducta, empezó a tratar mal a sus compañeros, no quería jugar, empezó a hacerse pis encima, tenía miedo porque le decían que le iban a entrar por la ventana para cortarle el cuello con una motosierra –aclaró que la familia T. cortaba leña con una motosierra– y hacía dibujos con personas con cuchillos. Agregó la testigo que A.M.B.A. se intentó ahorcar antes de la denuncia y después lloraba toda la noche y dormía con su madre, que era agresivo con sus hijos, (ver págs. 5 y 6 de la sentencia y declaración de N. C. en registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video II, a partir del minuto 01:27).

En consonancia con lo expuesto, en la sentencia se afirmó que el testigo A. A. C. –ex cuñado del acusado y padre de T.C.– declaró en coincidencia con lo manifestado en la audiencia por S. A., N. C. y P. T., en cuanto a que su ex pareja –P. T.– encontró a su hijo T.C. y su sobrino I.T.C. en la habitación de T.C. con los pantalones bajos y por tener relaciones sexuales.

Se destacó en la sentencia que el testigo expuso que habló por separado con cada niño y le contaron lo mismo, que habían visto a A.M.B.A. y a F.T. hacer lo mismo y que estaban jugando con los pantalones bajos, y que después habló con A.M.B.A. –su hermano menor– y éste le dijo que el acusado le había enseñado a chuparle el pene y que le hacía cosas en la cola y no le contó más porque se puso a llorar (ver pág. 6 de la sentencia y declaración de A. C. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video I, a partir del minuto 12:53).

Unido a lo anterior, el juez de la instancia anterior ponderó otras pruebas relevantes y concordantes en cuanto a la credibilidad del relato de A.M.B.A. de las que surgieron indicadores de credibilidad del relato, tales como:

i) el informe de abordaje de la situación de A.M.B.A. realizado por el Programa Provincial de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez y Adolescencia (PPMI) del Hospital Notti de fecha 8 de octubre de 2019, que indicó que el niño relató espontáneamente que era abusado sexualmente por T. y por ello fue derivado al PPMI de Uspallata; ii) la declaración de la Lic. M. I. C. –Lic. en psicología perteneciente al PPMI del Hospital Notti– quien expuso que intervino en el informe interdisciplinario citado, destacó la espontaneidad del relato del niño y del correlato afectivo al manifestar que fue abusado sexualmente por el acusado y explicó que el relato era el indicador específico de abuso sexual infantil; iii) el primer informe preliminar del EdeAAS de fecha 13 de noviembre de 2019; iv) la declaración del Lic. I. en la audiencia de debate en cuanto A.M.B.A. relató de manera espontánea y coherente los actos de abuso sexual que T. coordinaba en forma grupal y con amenazas, e indicadores detectados tales como angustia, ansiedad, malestar frente a lo que relató, vergüenza, inhibición, terrores nocturnos, agresividad, entre otros, y que no existió ganancialidad en su relato sino un costo emocional muy alto al tener que contar los hechos abusivos que lo involucraban afectivamente (ver pág. 7 de la sentencia; informe de fecha 8 de octubre de 2019; declaración de la Lic. C. en registro audiovisual de fecha 26 de setiembre de 2022, a partir del minuto 05:18 y declaración del Lic. I. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, a partir del minuto 52:55).

En la sentencia se subrayó y valoró el informe del PPMI del Hospital Notti de fecha 8 de octubre de 2019 en cuanto consignó que A.M.B.A. «[r]efiere espontáneamente que ingresa al Hospital por una denuncia que hizo su mamá hacia un vecino a quien le dicen «W.»» (W. J. T., 19 años), «porque me hacía cosas a mí y a su hermano F. (11 años)” [...] nos hacía hacer cosas de adultos [...]. [D]escribe situaciones de sexo oral, tocamientos contacto de genitales y año, doloroso, en las cuales W. participaba de forma activa abusando de amos niños o los obliga a hacerlo entre ellos mientras él miraba. Agrega que además los forzaba a realizar lo mismo a sus sobrinos T.C. e I.T.C. [...]. [R]efiere que los abusos comenzaron cuando él era chico [...] con respecto a T.C. e I.T.C., relata que en una oportunidad observó que W. se encerraba en el baño con ambos niños [...]. [Asimismo], que «W. los amenazaba con golpearlos para que no contaran nada y los obligaba a hacer “eso”, en los cerros donde él, su hermano y sus sobrinos se iba a tomar el té y a jugar por las tardes [...]. [C]abe mencionar que A. expresa tener miedo de lo que pueda hacer «W.» ya que vive al lado de su casa [...] la madre expresa que cuando habla con A.M.B.A, luego de insistir, el niño se angustia, llora y le cuenta que a él le obligaron a realizar esas conductas con sus sobrinos. Que «W.», vecino de 19 años, los amenazaba a él y a su amigo F. con cortarles el cuello o “reventar la casa” sino “lo hacían”. Desde el punto de vista de los entrevistadores se destacó la existencia de “indicadores de ASI» (ver pág. 6 de la sentencia).

Asimismo, el juzgador argumentó que a medida que avanzó el

proceso de intervención del equipo del PPMI, A.M.B.A. pudo declarar en Cámara Gesell en fecha 3 de marzo de 2021, ocasión en que sindicó categóricamente el acusado y dijo: «Me hacía bajar los pantalones y me ponía el pene en la cola. Me hacía que le chupara el pene. Fue varias veces. Las otras veces en el cerro, cuando íbamos a tomar té nos hacía hacer eso con el F.T. Que nos chupáramos el pene. Que él me pusiera el pene en la cola y yo a él, al F.T». El sentenciante afirmó que el niño manifestó que estos actos ocurrieron hasta los diez y once años y que le contó a su madre en oportunidad que P. T. descubrió

causalmente a los niños I.T.C. y T.C., que le dijo a su madre que «W.» los obligaba, les metía el pene en la cola y le hacía doler, que también lo hacía con F.T. y que T.C. e I.T.C. estaban presentes y los hacía mirar y participar. Agregó que el niño manifestó: «W. nos hacía que los chicos nos vieran a nosotros y después lo hicieran entre ellos. [T]ambién nos hacía chupar el pene yo al T.C. y él a mí, o el T.C. a F.C. [T]ambién [m]e decía que algo me iba a romper los vidrios de mi casa, me iba a matar. Me lo decía casi siempre» (ver págs. 7 y 8 de la sentencia; ver registro audiovisual de fecha 3 de marzo de 2021, a partir de minuto 05:07 y declaración del Lic. I. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, a partir de hora 01:12:00).

Ello así, en la sentencia se valoró en forma individual e integrada las pruebas incorporadas al debate relativas al proceso de intervención de las/los profesionales que intervinieron con el niño A.M.B.A. y que demostraron el silencio y retraimiento que presentó al comienzo hasta que pudo develar en Cámara Gesell los hechos de abusos sexuales que el acusado realizaba sobre su cuerpo, las amenazas y cómo le obligaba que lo hiciera con los otros niños –ver por ejemplo, informe del EdeAAS de fecha 29 de junio de 2020–. Es decir, la credibilidad del relato del niño fue validada con indicadores de abuso sexual infantil específicos e inespecíficos que surgieron de las pruebas analizadas y valoradas en la sentencia, las que son interpretadas en forma segmentada por la defensa a fin de restarle credibilidad a su relato.

En efecto, en cuanto a la valoración de pruebas en que niños son víctimas de abusos sexuales en contextos familiares, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en los casos «**Oliva**», «**Gómez Ayala**», «**Ficara**», «**Paz Parra**», «**Luna**» –entre otros– destacó las condiciones de vulnerabilidades en que se encuentran niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales en contextos familiares y el deber de adecuar las reglas de valoración jurisdiccional de los relatos de las víctimas de acuerdo a las circunstancias. Ello, por la vinculación afectiva y vínculo de confianza con el denunciado que existe en muchos casos, la frecuente falta de testigos presenciales y la dificultad probatoria, las relaciones desiguales de poder por la asimetría etaria, los roles y capacidad de manipulación del autor a través de violencia física, amenazas, abuso de confianza, la imposición de mantener en secreto los abusos sexuales, entre otras circunstancias (ver, al respecto, «Echenique»).

De tal manera que el relato de A.M.B.A. brindado en Cámara Gesell en fecha 3 de marzo de 2021, cuando manifestó que T. lo abusaba sexualmente en los cerros junto a los niños F.T., I.T.C. y T.C., fue ponderado y validado en la sentencia con las pruebas referidas y estándares probatorios mencionados en la jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia.

Ahora bien, con relación con el cuestionamiento defensivo del rechazo de la petición de la declaración de la Lic. M. en la audiencia de debate, cabe señalar que dicha prueba fue ofrecida por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular quienes desistieron de su testimonio. Así pues, la representante del Ministerio Público Fiscal expuso que la Lic. M. presentó su informe durante la instrucción preparatoria y la testimonial del Lic. I. era suficiente, mientras que la defensa se opuso al desistimiento fiscal y del querellante particular por considerarla esencial.

Por su parte, la defensa cuestiona también el rechazo del careo entre los testigos S. A. y N. C., por entender que existía contradicción entre sus declaraciones en cuanto a las veces que el niño A.M.B.A. intentó suicidarse y la época en que el niño dormía con la madre.

En la audiencia, la representante del Ministerio Público Fiscal expuso que no se trataba de circunstancias a probar en el debate, ya que no se investigaba si A.M.B.A. intentó suicidarse una o dos veces sino hechos

de abusos sexuales, y que no era relevante si el niño dormía con su madre antes o después de la denuncia porque las profesionales del PPMI dieron explicaciones al respecto durante el debate.

El querellante particular adhirió a las argumentaciones de la Fiscalía y solicitó el rechazo de la petición del careo (ver registro audiovisual de fecha 26 de octubre de 2022, a partir del minuto 09:23).

Al respecto, el juez de la instancia anterior argumentó que el ofrecimiento de prueba de la declaración de la Lic. J. M. fue realizado por la Fiscalía y el querellante particular y que la defensa no estaba incluida en dicho ofrecimiento, por tanto, enmarcándose en el sistema adversarial la petición defensiva de la producción de dicha prueba la tuvo por desistida, ya que se ofreció para acreditar la teoría del caso de la parte que la ofreció y no aplicaba el principio de comunidad ni de aprovechamiento de la prueba de la parte contraria. Además, agregó el sentenciante que la defensa disponía del informe elaborado por la Lic. M. que fue incorporado como prueba instrumental en la audiencia (ver registro audiovisual de fecha 26 de octubre de 2022, a partir del minuto 01:30).

A ello, el juez agregó que tanto la declaración de la Lic. M. como el careo entre las testigos mencionadas solicitado por la defensa debían rechazarse conforme lo dispuesto por el art. 403 del CPP. En relación a la declaración de la Lic. M., expresó que no surgió del debate como una novedad ni era manifiestamente útil o provechosa en orden a los extremos de la imputación delictiva que pudiera cambiar sustancialmente el curso del debate en un sentido u otro, en tanto las conclusiones del informe del EdeAAS fueron elaboradas por la Lic. M. y el Lic. I..

En cuanto al careo de las testigos S. A. y N. C., señaló que no había una contradicción entre las testigos que fuera dirimente ni relevante en orden a determinar si existió o no abuso sexual, sino que se trataba de vivencias de las testigos que surgían de su cotidianeidad que podían o no coincidir exactamente en sus percepciones, y sus dichos debían interpretarse y valorarse en cada caso (ver registro audiovisual de fecha 26 de octubre de 2022, a partir del minuto 15:20).

En tal sentido, sostuve en el **caso «Urrutia Mora»**, que según lo establecido por el **art. 403 del CPP**, el **ofrecimiento de nuevas pruebas** durante la sustanciación del juicio oral está sujeto a dos condiciones, a saber: la nueva prueba debe surgir del pedido de parte durante el transcurso del debate, y debe ser novedosa y resultar manifiestamente útil para lograr un mayor grado de convicción respecto de los hechos objeto de conocimiento.

Dado lo anterior, considero que el juez de la instancia previa resolvió el desistimiento de la declaración de la Lic. M. y el rechazo del careo de las testigos A. y N. C. peticionado por la defensa, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 268 y 403 del CPP y jurisprudencia reseñada.

En consecuencia con lo expuesto, los agravios analizados deben desestimarse.

b-Valoración de la prueba.

b.- Vinculado con los agravios expuestos en el punto anterior, la defensa afirma que el sentenciante no valoró adecuadamente la declaración de A.M.B.A. y la respaldó en las declaraciones de S. A. y N. C. a pesar que esta última manifestó que el menor siempre durmió con su madre, sin tener en cuenta que la Lic. C. O. declaró que A.M.B.A. no mencionó que hubiera cometido actos de abuso sexual con otras personas y porque su declaración en Cámara Gesell denotaba ganancialidad.

Unido a lo expuesto en el punto anterior en cuanto a la valoración de la declaración de A.M.B.A. y de S. A., el sentenciante argumentó que la testigo manifestó en la audiencia que después de los hechos

denunciados A.M.B.A. dormía con ella porque tenía miedo en la noche, vivía con miedo, por ese entonces era agresivo en la escuela, no quería que se acercaran otros niños, lo cambió de escuela por ese motivo sin saber lo que pasaba, después comenzó un tratamiento psicológico e igualmente por la noche tenía miedo y se despertaba gritando que tenía miedo que se metiera alguien por la ventana (ver pág. 5 de la sentencia y registro audiovisual de fecha 5 de setiembre de 2022, video I, a partir del minuto 47:09).

Asimismo, el sentenciante valoró la declaración de la Lic. C. N. O. profesional del PPMI del Hospital de Uspallata. En tal sentido expresó que la profesional explicó el proceso de derivación del PPMI del Hospital Notti por existir indicadores de abuso sexual y el de recuperación del niño A.M.B.A. hasta que pudo declarar en Cámara Gesell, e indicadores que detectó el Equipo del PPMI del Hospital de Uspallata, tales como el relato del niño que fue considerado un indicador específico y otros inespecíficos tales como angustia, nerviosismo, inseguridad, ansiedad, pesadillas, temor a las represalias de la familia de T. porque su hermano estaba casado con la hermana de T.. Subrayó que la Lic. O. declaró que «[c]uando él logra hablar empieza a tener miedo de las represalias» (ver pág. 8 de la sentencia y declaración de la Lic. O. en registro audiovisual de fecha 29 de setiembre de 2022, video II, a partir del minuto 02:12).

Por su parte, en la audiencia la Lic. O. aclaró que el proceso de recuperación del niño A.M.B.A. fue bastante difícil porque sentía temor a las represalias de la familia del acusado en relación a lo que él había expuesto a partir de la denuncia y que por eso el abordaje fue muy prolongado. Aclaró la profesional que intervino solo en la primera etapa del proceso de intervención del Equipo del PPMI de U. con el niño, que recordaba que cuando le nombraban a «W.» –el acusado– mostraba resistencia a hablar, se ponía de pie y se quería ir, que en una ocasión manifestó que el acusado hizo una situación abusiva a su cuerpo, que en esta primera etapa del proceso tenía mucha ansiedad que no permitía que profundizaran en las preguntas y que el equipo priorizaba los tiempos del niño.

A preguntas de la defensa, la Lic. O. reiteró que el niño relató que «había ocurrido una situación donde él había sentido que su cuerpo había sido expuesto a una situación abusiva» y aclaró nuevamente que solo estuvo al comienzo del proceso de intervención (ver registro audiovisual de fecha 29 de setiembre de 2022, video II, a partir del minuto 04:08).

Dicho esto, de una valoración completa y no recortada de la declaración de la Lic. O., se advierte que en la sentencia el relato del niño fue debidamente meritado de acuerdo con la etapa del proceso de intervención en que participó la profesional mencionada, destacándose los indicadores detectados en los informes del PPMI del Hospital Notti y Hospital de U. y del EdeAAS.

Así pues, en la sentencia se validó la credibilidad del relato de A.M.B.A., con el informe correspondiente a la intervención del Equipo de PPMI del Hospital de U. de fecha 2 de setiembre de 2022 en el que la licenciada en psicología L. V. y licenciada en trabajo social V. A. G. hicieron referencia a altos montos de ansiedad y retraimiento que al comienzo dificultó un diálogo con el niño.

También señaló el juzgador que en dicho informe, si bien se pudo describir aspectos de su vida cotidiana, del grupo familiar y actividades recreativas, se consignó: «al momento de abordar el motivo de intervención, se observan significativos montos de ansiedad en su conducta no verbal, además de verbalizaciones tales como “pasó algo que me da mucha vergüenza” “no quiero hablar de eso, me dan muchos nervios” (sic) [...]. Con el transcurso del proceso lograr describir que su vecino, a quien llama “W.” habría realizado una conducta sobre su cuerpo, lo cual vivenció como una experiencia desagradable. Esto habría sucedido en varias oportunidades, sin poder especificar descripciones de tiempo. Se aprecian signos

de inhibición y repliegue sobre sí mismo que condicionan la posibilidad de profundizar el relato de los hechos. [...] Durante el proceso se pudo visualizar que luego del retorno al hogar o familia habría sufrido serias repercusiones vinculadas a la denuncia [...] Del proceso de evaluación concretado surge la presencia de indicadores psicológicos altamente específicos (relato) e indicadores específicos asociados a experiencias traumáticas de transgresión a su integridad sexual, tales como temores inexplicables, trastornos del sueño, aislamiento, conflictos con figuras de autoridad, síntomas de tipo depresivo [...] A nivel de su sintomatología psíquica se pudieron identificar períodos de agudización y remisión de acuerdo con la posibilidad de contar con condiciones de seguridad y espacio terapéutico. Se identificó presencia de alteraciones del sueño, ideación autolesiva, marcados signos de ansiedad e inhibiciones, angustia, déficit atencional, temores, bloqueos, abulia, contando con evolución favorable durante el último período de acompañamiento» (ver pág. 9 de la sentencia; informe de fecha 2 de setiembre de 2022 y declaración de la Lic. G. en registro audiovisual de fecha 29 de setiembre de 2022, a partir del minuto 39:05).

Dado lo anterior, el sentenciante afirmó que en la audiencia de

debate la Lic. L. V. declaró que A.M.B.A. concurría desde noviembre del año 2019 derivado del PPMI del Hospital Notti por detección de indicadores compatibles con abuso sexual. Expuso el juzgador que la profesional declaró que «había indicadores de ASI» porque presentaba sintomatología, al comienzo no quería ingresar al consultorio, tenía altos montos de ansiedad, y al acercarse al motivo de intervención se mantenía en silencio con vergüenza, malestar, signos de inhibición y repliegue.

Dijo que «W.» habría realizado actos sobre su cuerpo que no le gustaron. Detectaron síntomas depresivos, observaron que su relato era espontáneo y que en el segundo informe mencionaron indicadores altamente específicos (ver pág. 10 de la sentencia, informe de fecha 14 de setiembre de 2020 y declaración de la Lic. V. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 28:08).

Cabe señalar también, que la Lic. V. explicó en la audiencia al ser

preguntada por la Fiscalía acerca del informe realizado a A.M.B.A., que el primer relato del niño era un indicador específico de develamiento de abuso sexual, e hizo referencia también a actitudes de irritabilidad, adversidad hacia objetos del hogar en forma repentina, no podía entablar actividades lúdicas, presentaba abulia para sociabilizar con pares, tristeza marcada, ideación autolesiva –le habría manifestado a su madre que si volvía a encontrarse con el acusado se quitaría la vida– y manifestó que a la época de la audiencia el niño presentaba ansiedad (ver registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir de minuto 33:44).

Con todo lo argumentado, el juez de la instancia previa ponderó la

falta de evidencia física según informe médico del CMF de fecha 6 de octubre de 2019, y en tal sentido expuso que al ser las prácticas de sexo oral y penetraciones entre niños de corta edad no dejan lesiones, que pudo haber sido coito incompleto o entre glúteos sin penetración, con la aclaración que fueron claras las referencias al sexo oral que no dejó lesiones corporales (ver pág. 10 de la sentencia).

Adviértase que en el informe médico citado del CMF se consignó:

que A.M.B.A. «refiere penetración anal»; la madre de I.T.C. –N. C.– «refiere que el niño relata que su tío y otro niño le tocan la cola y lo penetran»; y que el niño

T.E.C. «se niega a realizar examen físico» y «la madre [P. T.] refiere que ve a su hijo y a un primo con ropa interior baja y tocándose los genitales y la cola».

Esto así, de las argumentaciones mencionadas y pruebas analizadas en la sentencia, por un lado, se acreditó la credibilidad del relato de A.M.B.A. en Cámara Gesell con apoyo en indicadores específicos e inespecíficos que profesionales de equipos interdisciplinarios del PPMI y EdeAAS detectaron en forma coincidente y descartaron ganancialidad en su relato. Por otro lado, se meritaban aspectos relevantes y coincidentes de las declaraciones de las testigos S. A. y N. C. en cuanto al momento del develamiento de los hechos de abuso, que descartaron ganancialidad en la declaración de A.M.B.A. por conflictos entre las familias A.-C. y T. ligado al miedo que el niño sentía por posibles represalias, el que se intensificó después de la denuncia.

De modo entonces que los agravios analizados en este punto también deben desestimarse.

c- Nulidad

c.- Ahora bien, la parte recurrente cuestiona la sentencia por **nulidad absoluta** al entenderse que la acusación fiscal no precisó circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos contra I.T.C., T.C. y F.J.T; no se valoró la declaración de F.J.T ni de I.T.C. en Cámara Gesell en cuanto no ubican a T. en hechos de abusos sexuales; que I.T.C. solo mencionó que T. lo amenazaba con cortar la cabeza e identificó a A.M.B.A, F.J.T. y a T.C. como quienes realizaron actos sexuales.

En cuanto a los niños I.T.C., F.T. y T.C. el juzgador tuvo por acreditado los hechos por los que fue acusado T., con fundamento en la declaración de A.M.B.A. y elementos de prueba que surgen de las pruebas incorporadas al debate, tales como los informes del PPMI de U. y del Hospital Notti, del EdeAAS y del CMF y declaraciones de profesionales intervinientes y progenitoras/es de los niños.

Así, en el caso de I.T.C. el juez de la instancia anterior también valoró: i) la intervención interdisciplinaria del PPMI del Hospital Notti de fecha 8 de octubre de 2019, que informó acerca del momento y la forma que se produjo el develamiento de los hechos de abusos en los niños; ii) la declaración de N. C. cuando manifestó que «*el niño había tenido cambios drásticos de comportamiento, no quería bañarse, ni sacarse la ropa y lloraba por todo*»; iii) la declaración del niño en Cámara Gesell de febrero de 2020 cuando dijo que «W.» le iba a cortar la cabeza con la motosierra que era enorme, que se bajaba los pantalones y le metía el pene a T.C., A.M.B.A. y F.T. y los niños entre ellos se chupaban el pene en los cerros; iv) el informe del EdeAAS de fecha 14 de setiembre de 2020 en el que se estableció como indicador específico de abuso sexual el relato de I.T.C. e indicadores inespecíficos que modificaron su estado de ánimo, falta de apetito, conductas de inhibición, retraimiento y agresividad, angustia, pesadillas, terrores nocturnos, despertar angustioso por la vivencia de carácter sexual a su corta edad que constituyó una experiencia psicotraumática; v) la declaración del Lic. I. en cuanto manifestó en la audiencia que el relato fue espontáneo y que expresó que «[A.M.B.A.], mi tío [T.] y T. hacían cosas raras, me lo hicieron muchas veces». A ello, el profesional agregó que[...] *él habla de amenazas, dice tener temor, le decía que lo iban a matar, a cortar la cabeza [...] mencionó también un acceso carnal, dijo que le habían metido el pito*; vi) el informe del PPMI de U. de fecha 14 de setiembre de 2020 del que surge que el niño sindicó a T. y que indujo a los otros niños a tener experiencias de índole sexual y que se detectaron indicadores compatibles con abusos sexuales (ver pág. 11 de la sentencia e informes del EdeAAS de fecha 14 de setiembre de 2020 y del PPMI del Hospital de U. de fecha 14 de setiembre de 2020; declaración de la Lic. Valenzuela en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 40:35).

Junto a ello, el juzgador meritó la declaración del progenitor de I.T.C. –O. S.– quien expuso en forma coincidente con N. C. –su ex pareja– que tomó conocimiento de los hechos por medio de ésta, quien para no preocuparlo porque estaba de servicio en el ejército al principio le dijo que había maltrato y que A.M.B.A. estaba amenazado. Señaló el sentenciante que el testigo manifestó: «*mi hijo estaba agresivo,*

cerrado, actitudes que nunca le había visto, entraba en pánico, se volvía agresivo y no sabía cómo hacer. Yo le he preguntado y no me cuenta. Se asustaba, incluso practicaba cosas de adulto, y no sabía yo de donde lo sacaba, él ha visto cosas, no sé de dónde la sacaba, él se tocaba sus partes, eso lo ha visto en algún lado. Eso lo ha sacado de [...] A.M.B.A., pero a su vez éste estaba muy desanimado, no salía, no tenía amistades, asustado, se ha querido ahorcar, situaciones muy feas, esto le cambió la vida [...] La madre de A.M.B.A. me dijo que se le burlaban, los T., le decían culo roto, se sentía humillado, y se ha querido ahorcar. No me dio detalles del ahorcamiento» (ver pág. 12 de la sentencia y declaración de O. S. en registro audiovisual de fecha 29 de setiembre de 2022, a partir del minuto 50:23).

Con respecto a los niños T.C. y F.T. el juzgador indicó que la credibilidad de sus relatos estuvo influenciada por presiones de los vínculos familiares.

Al respecto, el sentenciante explicó que T.C. se negó a realizar el examen físico según surgió del informe del CMF citado en el punto anterior; que del informe del PPMI de fecha 14 de septiembre de 2020, elaborado por las licenciadas C. O. y L. V., se consignó que en la entrevista con la progenitora del niño – P T.– se detectó escaso nivel de alarma porque no respetó la medida de prohibición de acercamiento, ya que durante la detención de T. habría facilitado el contacto del niño con el acusado –según relató T.C.–, focalizó la responsabilidad de los hechos en el niño A.M.B.A. a partir de su versión que habría incitado a los otros niños a masturbarse por medio de videos pornográficos.

Por su parte, se observó cierto condicionamiento sobre su hijo T.C. al no facilitar que permaneciera solo en el consultorio con el equipo del PPMI lo que obstaculizó el abordaje, y que si bien después el niño fue con su padre no habló sobre los hechos, se apreció *«tendencia a la inhibición y actitudes evitativas al dialogarse sobre la temática»*.

Ligado a ello, el juzgador valoró la evaluación de fecha 10 de febrero de 2021 en la que se estableció que el niño no estaba en condiciones de participar de una declaración bajo modalidad de Cámara Gesell.

También ponderó la declaración del Lic. I. quien entre otras explicaciones, expuso que en la entrevista preliminar cuando al niño le mencionan a «W.» –el acusado– pidió de inmediato que llamen a su mamá, es decir, se mostró reticente a hablar del tema, con mucha inhibición y vergüenza. Asimismo, la declaración de la Lic. V. del PPMI de U. que declaró en coincidencia con el Lic. I. en referencia al condicionamiento de la madre del niño por no estar de acuerdo con la denuncia a modo de tutelar a su hermano (ver pág. 12 y 13 de la sentencia; informe del médico del CMF de fecha 6 de octubre de 2019; declaración de la Lic. V. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 43:38; entrevista preliminar del EdeAAS de fecha 10 de febrero de 2021 y declaración del Lic. I. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video I, a partir de minuto 37:50).

Con relación al niño F.T., el juez de la instancia anterior argumentó que la resistencia familiar fue aún mayor para proteger al acusado, ya que en las entrevistas desarrolladas por el PPMI del Hospital de U. en fecha 14 de septiembre de 2020. El progenitor del menor y del acusado –R. D. T. P.– en la entrevista se focalizó en las consecuencias del proceso penal para su hijo Jesús W. T. –«W.»– y en la versión que la denuncia fue una actitud de venganza de la progenitora de A.M.B.A. y un conflicto de larga data entre las familias, sin empatizar con la situación emocional de F.T. ni registrar alteraciones a nivel conductual en el niño.

También consideró el juzgador las declaraciones del Lic. I. quien expresó que la actitud del niño fue siempre de negación y atribuía la denuncia a venganza; y en la declaración de la Lic. V. quien subrayó la

actitud de resistencia del niño a participar con las entrevistas con el equipo, incluso en temáticas diferentes, desmentía la ocurrencia de los hechos, presentó molestia por la detención de su hermano, un relato estructurado y rígido con remisión constante a la negación de la denuncia o desmentirla, rechazo a partes de su cuerpo, percepciones distorsionadas de su cuerpo, y siempre lo acompañaba su padre que desmentía la denuncia (ver págs. 14 y 15 de la sentencia; informe del PPMI U. de fecha 14 de setiembre de 2020, declaración de la Lic. Valenzuela en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 47:15 y declaración del Lic. I. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video I, a partir del minuto 44:48).

Sobre el particular, cabe señalar que la Lic. V. al ser preguntada por la Fiscalía declaró que el progenitor de F.T. –y del acusado– siempre tuvo una actitud bastante querulante hacia la madre de A.M.B.A. e hizo referencia a conductas de venganza según el resultado del proceso penal. La profesional manifestó: *«él manifestaba que iba a esperar cómo iba a ser el desenlace del proceso penal pensando que iba a ser favorable a la inocencia de su hijo [J. T.], y que en el caso de no ser así, la justicia no le diera la razón, iba a ser justicia por mano propia»*.

Agregó que llevaba al niño a visitar a su hermano sin respetar la medida de prohibición de acercamiento a pesar de la intervención del equipo del PPMI, y que la madre del niño tampoco cumplió con la medida judicial (ver registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 50:35). A lo dicho repárese que en el informe del EdeAAS de fecha 19 de junio de 2020 se consignó que el relato del F.T. no era espontáneo y que no se descartaron indicadores de influencia de factores externos.

A lo expuesto en los puntos anteriores sobre valoración de las pruebas y relato en niños víctimas de abusos sexuales en el ámbito familiar, agrego que en anteriores precedentes afirmé que *«al hablar del relato de víctimas de abuso sexual, también hay que analizar el «silencio» para comprender la capacidad discursiva de la víctima y el momento de su develamiento, y que entre los factores más comunes que influyen se menciona el horror, el temor, la vergüenza y el riesgo por el estado de vulnerabilidad, entre otros (Ulf Christian Eiras Nordenstahl. ¿Dónde está la víctima?: Apuntes sobre Victimología. 2008. p. 81. Buenos Aires: Librería Histórica)*.

Pues, los abusos sexuales perpetrados en contextos familiares tienden a mantenerse en secreto, de ahí que pueda salir a la luz de una forma accidental cuando la víctima *puede* revelar lo sucedido», (ver, al respecto, *«Olmedo Arrieta»*, *«Yerkin»*, entre otros).

También expuse en el caso «Brizuela», que *«investigaciones y estudios sobre retractaciones de NNA demuestran que son más vulnerables a ser influenciados/as, y tienen más probabilidades de retractarse por una figura parental quienes carecen de apoyo de la persona cuidadora no ofensora (Malloy, Lyon y Quas, 2007), por lo que es necesario indagar acerca de factores, motivaciones, consecuencias y técnicas utilizadas en casos de retractaciones de NNA.[...] La retractación se presenta en forma positiva cuando la víctima modifica su relato y aportan información sobre al abuso sexual, y en forma negativa cuando lo niegan después del develamiento. De ahí la relevancia de la indagación de variables acerca del tipo de vinculación y presiones familiares, indicadores inespecíficos y específicos de abuso sexual, dependencia económica de la víctima y de persona cuidadora con respecto del agresor, redes de contención internas y externas, amenazas por parte del agresor y otros familiares, ofrecimiento de compensación material o económica a cambio de la retractación, edad de la víctima, actitud de incredulidad por parte de la progenitora, sentimientos de ambivalencia, privación de la libertad del agresor, revictimización*

secundaria, tiempo transcurrido entre la denuncia y la retractación, entre otros, (cfr. ob. cit., p. 7/8; Pipino, A.V. La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual. Revista de Psicología Jurídica y Forense. Recuperado de <https://psicologiajuridica.org/archives/2770>)».

Asimismo, sostuve que «el deber de debida diligencia reforzada y el derecho de acceso a la justicia a la niñez y adolescencia víctima de violencia sexual en procesos penales, no se cumple solo con la admisión de la denuncia, sino que implica también la participación activa, el derecho a ser oída/o «[...] con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez» (Corte IDH «Caso V.R.P., V.P.V. y otros vs. Nicaragua», párr. 161).

Esto, porque la violencia sexual en niñas, niños y adolescentes, «[...] es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas» (párr. 163; cfr. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311 y **Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil**, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 255)», (ver, al respecto, Brizuela).

Sentado cuanto antecede, en la sentencia se analizaron los relatos de cada niño de conformidad con las pruebas referidas y según la sana crítica racional y estándares en materia probatoria de niños víctimas de abusos sexuales. Así pues, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos contra I.T.C., se probaron con el relato de A.M.B.A., los informes del PPMI U. y del EdeAAS, y testimoniales de N. C., O. S. y profesionales que intervinieron en los equipos interdisciplinarios mencionados.

Asimismo, se acreditaron con argumentos suficientes y claros los hechos contra T.C. y F.T. en las circunstancias contenidas en la acusación, apoyados en la valoración del relato de A.M.B.A. y de I.T.C., Cámara Gesell de F.T., informes y testimonios de profesionales antes referidos que explicaron los condicionamientos y presiones familiares que influyeron en la desmentida y silencio de los niños F.T. y T.C. al ser entrevistados por equipos interdisciplinarios del PPMI U. y del EdeAAS, de testigos aportados por la defensa e informe psíquico realizado a T. por el CMF (ver págs. 12 a 18 de la sentencia).

Por lo tanto, los cuestionamientos analizados deben desestimarse.

d- Hechos de corrupción

d.- Por último, la defensa critica la sentencia por errónea y segmentada valoración de los hechos de corrupción atribuidos al acusado sobre F.J.T., I.T.C. y T.C. al fundarse sólo en indicios y reconocer que no había prueba suficiente, en que debió haberse asignado un psicólogo particular para cada menor, y que F.J.T. y T.C. no mencionaron a T. como abusador sexual ni en hechos de corrupción, por lo que solicita la absolución del acusado por los delitos de corrupción contra I.T.C., T.C. y F.J.T.

En consideración a las argumentaciones de la sentencia referidas en los puntos anteriores y las pruebas que las sustentaron, debe referirse que el juzgador expuso con claridad las razones por las que los niños T.C. y F.J.T. no señalaron a T. como autor de los actos de corrupción.

En tal sentido, descartó la hipótesis defensiva centrada en una denuncia por venganza por parte de S. A. por los argumentos referidos en el punto a en cuanto al momento de la develación de los actos abusivos, y subrayó como condicionante focal la presión ejercida en los niños por sus familias para proteger al acusado de acuerdo a lo informado por las profesionales que entrevistaron a los niños y progenitores/as

pertenecientes al PPMI del Hospital Notti y del Hospital de U. y las declaraciones de las licenciadas M. I. C., N. A., L. V., V. A. G., C. O. e informes del EdeAAS y declaración del Lic. F. I..

De tal manera que el cuestionamiento defensivo en cuanto los niños debieron ser entrevistados por diferentes profesionales en el EdeAAS carece de relevancia, en razón que también fueron entrevistados por profesionales del PPMI del Hospital Notti y del Hospital U..

Dicho de otro modo, los niños no sólo fueron entrevistados por diferentes profesionales, sino también por diversos equipos interdisciplinarios especializados en materia de abuso sexual, cuyos informes se incorporaron al debate y no fueron impugnados durante el proceso penal.

Aún más, el juzgador al analizar la teoría del caso de la defensa, también meritó las testimoniales de descargo dirigidas a demostrar que J. W. T. no podría haber estado en los cerros porque su bicicleta no era de todo terreno apta para cerros sino de ruta y porque concurría a la escuela y trabajaba.

En tal sentido, en la sentencia se ponderó las declaraciones de M. Á. T., R. C. C., O. C., R. J. E. C., M. Á. y G. L. M..

Seguidamente, del proceso valorativo de las pruebas testimoniales mencionadas, el juez de la instancia anterior arribó a la convicción, por una parte, que los y las testigos referidos no tenían conocimiento de los hechos denunciados y que sus declaraciones sobre trabajos y estudios que realizaba T. no requerían demasiado tiempo de ejecución y no eran muy regulares.

Por otra parte, en cuanto al tipo de bicicleta argumentó que T. pudo haber tenido más de una o haber ido a los cerros un tramo en bicicleta y el resto a pie, y consideró que no aportaron elementos de descargo a los ilícitos por los que fue acusado (ver págs. 15 y 16 de la sentencia; ver declaración de T. en registro audiovisual de fecha 15 de setiembre de 2022, video I, a partir del minuto 03:50; declaraciones de M. Á. en registro audiovisual de fecha 29 de setiembre de 2022, video I, a partir del minuto 03:08 y de G. M. en registro citado, a partir del minuto 22:10; declaración de R. C. C. en registro audiovisual de fecha 6 de octubre de 2022, video II, a partir del minuto 06:47).

Finalmente, en la sentencia también se meritó el argumento defensivo según el informe psíquico realizado a T. por el CMF en fecha 22 de noviembre de 2019, y las declaraciones de las profesionales que realizaron la evaluación, Dra. C. G. y Lic. G. L., en cuanto consignaron que no presentaba una patología o un perfil parafilico.

En la sentencia se destacó que la Dra. G. declaró que en el informe citado desde lo psicopatológico no presentaba indicadores relacionado con un trastorno en la esfera sexual de tipo parafilico y otros según el DSM, podía presentar conductas desajustadas para su edad, introversión y dependencia emocional con probabilidad de conductas desadaptativas en todas las esferas incluida la sexual.

Se agregó que la Lic. L. refirió que T. presentaba descontroles impulsivos y tendencia a satisfacer necesidades inmediatas, con baja autoestima e irritabilidad. Concluyó el juzgador que *«la ausencia de un perfil con características de pedofilia como elemento de descargo obedece más a un estereotipo que a un dato con relevancia probatoria»* (ver pág. 17 de la sentencia; informe psíquico del CMF de fechas 22 de noviembre de 2019 y declaración de la Lic. Lara en registro audiovisual de fecha 15 de setiembre de 2022, video II, a partir del minuto 05:02).

Sobre el particular, en el caso **«Yerkin»** sostuve que en el proceso valorativo de pruebas relativas al juzgamiento de hechos de abusos sexuales contra niños, niñas y adolescentes en ámbitos familiares, la

ausencia del trastorno de la pedofilia del acusado en informes o pericias realizadas no es por sí misma determinante para descartar la conducta abusiva.

«Pues, existe una amplia discusión en relación con establecer un perfil del abusador sexual, por lo que a partir de modelos teóricos unifactoriales, multifactoriales y de una interacción entre distintos factores, se hace referencia a características y factores asociados sin caer en generalizaciones, y se afirma que «[l]os abusadores sexuales son heterogéneos en las características de personalidad y psicopatología. Pueden o no tener trastorno de personalidad» (González, E. y otras. **Características de los abusadores sexuales. Revista Sogia. 2004, 11(1), 6-14. Chile**).

En igual sentido, investigaciones criminológicas empíricas de varones condenados por delitos sexuales indican que no se pretende realizar clasificaciones de tipologías de violadores sino una categorización de situaciones donde un eventual autor se encuentra con una víctima potencial. Se ejemplifica con una investigación española sobre sujetos condenados en prisión por violación, el 70 % negaron los delitos, *la mayoría no presentaban clínicamente patologías*, tenían pocos antecedentes penales y presentaban más participación laboral que otros condenados (Redondo Illescas, S. y Garrido Genovés, V. **Principios de Criminología. 4ta.ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 714**)».

Además, como expuse en el fallo mencionado, *«la exigencia de la presencia del trastorno de pedofilia como presupuesto para la existencia de un abuso sexual de una niña [o niño] cometido por su progenitor [o en contexto familiar], se encamina a la aplicación de un derecho penal de autor violatorio de las garantías del acusado establecidas en el art. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional»*.

De tal manera, que la valoración realizada en la sentencia del informe psíquico realizado a T., se efectuó dentro de la sana crítica racional y jurisprudencia mencionada, es decir, que las características de personalidad informadas por las profesionales del CMF fueron meritadas junto al resto de los elementos probatorios antes analizados y con respeto de sus garantías constitucionales.

Sentado cuanto antecede, corresponde la desestimación de los agravios analizados.

e.- Conclusión

De conformidad con la revisión realizada de los cuestionamientos defensivos, de las pruebas y fundamentos de la sentencia en crisis analizados, como adelanté al comienzo, advierto que se sustentó en argumentos claros y suficientes apoyados en pruebas incorporadas al debate valoradas dentro de la sana crítica racional y estándares en materia de niños y niñas víctimas de abusos sexuales, que acreditaron con certeza la autoría de T. en los delitos por los que fue acusado en perjuicio de los niños A.M.B.A., I.T.C., T.C. y F. T., respectivamente.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

En relación con la valoración de las declaraciones producidas en Cámara Gesell y de las pericias aportadas en el juicio, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en los precedentes **«Metral Osorio»** y **«Lima Viñolo»** en lo pertinente.

En función de lo expuesto, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. W. V. T. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO. DR. MARIO D. ADARO. *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-*

52- CURBELO. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VS	EG	-	-	PCE IE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcCLE.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo, en función con el 4° párrafo, inc. b; art. 119, 1° párrafo, art 55 del CP.

Vox: Abuso sexual gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Abuso sexual simple. Número indeterminado de hechos, en concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** por ser considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, en concurso real (arts. 119, segundo párrafo, en función con el cuarto párrafo, inc. b; art. 119 primer párrafo, art 55, todos del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2486, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados*a-SCJM*

- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- De Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-07164419-1/1((018601-776863)) F C/ CURBELO LAZZARO, EMILIANO EXEQUIEL P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN CR CON ABUSO SEXUAL SIMPLE (776863) (776863/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106329876*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 07164419-1, caratulada "F. C/ C. L. S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de E. E. C. L. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2486 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de diez años de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y abuso sexual simple en un número indeterminado de hechos, en concurso real (arts. 119, segundo párrafo, en función con el cuarto párrafo, inc. b; art. 119 primer párrafo, art 55, todos del CP) en la causa n° P-776.863/19.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]n fecha y lugares no precisados a este punto de la investigación, pero en un período comprendido entre fines del año 2013 y comienzos del año 2014, E. C. L., quien se encontraba encargado de llevar en automóvil a la menor [G.O.], de 9 años de edad en ese entonces, desde el polideportivo de Luján de Cuyo, Mendoza, hasta su casa de calle México ..., de Carrodilla, Luján de Cuyo, aprovechó dicha circunstancia y en al menos cuatro ocasiones se detuvo en el trayecto y luego de desvestir a la menor, le realizó tocamientos en pechos, vagina y glúteos, y le practicó sexo oral a la misma. Asimismo, en fecha no precisada, pero en un período comprendido entre fines del año 2013 y comienzos del año 2014, en el domicilio de calle México ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, E. C. L., realizó tocamientos en pechos, vagina y glúteos de la menor [G.O.], de 9 años de edad en ese entonces, y le practicó sexo oral a la misma. Finalmente, en fecha no precisada, pero en un período comprendido entre fines del año 2013 y comienzos del año 2014, en el domicilio de calle México ..., Carrodilla, Luján de Cuyo, en una oportunidad en una habitación y en tres ocasiones en la cocina del lugar, E. C. L., realizó tocamientos en pechos y vagina de la menor [G.O.], de 9 años de edad en ese entonces». Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: la declaración de la niña en Cámara Gesell, los exámenes realizados a la víctima y al acusado y los testimonios ofrecidos por las partes, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación

La defensa de E. C. interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales y procedimentales que ameritan su nulidad. En

concreto, solicita se declare una serie nulidades procesales.

En primer lugar, ataca la validez del examen psiquiátrico efectuada por el Cuerpo Médico Forense a su defendido y de todos los actos procesales que sean su consecuencia, en razón de que al perito de control no se le permitió participar de la realización de la medida. Continúa el letrado defensor y plantea la nulidad de todo el proceso llevado a cabo ante el EDeAAS, toda vez que se trata de un organismo que depende del Ministerio Público Fiscal y, por ende, carece de la imparcialidad necesaria para asegurar el derecho de defensa en juicio.

En particular, ataca la declaración de la víctima en Cámara Gesell, así como el examen practicado con posterioridad a la realización de esta medida, en tanto no se habría citado debidamente al perito de control para que participara de la entrevista.

La defensa también solicita se declare la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, por cuanto carece de una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho. Acto seguido, reedita su toma de postura en relación con el valor que corresponde ser dado a la prueba de cargo y de descargo, a la vez que critica como nula la fundamentación de la sentencia, en función de la cual se consideran probados los hechos y la autoría del acusado. El recurrente señala en especial, el valor dado por el tribunal de juicio al testimonio de la víctima.

En el nivel de la calificación legal, advierte que no se ha acreditado que el acusado estuviera al cuidado o educación de la víctima, por ende, no correspondería la aplicación de la circunstancia agravante relativa a su carácter de cuidador. Subsidiariamente, la defensa critica la actividad del juez al momento de individualizar la pena, pues no se habría cumplido con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 CP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación incoado. Esto, por cuanto considera que se trata de una reedición de cuestiones zanjadas en el devenir del proceso y que las mismas han sido correctamente despejadas en la sentencia.

En esta línea, ratifica la validez del procedimiento mediante el cual se llevaron a cabo las medidas criticadas por la defensa –en particular la pericia psiquiátrica y la declaración de la niña en Cámara Gesell–. Igualmente rechaza la nulidad del requerimiento de elevación a juicio.

Finalmente, valida la actividad de valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de juicio, la calificación legal dada a los hechos probados y la individualización de la prueba llevada a cabo por el juez sentenciante. En razón de lo expuesto, considera que corresponde confirmar la sentencia condenatoria cuestionada en esta instancia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. C. considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación y confirmarse la sentencia condenatoria. Paso a explicarlo.

De un atento análisis del recurso de casación incoado surge que la estrategia defensiva se basa, en primer orden, en un ataque general del proceso penal que se ha seguido contra el acusado. Un ataque tan general que casi no ha dejado ningún punto del procedimiento o la sentencia sin criticar.

Esta estrategia padece, como se explicará, una visión errada respecto de la función de las nulidades procesales y cómo estas deben argumentarse.

A su vez, la mayoría de las mismas han sido planteadas en el curso del proceso y rechazadas, deviniendo

en esta instancia reediciones de planteos ya contestados sin desvirtuar los argumentos referidos para el rechazo de la impugnación. A la inversa, de los fundamentos de la sentencia condenatoria surge acreditado el hecho objeto del proceso, la autoría y el encuadre jurídico. No obstante, la determinación de la pena se encuentra infundada y, por ello, corresponde la anulación de la sentencia en este punto. a.- La defensa comienza articulando una serie de nulidades que se centran en la falta de notificación o participación del perito de control o en la parcialidad del organismo que ha practicado la medida.

Así, sus esfuerzos se concentran inicialmente en atacar el examen psiquiátrico practicado a E. C., la Cámara Gesell en la que declaró la víctima y, en términos generales, todo el procedimiento llevado a cabo ante el EDeEAS.

Respecto de la mentada parcialidad de los organismos en los que se han llevado a cabo los exámenes y medidas referidas, cabe decir que, aun cuando se trate de dependencias vinculadas con el Ministerio Público Fiscal, una nulidad procesal y sus efectos drásticos para el proceso penal, amerita que se brinden buenas razones en relación con el perjuicio padecido por el acusado.

Dicho con otras palabras, no basta la mención abstracta de la parcialidad si no se brindan argumentos que la justifiquen en el caso concreto.

Sin embargo, nada de ello se luce en el escrito defensivo. Por lo tanto, este agravio debe ser descartado de plano. Por su parte, en lo que hace al examen psiquiátrico practicado al acusado, tal como explica el Procurador General, fue el mismo letrado defensor quien efectuó una presentación mediante la cual renunciaba expresamente a la intervención del perito de control en la medida –ver, recurso de casación–, por lo que, el agravarse por la exclusión de la opinión del profesional, aparece como contradictorio con su comportamiento precedente. También deben ser descartados los cuestionamientos formales a la declaración brindada por la víctima en Cámara Gesell. En esta línea, coincido con el Procurador General cuando advierte que «insiste el recurrente con la pretensión de la nulidad de la Cámara Gesell, la cual ya había sido interpuesta con anterioridad, y resuelta debidamente, añadiendo en esta oportunidad cuestiones formales, relacionadas con la demora en su presentación o con la no renovación de un contrato, que no implican su desbaratamiento como acto útil, ni acreditan la parcialidad que menciona, toda vez que se llevó a cabo bajo todas las condiciones legales, la defensa controló el acto y las preguntas que se formularon a la joven, se acreditó que eran aclaratorias y no indicativas como aduce el letrado». En función de lo expuesto, considero que este agravio no puede prosperar. b.- Dicho esto, corresponde responder el ataque al requerimiento de elevación a juicio, por ser indeterminado en orden a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se sucedieron los hechos atribuidos. La defensa sostiene que el órgano acusador nunca determinó el hecho con precisión, claridad o especificidad, sino que únicamente se reiteran los términos de la imputación inicial, sin valorar en debida forma la declaración de la víctima en relación con la prueba incorporada. Esta indeterminación del hecho acusado, más allá de que no es debidamente desarrollada por el recurrente –un defecto que, como se dijo, atraviesa todo el recurso– puede ser refutado con base en dos argumentos. El primero, la especificidad propia de los delitos contra la integridad sexual cometidos contra niñas/os y que se extienden en el tiempo; el segundo, la inexistencia de variaciones sorprendidas en relación con el hecho objeto de la acusación, así como el mantenimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las cuales no son vagas o inexistentes. Las características propias de los delitos contra la integridad sexual implican que la investigación de estos delitos, así como su ventilación en el marco del proceso penal, han de considerar su forma de comisión, usualmente en la intimidad y al margen de testigos. Más aún, como en el presente caso, cuando los abusos sexuales se extienden por un periodo de tiempo y se producen en un contexto de guarda de una niña. Así, se explica

que los abusos atribuidos –ejecutados de manera intermitente y reiterada– se hayan concretado en una acusación que comprendió un periodo de tiempo que abarcó desde fines del año 2013 y comienzos del año 2014. Pero esta acusación no solo comprendía una temporalidad concreta de acuerdo con la clase de delito, una víctima niña y una situación de guarda, sino que, además se identifica el lugar –el vehículo en que se trasladaba a la niña desde el polideportivo de Luján de Cuyo hasta su casa de calle Méjico ...– y la modalidad de comisión – véase supra–. En suma, en relación con este planteo, y más allá que en los casos de abuso sexual, cuando las víctimas son niñas y niños, la determinación cronológica de los hechos, así como los matices en relación a las circunstancias de modo y lugar, deben ser menos estrictas (ver, al respecto, «Sayd Carrizo»), lo cierto es que en el caso analizado la acusación se ha mantenido idéntica desde el primer momento del proceso penal, no verificándose ninguna alteración sorpresiva del nomen iuris del hecho, el cual se encuentra debidamente circunstanciado en tiempo, modo y lugar. c.- Descartada cualquier variación en el hecho objeto de la acusación que haya menoscabado el derecho de defensa de E. C., corresponde ahora contestar los agravios defensivos en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de juicio. En este sentido, la defensa realiza, en particular, un ataque al testimonio de la víctima. Sobre el lugar privilegiado del testimonio de la víctima mujer en delitos contra la integridad sexual, esta corte ya se ha explayado en numerosas ocasiones y, aunque es verdad que existen matices en los criterios de cada uno de los integrantes de esta Sala, se coincide en que esta prueba debe tener un lugar central en el razonamiento del juez. Ello significa que debe ser considerada con especial atención por el tribunal de juicio con base en lo traumático de estas experiencias para las víctimas niñas mujeres. La niña G.O. al declarar en Cámara Gesell relató con precisión cómo sucedieron los abusos y fue categórica al sindicar a E. C. como el autor de los mismos. En el mismo sentido declararon sus familiares directos –madre y hermanas–. Al respecto, el juez consideró que «el relato de la menor debe ser calificado como espontáneo, coherente, verosímil, sin contradicciones, con estructura lógica integrada con detalles de contexto y situación descriptiva, todo lo cual se puso de manifiesto cuando G.O. lo develó, primero a su N.R., luego a la Asistente Social de su escuela y posteriormente a su madre [V.A.P.M.], para de allí trascender comunicacionalmente a los ámbitos correspondientes y fueron los organismos administrativos y judiciales competentes quienes lo analizaron, evaluaron y calificaron como verosímil, confiable, creíble y sin influencia alguna de factores externos, lo cual despeja cualquier duda a su respecto y confirma la veracidad del mismo» (punto 40 de los fundamentos). En suma, no encuentro fisuras en el razonamiento del juez sentenciante en orden a la acreditación de los hechos y de la autoría del acusado. c.- Bien, hasta aquí los dos primeros grupos de agravios de la defensa que deben ser rechazados con base en la argumentación precedente. En el nivel de la calificación legal, la defensa advierte que no se ha acreditado que el acusado estuviera al cuidado o educación de la víctima. Sin embargo, dados los hechos probados, tampoco puede compartirse este punto de vista. En efecto, el acusado era quien estaba encargado, por la madre, de trasladar a G.O., al predio en el que funcionaba una escuela de verano, en el Polideportivo de Luján y, aprovechando esa circunstancia, detenía su vehículo en el trayecto y le tocaba los pechos, la vagina, la cola, le practicaba sexo oral, besándole y succionándole la vagina, acciones éstas que se produjeron en al menos cuatro oportunidades. Al respecto, debe tenerse presente que esta Sala ha sostenido sobre la circunstancia agravante en análisis que la guarda se vincula con situaciones de hecho y abarca cualquier circunstancia social o de hecho por la cual el autor está obligado a tutelar el interés de una persona menor de edad (véase, al respecto, «Vedia»). En consecuencia, la situación de guarda que justifica la aplicación de la agravante se encuentra debidamente acreditada y no corresponde realizar corrección o ajuste alguno a la calificación legal. Por ello, el recurso no puede prosperar tampoco en este

aspecto. d.- Finalmente, respecto de la individualización de la pena entiendo que los argumentos defensivos tampoco alcanzan para hacer caer la validez de la sentencia bajo estudio. Sobre la función de la pena ya me he ocupado en otras oportunidades –véase «Ibáñez Benavídez»–. Aquí me interesa destacar que la individualización de la pena debe ser una preocupación del juez y como tal debe dedicarle un trabajo de argumentación preciso basado en las características objetivas del hecho y las particularidades del autor. Cuándo el inc. 2 del art. 41 del CP le exhorta al juez a determinar quién es el autor y cuál es su historia (edad, educación, costumbres, conductas precedentes, etc) hace referencia a que debe –sin entrar en el terreno del Derecho penal de autor– indagar sobre sus circunstancias subjetivas. Estas hacen referencia a las dificultades o facilidades que puede tener para motivarse en la norma y repercuten en la culpabilidad. Por su parte, los medios empleados para ejecutar el delito o la extensión del daño y el peligro causado –por ejemplo– tienen que ver con el impacto comunicativo del hecho en tanto lesión al derecho. Esto debe constituirse en una de las principales preocupaciones del juez en la sentencia. Ya ha de llamar nuestra atención que una sentencia padezca cierta asimetría en su desarrollo: me refiero a amplios párrafos en los que se avanza sobre la prueba y la calificación legal frente a escuetas frases para determinar la pena. Las razones brindadas por el juez de sentencia se encuentran condensadas en los puntos 2 y 3 de la Tercera cuestión y por brevedad me parece oportuno transcribirlas: «2.- Que corresponde ponderar, como circunstancias agravantes, la naturaleza y características de los hechos en sí que lo tuvieron como protagonista, que deben ser calificados como de extrema gravedad, el accionar desplegado, el tenor de las maniobras llevadas a cabo para su logro, la diversidad de bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro, su falta de reparación y, por último, la falta de arrepentimiento puesta de manifiesto durante el desarrollo del debate». «3.- Que por lo contrario no advierto ninguna circunstancia atenuante digna de mérito que no sea su falta de antecedentes computables al respecto». Como es fácil advertir, el tribunal de juicio ha sido especialmente conciso al momento de individualizar la pena con base en lo prescripto en los arts. 40 y 41 CP. Sin embargo, el estudio de los antecedentes de la causa confirma que se trata de un hecho de extrema gravedad, principalmente basado en la modalidad utilizada para ejecutar los abusos y su cantidad. Es esto último la idea que subyace a las consideraciones del juez en el punto 2. de la Tercera cuestión. Por su parte, la diversidad de bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro, busca poner de relieve el hecho de que, en este caso concreto, además de afectarse la integridad sexual de la víctima, se le causaron múltiples consecuencias físicas y psíquicas que aumentaron la gravedad del injusto y la culpabilidad. Finalmente, no debe obviarse que el monto de pena impuesto en concreto, esto es, diez años de prisión se ubica más cerca del mínimo de la escala penal (ocho años) que del máximo (cincuenta años) dado que estamos ante un concurso real y, así, corresponde aplicar sus reglas para determinar los topes del segmento de valoración que han de guiar al juez para determinar el quantum de castigo necesario. En suma, a pesar de la crítica inicial y con base en el análisis de las aristas concretas del caso sometido a decisión, no encuentro razones suficientes en la argumentación defensiva para hacer decaer la validez de la sentencia N° 2486 y sus fundamentos. Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica de E. C.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

Por su parte, en cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba cuando la víctima presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja

etaria a la que pertenece me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», «Buenanueva Avallay» y, más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso deducido por la defensa particular de E. E. C. L. y confirmar la sentencia N° 2486 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

53- PAEZ LEPEZ. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcPLF.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. VS. Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El **TPC** condenó a G. E. F. S. y de F. V. P. L. a la pena de **seis años de prisión** por considerarlos autores penalmente responsables del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo CP).

Las **defensas de los señalados** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2515, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- De Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia)

Fallo:

CUJ: 13-07182770-9/1((018601-83488)) FC/ PAEZ LEPEZ FERNAN VALENTIN Y SOTO GERMAN ENZO FRANCISCO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (83488) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106347110*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07182770-9/1 caratulada “F. c / P. L. Y S. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones las respectivas defensas de G. E. F. S. y de F. V. P. L. interponen recursos de casación contra la sentencia n° 2.515 y sus fundamentos, oportunamente emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquéllos, en causa n° P-83.488/20 a la pena de seis años de prisión por considerarlos autores penalmente responsables del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia recurrida ha tenido por acreditado, con el grado de certeza requerido para el dictado de condena, que «el día 8 de noviembre de 2020, aproximadamente a las 02:30, J.N.B. llegó a domicilio sito en calle Barcala ... de Ciudad, donde la aguardaban G. E. F. S. y F. V. P. L., ex compañeros de la secundaria de la joven. Los tres ingirieron bebidas alcohólicas y bailaron en la terraza hasta que, alrededor de las 05:00 horas, J.N.B se sintió descompuesta e intentó ingresar a la habitación del domicilio. J.N.B. tropezó con un escalón y cayó al piso, por lo que fue ayudada por S. y P., quienes la levantaron y la condujeron hacia la cama. Estando allí, la víctima sintió que le sacaban con fuerza el pantalón. Luego de ello, J.N.B. observó a S. con la cabeza a la altura de su vagina y el imputado vomitó sobre ella. J.N.B. lo empujó y se levantó de la cama a fin de higienizarse en el baño. Posteriormente, regresó a la habitación y se recostó sobre la cama. Minutos después J.N.B., observó nuevamente a S. sobre ella, lo rasguñó en la espalda y lo empujó, pero sin fuerzas suficientes ya que se encontraba profundamente aturdida por el alcohol. J.N.B. se recostó boca abajo sobre la cama y ambos acusados le mordieron los glúteos con fuerza, manifestando J.N.B. que no, que se detuvieran ya que sentía dolor.

Como consecuencia del accionar de los acusados, la víctima resultó con equimosis rojo violácea de 5 cm. de diámetro en cuyo borde interno impresiona observarse impronta dentaria localizada en cuadrante ínfero interno del glúteo izquierdo, equimosis redondeada rojo violácea de 6 cm. de diámetro en cuadrante inferior externo de glúteo izquierdo, equimosis redondeada rojo violácea de 3-5 cm. de diámetro en cuyos bordes internos impresiona observarse impronta dentaria, la que se localiza en cuadrante ínfero interno de glúteo derecho y equimosis rojo violácea de 5x2.5 cm. en cuadrante ínfero externo de glúteo derecho.

A continuación, G. E. S. le introdujo los dedos en el ano, ocasionando a J.N.B. desgarro anal de 0,5 cm. en hora 10. Por último, J.N.B. fue penetrada vaginalmente con el pene por ambos acusados, lo que le provocó desgarro himeneal de 0,5 cm. en hora 1 y desgarro himeneal en el borde de implantación del himen. Además, como consecuencia de la violencia física desplegada por S. y P., J.N.B. resultó con equimosis rojiza de 2 cm. de diámetro en cara antero central del cuello».

Para así decidir la jueza de la instancia previa valoró, previo determinar los criterios específicos de valoración de la prueba en violencia de género, las declaraciones testimoniales de J.N.B., L. G.a N., M. I. B., L. H., O. F. V., G. R., V. N., M.o N. y R. F., de J. J..

Asimismo, valoró la prueba instrumental debidamente incorporada, compuesta por la denuncia, conversaciones extraídas de diversos teléfonos móviles, la pericia psíquica y los informes del Cuerpo Médico Forense.

2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados

a.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de G. E. F. S.

La defensa funda su reclamo en el art. 474 inc. 2 del CPP, en el entendimiento que la sentencia impugnada ostenta vicios en su fundamentación que la tornan nula.

Considera que, de haberse valorado correctamente la prueba, el tribunal de la instancia previa debió de aplicar lo dispuesto por el art. 2 del CPP.

Dicho de otro modo, afirma que el estado de inocencia del imputado no ha podido ser quebrantado por la prueba obrante en autos y, por lógica consecuencia, debió aplicarse el principio in dubio pro reo.

En este sentido, resalta que el testimonio de J.N.B. se encuentra influenciado por terceros y movido por el temor a perder a su hijo y al padre de su hijo.

Tal circunstancia, según la defensa, se encuentra probada por el informe y por el testimonio ofrecido por la Lic. Jardón en la audiencia de debate.

Según lo expuesto por la defensa, dichas probanzas acreditan que la denunciante se vio forzada a realizar la denuncia debido a la presión de su familia, movida por conservar su honor ante la mirada pública de sus actos, todo lo cual impide otorgarle plena credibilidad a lo relatado por ella.

En esta misma línea, se agravia el recurrente por entender que la imparcialidad requerida en el juzgador al momento de la valoración de la prueba, no se encuentra presente en el caso.

Según señala la defensa, la jueza de instancia previa no trató a todos los testigos por igual, pues «a los testigos de la defensa no los valora, y si valora a los testigos del Ministerio Público Fiscal».

Manifiesta la defensa que no se han valorado correctamente las declaraciones testimoniales de G R y de V N –a la cual consideró «plagada de estereotipos de género»–, como así tampoco la constancia de las comunicaciones cursadas entre V N y J.N.B ni el intercambio de mensajes de WhatsApp entre los acusados producido el día 8 de noviembre de 2020 a la hora 02:12.

Asimismo, señala que la jueza ha seleccionado ciertos mensajes y los ha sacado de contexto con el objeto de tener por acreditado que los encausados habrían premeditado la realización de un abuso sexual. No obstante, y según la defensa, existen muchos otros mensajes de texto cruzados entre los imputados que impiden apreciar una supuesta premeditación pues, de hecho, revelan que los imputados tampoco tenían clara la posibilidad de que ocurriera un acto de naturaleza sexual.

En definitiva, a criterio de la defensa, quien planifica con otro la comisión de un abuso sexual jamás podría tener dudas, y expresarlas a ese mismo sujeto, en relación con la naturaleza sexual de los eventos que tendrán lugar.

Desde el punto de vista sustancial, la defensa pone de relieve que – con la prueba incorporada al

expediente— no es posible descartar que el acto sexual haya sido efectivamente consentido por J.N.B. En esta línea, y por un lado, afirma que existen diversos elementos de prueba que abonan la tesis del acto consentido, tales como los mensajes de WhatsApp que intercambiaron, de modo posterior al hecho, J.N.B y E. S., así como también la comunicación entre J.N.B. y el padre de su hijo, Jonathan.

Por otro lado, la defensa considera que es arbitraria la forma en que la jueza ha tenido por acreditado el estado de ebriedad de la denunciante que, al momento de los hechos y según el tribunal, le habría impedido consentir el acto, pues el examen de alcoholemia y drogas realizado a la denunciante arrojó resultado negativo.

Por las razones expresadas, el recurrente solicita que se case la sentencia y, por virtud de lo dispuesto en el art. 2 del CPP, se absuelva a su defendido. Formula reserva de caso federal.

b.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de F. V. P. L.

El recurso se interpone al amparo del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia condenatoria exhibe vicios formales y sustanciales que impiden considerarla un acto jurisdiccional válido. En primer término, y poniendo en cuestión el valor convictivo que se asigna al relato de la denunciante, señala la defensa que la jueza se equivoca al afirmar que con esa sola declaración basta para condenar y, además, señala que el resto del plexo probatorio no respalda la veracidad de sus dichos.

En esa línea, cuestiona la valoración que la jueza realizó del testimonio de la víctima, pues considera que el mismo no puede caracterizarse de coincidente ni coherente. Se agravia por entender que la jueza ha relativizado el examen psicológico practicado a la víctima por la Lic. Jardón, quien ratificó en el debate la imposibilidad de poder afirmar credibilidad en su relato.

Respecto del informe emitido por esa profesional, añade el recurrente que se ha producido una valoración arbitraria, pues solo se han tomado las partes que abonan la tesis incriminante para P. L., descartándose la afirmación que allí se hace en relación con la imposibilidad de determinar la veracidad de los dichos de la denunciante.

En segundo lugar, refiere que la abstención de declarar por parte del acusado constituye la utilización legítima de un derecho constitucional y que, por tanto, la valoración que de dicha circunstancia ha realizado la jueza de la instancia previa para condenar a su asistido, resulta indebida.

En definitiva, considera que los fundamentos ofrecidos por la jueza resultan subjetivos y arbitrarios, que la valoración de la prueba luce parcial, subjetiva y contraria a la sana crítica racional, pues estima que la prueba obrante en autos no se ha valorado correctamente y que, además, no se ha valorado prueba contundente que abona la inocencia de su asistido.

De tal manera, una valoración correcta del plexo probatorio conduciría, según el recurrente y en función del principio in dubio pro reo, a la absolución de P. L..

Por último, y como vicio sustantivo, en referencia al tipo subjetivo del delito de abuso sexual con acceso carnal, afirma el recurrente que no se ha podido acreditar que el imputado haya actuado con el dolo requerido por el tipo.

Más bien, señala que, al contrario, existen numerosos elementos de prueba que abonan la tesis de que, al momento de los hechos, el imputado tenía razones para creer que el acto sexual era plenamente consentido.

De hecho, así lo manifestaron ambos encausados a la denunciante cuando esta les escribió —vía Whatsapp— el día posterior al encuentro. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador se expide por el rechazo sustancial de los recursos intentados.

Ello, toda vez que estima que la sentencia se encuentra debidamente fundada y la jueza de la instancia previa ha explicado claramente las razones por las que logró adquirir la certeza necesaria para condenar a ambos acusados.

En este sentido, destaca que la fundamentación ha sido minuciosa, detallada, hecha con base en la perspectiva de género, atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima y a las particularidades de la prueba en los delitos contra la integridad sexual.

Manifiesta que, en el caso bajo análisis, se encuentran presentes todos los elementos del tipo penal reprochado.

En ese sentido expresa que, a los fines de tener por acreditada la falta de consentimiento, no puede exigírsele a la víctima una resistencia seria y constante, sobre todo cuando se encuentra inmersa en un contexto intimidante y en un estado de marcada vulnerabilidad por el consumo de alcohol precedente.

Para ello, resulta suficiente, como ocurrió en el caso, que la joven muestre su falta de consentimiento para la realización del acto sexual mediante actos inequívocos.

Considera que la jueza, en sus detallados fundamentos, evaluó los dichos de la víctima y los demás testigos, analizando sus similitudes y contradicciones, sus puntos de contacto y sus diferencias.

Efectivamente la joven fue clara en manifestar que los actos sexuales no habían sido consentidos y, además, esos dichos han sido apoyados y certificados por quien realizara los exámenes correspondientes, todo lo cual desvirtúa la pretensión defensiva dirigida a desmentir la existencia de un hecho no consentido.

En efecto, se afirmó en los informes que el relato de la denunciante satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia, en la medida en que se detectaron sentimientos de vergüenza –lo cual la llevó a intentar ocultar suceso– y no se advirtió la presencia de un móvil espurio o ganancial que pueda turbar la sinceridad de lo relatado.

Refiere que los exámenes físicos y las declaraciones de quienes lo practicaron dan apoyo a las circunstancias fácticas descritas por la denunciante, habiéndose acreditado la existencia de lesiones en el cuello, así como también en la zona vaginal y anal, en concordancia con su relato de los hechos, todo lo cual acredita la violencia desplegada y permite descartar cualquier elucubración defensiva en contrario.

En este orden, refiere que la Lic. Jardón no emitió una conclusión acerca de la credibilidad del testimonio, por la existencia de lagunas amnésicas, pero señaló que no se detectaron indicadores de fabulación o tendencia a inventar historias y que la jueza de la instancia previa realizó un análisis desde la Neurología y la Psicología que le permitió dar respaldo al testimonio de J.N.B. En otro orden, señala que resulta de vital importancia el informe relativo al contenido de los celulares de J.N.B. y de los acusados, porque de allí se desprende que no existió real consentimiento por parte de la joven, y que la foto de WhatsApp que revelaba la existencia del hecho fue subida por uno de aquéllos, precisamente, por S.. Agrega que el excesivo consumo de alcohol que colocó a la joven en una situación de vulnerabilidad frente a sus agresores, no es una cuestión fáctica que pueda ser objeto de debate, como pretende introducir la defensa.

El resultado de la alcoholemia practicada sobre la víctima dio efectivamente resultado negativo, pero no porque la denunciante mienta a este respecto, sino porque dicho test fue realizado dos días después de producido el hecho.

A partir de lo referido, sostiene que la revisión integral de la sentencia da cuenta que la decisión de la condena se ha valido de las pruebas que fueron pertinentes y útiles a los fines de acreditar el hecho en las circunstancias narradas por la víctima, evaluándose particularmente cada reclamo de la defensa. Por lo expuesto, considera que debe convalidarse en esta instancia la sentencia cuestionada por las defensas de

los acusados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver los recursos interpuestos y por los motivos que seguidamente se exponen, considero que corresponde rechazar ambas impugnaciones.

Previo a ingresar en la motivación entiendo oportuno aclarar que, atento la identidad de muchos de los planteos formulados por los recurrentes, haré una consideración conjunta de los agravios, escindiendo el análisis sólo en aquellos tramos en que los recursos impetrados presenten agravios divergentes.

Lo común a ambos recursos de casación radica en cuestionar la valoración del plexo probatorio por parte de la juzgadora.

En concreto, se cuestiona el mérito convictivo que se ha asignado a la declaración testimonial de J.N.B. y se denuncia una pretendida omisión de valoración en relación con diversos elementos de prueba que las defensas consideran decisivos para restar credibilidad al relato de la denunciante.

En este sentido, mencionan a «los testigos de la defensa», en concreto, a las declaraciones testimoniales de G R y V N, así como también la constancia de las comunicaciones cursadas entre esta última y la denunciante. De manera preliminar y como esta Sala ha tenido ocasión de destacar en otros precedentes, corresponde señalar que las agresiones contra la integridad sexual se cometen usualmente en el ámbito de la intimidad y al margen de terceros. Por esa razón y en función de las prescripciones derivadas de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, así como de la legislación nacional y provincial, el testimonio de las víctimas adquiere un lugar destacado (ver, en lo pertinente, («**Zurita Abrego**», «**Medina**», «**Di Cesare Meli**», entre otros).

De la compulsa de la sentencia recurrida, se advierte que la jueza de la instancia previa afrontó el caso con perspectiva de género y, en función de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba J.N.B. al momento del hecho, otorgó a su declaración un valor convictivo preferente.

Asimismo, consideró que el contenido de esa declaración fue corroborado por distintos indicios y elementos objetivos periféricos, por lo que no logró ser desvirtuada por versión alternativa alguna que hayan aportado los acusados, todo lo cual permitió fundamentar la sentencia condenatoria.

En ese marco, J.N.B. narró que había sido compañera de secundaria con G. S. y que F. P. L. iba a otro curso. Indicó que por la red social Facebook vio una publicación y se puso en contacto con G. S., intercambiaron sus números telefónicos y acordaron un encuentro en un departamento que G R le prestó a G. E. S.. Agregó que consumieron gran cantidad de bebidas alcohólicas, siendo que ella habitualmente no bebía.

Finalmente, describió qué hizo cada uno de los acusados en el momento de realización de los actos de naturaleza sexual que, según destacó de forma insistente, no fueron consentidos. En ese aspecto, indicó que, mientras estaba acostada boca abajo en la cama del departamento en el que se reunió con los imputados, recuerda «[...] haber sido penetrada anal y vaginalmente por ambos encausados con los dedos [...] y que la penetraron varias veces con su pene en la vagina [...] que vio rasguños en la espalda de E.; que ella lo rasguñó, pero no recuerda el momento» (ver al respecto, fundamentos, p. 6).

Además, especificó que esa noche nunca se habló de mantener relaciones sexuales, que ella dijo que no más de una vez, que el brazo se le caía, que no podía reaccionar porque estaba borracha, mareada y sentía que se dormía.

Su testimonio, a criterio de la juzgadora, lució persistente y satisfizo los parámetros de credibilidad objetiva y subjetiva, en la medida en que encuentra sustento en diversos elementos objetivos de corroboración

periférica que refuerzan y avalan el valor convictivo de la declaración de J.N.B. Cabe destacar aquí, en primer lugar, el examen físico a través del cual se constató que aquella presentaba equimosis rojo violácea de 5 cm de diámetro en cuyo borde izquierdo, impronta dentaria en cuadrante ínfero interno del glúteo izquierdo, equimosis redondeada rojo violácea de 3-5 cm de diámetro en cuyos bordes internos, impronta dentaria en cuadrante ínfero interno de glúteo derecho y equimosis rojo violácea de 5x2.5 cm en cuadrante ínfero externo del glúteo derecho. Además, un desgarro anal de 0,5 cm en hora 10, desgarro himeneal de 0,5 cm en hora 1 y desgarro himeneal en el borde de implantación del himen. Por su parte, equimosis rojiza de 2 cm de diámetro en cara antero central del cuello. Asimismo, y en segundo término, debe mencionarse el examen psíquico practicado por la Lic. Jardón, quien indicó que J.N.B. presentaba, al momento de la entrevista, episodios de llanto y evitación cognitiva a la rememoración de los sucesos investigados, a la vez que evidenció un relato respondiente y malestar significativo al referirse a los hechos denunciados.

Asimismo, destacó que no se detectaron indicadores de fabulación o tendencia a inventar historias. Ahora bien, la defensa de ambos acusados cuestiona, cada una en sus respectivos recursos, que la valoración del testimonio de la víctima ha estado asentada en una interpretación sesgada y fragmentada, tanto del informe realizado por la Lic. Jardón, como del testimonio ofrecido por la profesional en la audiencia del 21 de diciembre de 2022.

En definitiva, se agravan los recurrentes por entender que la jueza interviniente ha valorado parcialmente esta prueba, pues ha omitido considerar que la Lic. Jardón, según la defensa, afirmara también que los dichos de J.N.B. no eran creíbles y que su relato mostraba señales ostensibles de haber sido influenciado por terceros. Respecto de la credibilidad de los dichos de la denunciante, debe señalarse que la Lic. Johana Jardón nunca sostuvo tal cosa.

A decir verdad, sólo afirmó que no le había sido posible valorar la credibilidad del relato de J.N.B. debido a que esta tenía lagunas amnésicas provocadas por el consumo de alcohol – esto es, que la denunciante no podía recordar concretamente algunos hechos-.

Sobre esta cuestión y luego de reseñar en qué consisten las lagunas mentales por el consumo de alcohol y sus efectos, la jueza de la instancia previa expresó que la descripción realizada por J.N.B. de su estado psicofísico se corresponde perfectamente con la de una laguna parcial o fragmentaria generada por el consumo de alcohol.

En efecto, dadas las particulares circunstancias en que la denunciante tomó alcohol (no había comido antes de beber, consumió abundante cantidad en un corto período de tiempo y no era una bebedora habitual), no resulta extraño que tendiera a alcanzar picos más elevados de alcohol en sangre y, con ello, se produjeran lagunas amnésicas.

De esa manera, el hecho de que la profesional del EDeAAS señalara la imposibilidad de valorar la credibilidad de la versión brindada por J.N.B., de ningún modo significa, como pretende la defensa, que lo relatado por ella no fuera cierto.

De hecho, la jueza interviniente ha ofrecido detalladas y fundadas razones por las que considera que en el testimonio de la denunciante no se advierten indicadores de incredibilidad subjetiva ni ganancialidad en la denuncia (ver, al respecto, fundamentos, p. 9).

En relación con la mentada influencia externa en el relato de la denunciante, cabe destacar que la Lic. Jardón efectivamente señaló en su informe haber advertido indicadores de la influencia de terceros –su madre, su hermana y hermano, la progenitora de su ex pareja–.

No obstante, entiendo que no le asiste razón a la defensa cuando afirma que este elemento no ha sido

valorado por la jueza interviniente.

Más bien al contrario: en los fundamentos de la resolución, la magistrada ha considerado que el tema exigía «un tratamiento pormenorizado» (ver, al respecto, fundamentos p. 10).

Para ello, la jueza invocó la siguiente distinción: la influencia que han ejercido esos terceros sobre la denunciante sólo ha impactado en la re-significación de los sucesos efectivamente experimentados por ella, pero eso no quiere decir que los hechos no hayan existido (ver, al respecto, fundamentos, p. 13).

Dicho de otro modo: la influencia en el relato está vinculada al sentido o el significado que la denunciante les asigna a los hechos sucedidos, pero no con la implantación de recuerdos de hechos que nunca existieron. De tal modo, el cuestionamiento analizado tampoco puede prosperar.

En otro orden, de la compulsa de la sentencia recurrida se advierte que no existe la supuesta omisión de valorar las declaraciones testimoniales de G R y V N y las comunicaciones cursadas entre esta última y la denunciante. Sucede que la jueza no les ha otorgado a dichas declaraciones el mismo sentido y alcance que la defensa, pero esto no significa que la valoración no haya existido ni que fuera arbitraria.

Por el contrario, se advierte que la jueza de la instancia precedente ha justificado de modo exhaustivo las razones por las que entiende que esos testimonios no pueden restar valor convictivo ni credibilidad a la declaración de la denunciante, tal como la defensa pretende (ver, al respecto, fundamentos, pp. 5 y 13).

En función de los argumentos precedentemente reseñados, el agravio según el cual al valor convictivo que la jueza le ha asignado a la declaración de la víctima, no puede prosperar y debe ser rechazado, confirmando en este punto la sentencia recurrida. Una vez contestado los agravios comunes a ambos recursos, corresponde adentrarse en los motivos casatorios introducidos de forma singular por cada uno de los recurrentes.

Desde el punto de vista sustancial cabe especificar aquí que, mientras la defensa de S. insiste en que el tipo objetivo del abuso sexual no puede darse por acreditado, la defensa de P. L. pone el acento en que, aun cuando ese fuera el caso, no es posible afirmar la concurrencia del tipo subjetivo doloso.

No obstante, ambos argumentos tienen el mismo objeto de referencia: el consentimiento de la denunciante para la realización del acto sexual. Dicho de otro modo: mientras la defensa de S. alega que el acto fue efectivamente consentido y por tanto no existe tipo objetivo de abuso sexual, la defensa de P. L. introduce la posibilidad de que estos hayan obrado en error de tipo, esto es, que si bien podría afirmarse (ex-post y con base en la resignificación posterior de los hechos) la ausencia de consentimiento, también es posible afirmar que los imputados razonablemente creyeron –al momento del hecho– que el acto estaba siendo consentido. En relación con el agravio relativo a la ausencia de tipo objetivo, el núcleo de la cuestión pasa por determinar si el acto fue efectivamente consentido o no por la denunciante. Según la defensa, existen dos razones para afirmar la existencia de un consentimiento válido.

En primer lugar, existirían elementos probatorios que desacreditan la versión sostenida por la denunciante. Atento a las consideraciones precedentes sobre la valoración que del plexo probatorio ha hecho la jueza y la credibilidad objetiva y subjetiva de la denunciante, entiendo que esta primera línea argumental resulta inatendible.

En segundo término, la defensa pretende poner en crisis el estado de ebriedad y letargo en el que se encontraba J.N.B. y que le habría impedido consentir libremente el acto. Para ello, se asienta en el resultado negativo que arrojó el examen toxicológico efectuado a la denunciante. No obstante, entiendo que esta línea argumental ha sido ya afrontada por el Procurador General: el resultado negativo del examen no permite desacreditar la ingesta excesiva de alcohol porque fue realizada mucho tiempo después. Pero resulta que, además, dicha ingesta no aparece como un hecho controvertido por los

acusados. Así las cosas, siendo que la denunciante ha manifestado, de modo reiterado y consistente – desde el día posterior a los hechos e incluso directamente a los imputados– que no consintió ni estaba en condiciones de consentir un acto de esa naturaleza, y que su relato se encuentra corroborado, tal como se expresó de manera precedente, el agravio debe ser rechazado. Una mención adicional cabe hacer en relación con el agravio introducido por la defensa técnica de S. al afirmar que, con base en la prueba incorporada al expediente, no es posible concluir que nos encontramos ante un abuso sexual premeditado, como sugiere la jueza de la instancia previa.

El recurrente pone de relieve aquí que se han incorporado diversos mensajes de texto (cruzados entre los imputados) cuyo contenido impide apreciar premeditación pues, de hecho, revelan que los imputados nunca planearon agredir sexualmente a nadie y ni siquiera tenían clara la posibilidad de que ocurriera un acto de naturaleza sexual ese día. Más allá del acierto o no de lo afirmado, lo cierto es que ello no modifica la situación procesal de su defendido.

En este sentido, es cierto que el plexo probatorio no abona la tesis de que el abuso fue planificado, pero resulta que la jueza interviniente nunca afirmó semejante cosa, entre otras cosas, porque tampoco la premeditación resulta necesaria para acreditar la concurrencia del tipo objetivo del abuso sexual.

A decir verdad, la sentencia recurrida sólo menciona la creación de un «contexto propiciatorio» para el abuso, y entiende por tal aquellas circunstancias generadas o promovidas por los autores que impiden o debilitan la posibilidad de resistencia de la víctima, facilitando la comisión del delito.

Por lo tanto, no acierta la defensa cuando confunde premeditación con contexto propiciatorio. De tal manera, al no desvirtuar los argumentos expuestos en el sentido expuesto por la jueza de la instancia previa, debe desestimarse este cuestionamiento.

En relación con el agravio relativo a la falta de tipo subjetivo por la eventual presencia de un error de tipo, adelanto que el mismo también debe ser rechazado. La argumentación ofrecida por la defensa en este punto luce como reiteración de la ya vertida en oportunidad del debate y analizada, en detalle, por la jueza de sentencia.

En efecto, de la compulsión de los fundamentos del resolutivo puede advertirse que la magistrada ha explicado, en detalle, las razones por las cuales no es posible atender a esta argumentación.

Por una parte, fundamenta la adopción de una posición restrictiva sobre el particular, afirmando que este tipo de argumentación dogmática tiene un campo de aplicación muy limitado en los delitos de índole sexual.

Por otra, ha explicitado también el porqué no resulta posible afirmar, en el caso concreto, que los imputados desconocían la falta de consentimiento de la denunciante para la realización del acto. Coincidió con estos argumentos.

Coincidiendo con lo manifestado por la jueza, solo cabe agregar aquí que, para el caso en que efectivamente haya existido una zona gris que provocó una verdadera confusión en los imputados, sobre ellos recae el deber de evacuarla.

Dicho de otro modo, si la denunciante ha visto mermada las aptitudes y condiciones que le permitirían manifestar su consentimiento de manera clara e inequívoca (la Lic. Jardón sostuvo que la víctima –al momento de los hechos– no se encontraba en condiciones óptimas para ello, debido a que se encontraba bajo fuertes efectos del alcohol), pesa sobre los encausados el deber de asegurarse que ella estuviera efectivamente de acuerdo con el acto sexual en curso, sobre todo si en ese acto intervienen más de dos personas.

A esto apunta, precisamente, el Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual de 2023

elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres cuando especifica que, en casos donde ha habido consumo de sustancias estupefacientes o alcohol, «la concurrencia de consentimiento debe ser evaluada con relación a la posibilidad de autodeterminación real que en la práctica sexual tenía la persona en ese momento».

En caso de no haber evacuado esa duda de forma terminante, por la razón que fuera, debieron interrumpir inmediatamente su accionar. En definitiva, debe confirmarse en esta instancia la sentencia cuestionada en tanto no se advierte ninguno de los vicios referidos por las defensas, tanto en relación con la valoración de la prueba como con la calificación legal de los hechos. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante. En cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en los precedentes «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», «**Acuña**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**», «**González Sosa**» e «**Hisa**», entre otros.

En función de ello, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos a favor de F. V. P. L. y G. E. F. S..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

54- DIAZ MAMANI. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VS	PI	-	-	PCE IE	-	-	A P2°	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcDML.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, 42 y 119, 3° párrafo, 45, 46 y 55 del CP. Acordada 29051

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Tentativa acabada. Desistimiento. Participación de dos o más personas. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó a los acusados L. A. D. M. y J. O. D. F a la pena de:

a- a L. A. D. M. a la pena de **siete años y seis meses** de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por la participación de dos o más personas en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (arts. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, 42 y 119, 3° párrafo y 55 del CP).

b- a J. O. D. F. a **dos años y ocho meses** de prisión de cumplimiento condicional por considerársele participe secundario responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por la participación de dos o más personas (arts. 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo, inc. d, 46 y 42 del CP).

Las **defensas** de los acusados interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2667, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Guerra Terrones. 17-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200617_FcGuerra.pdf
- Talaguirre. 22-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221222_FcTCL.pdf

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- González Pringles
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Doctrina relacionada.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-07217387-7/1((018602-40252)) FC/ DIAZ MAMANI LEONARDO Y DIAZ FERNANDEZ JAVIER ORLANDO P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (40252) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106377892*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07217387-7/1 caratulada “F. c/ D. M. L. Y D. F. J. O. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (40252) S/ CASACIÓN”. En las presentes actuaciones, la defensa de los acusados L. A. D. M. y J. O. D. F. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.667, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a L. A. D. M. a la **pena de siete años y seis meses de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por la participación de dos o más personas en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (arts. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo inc. d, 42 y 119, 3° párrafo y 55 del CP).

Y a J. O. D. F. a **dos años y ocho meses de prisión** de cumplimiento condicional por considerársele partícipe secundario responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por la participación de dos o más personas (arts. 119, 3° párrafo en función del 4° párrafo, inc. d, 46 y 42 del CP). Ambos en causa P-40.252/21.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal tuvo por acreditado los hechos expuestos por el Ministerio Público Fiscal en sus conclusiones finales, en los siguientes términos: «[q]ue el día 17 de abril de 2021 en horas de la tarde, el Sr. L. A. D. M. concurrió al domicilio de [Y.V.F.] sito en Barrio ..., Maipú, y comenzó a tocarla en su vagina mientras ella se negaba, en ese momento pasó su sobrino J. O. D. F. y A. D. le dijo que ingresara al domicilio, J. comenzó a bajarle los pantalones a [Y.V.F.] mientras ella se los subía, A. D. quería que ella le practicara sexo oral y le agarraba la cabeza y se la agachaba, A. D. se había bajado el cierre y había sacado su miembro y se lo pasaba por la boca no logrando su cometido porque [Y.V.F.] mantenía la boca cerrada y su hija, a quien [Y.V.F.] tenía en brazos y luego la bajó al suelo se agarraba de su pierna y no dejaba de llorar, impidiendo esta situación que A. D. introdujera su pene en la boca de [Y.V.F.], mientras tanto J. D. solo intentó bajar los pantalones de [Y.V.F.], no tocando las partes íntimas de ella y sin constar si realmente se había bajado sus pantalones y su ropa interior. Posteriormente, el día 24 de abril de 2021, A. D. M. ingresó al domicilio de [Y.V.F.], más precisamente a la cocina, la tomó por detrás, le tocó la vagina por encima y por debajo de la ropa, para finalmente introducirle los dedos en la vagina de la víctima». Para así resolver la jueza de instancia anterior valoró las declaraciones de Y.V.F., M. B. L. y M. d. C. P., junto con el resto del material

probatorio debidamente incorporado al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de los acusados D. M. y D. F. interpone recurso de casación de conformidad con el art. 474 del CPP. Ello, en tanto estima que se ha aplicado de forma errónea la ley de fondo. Puntualiza que el hecho investigado del día 17 de abril de 2021 habría sido desistido voluntariamente por ambos acusados, por lo que corresponde la aplicación del art. 43 del CP. Respecto de D. F. sostiene que no cometió ilícito alguno por lo que corresponde su absolución lisa y llana. Solicita se declare la nulidad de la sentencia de condena y, en subsidio, se case la resolución y se absuelva por los delitos atribuidos en grado de tentativa. Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación impetrado y propicia su rechazo sustancial. Sostiene que la presentación defensiva no demuestra los vicios en la resolución de condena que recurre, de forma tal que amerite anularla.

Afirma que la sentencia de condena se encuentra fundada y que se han dado suficientes razones acerca de la acreditación del hecho y de la intervención de los acusados.

Destaca las argumentaciones expresadas por el tribunal de instancia anterior en relación con la tesis defensiva sobre el desistimiento del hecho ocurrido en fecha 17 de abril de 2021, lo que sostiene que la defensa no logró poner en crisis. En consecuencia, solicita la confirmación de la sentencia de condena contra D. M. y D. F..

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 14 de noviembre del corriente año se realizó la audiencia oral ante esta instancia. En esa oportunidad, la defensa de los acusados D. M. y D. F. explicó las razones que sustentaban el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de condena emitida en instancia anterior. Reiteró los agravios expuestos en su recurso respecto del hecho ocurrido el día 17 de abril de 2021, a lo que agregó cuestionamientos en relación con el suceso de fecha 24 de abril de 2021 que no habían sido expresados con anterioridad.

En este último caso, sostuvo la imposibilidad de que el hecho haya ocurrido tal como lo describió la víctima.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal expuso sus argumentos a favor de la confirmación de la condena.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa de los acusados D. M. y D. F., corresponde adelantar que debe rechazarse la impugnación.

Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

De forma preliminar, estimo relevante destacar, tal como advierte el Procurador General en su escrito y la fiscal en la audiencia oral, que la defensa únicamente presentó la carátula de interposición de recursos establecida por **Acordada 29.051**.

Esta forma de interponer su impugnación dificulta su abordaje y el debido examen que se requiere de esta Sala Segunda.

Sin embargo, procederé a analizar los escuetos argumentos expuestos por la defensa en el formulario a los efectos de asegurar el derecho de revisión de la condena de los acusados en el presente proceso (ver,

en lo **pertinente, «Guerra Terrones»).**

Las críticas defensivas se circunscriben a dos ejes argumentales expuestos en el recurso de casación interpuesto por escrito y, además, uno nuevo presentado en la audiencia oral.

En relación con este último, vinculado al hecho ocurrido en fecha 24 de abril de 2021 atribuido a D. M., calificado como abuso sexual con acceso carnal, la defensa presentó agravios únicamente en la audiencia oral desarrollada en esta instancia.

Al respecto, corresponde destacar el límite previsto en el art. 480 del CPP sobre la oportunidad para presentar los motivos de agravio casatorio. No obstante ello, considero que la resolución de instancia anterior ha analizado debidamente la prueba que acredita la existencia del hecho y la responsabilidad de D. M., y no se advierte razón alguna para anular la condena dictada.

Por su parte, en relación con los agravios presentados en el recurso de casación, la defensa plantea, en primer lugar, que el hecho ocurrido en fecha 17 de abril de 2021 fue desistido voluntariamente por parte de los acusados y solicita la aplicación del art. 43 del CP.

En segundo lugar, en relación con D. F., sostiene que no cometió delito alguno.

Como debidamente valoró la jueza de instancia anterior la prueba principal de cargo es el testimonio de Y.V.F., víctima de los hechos investigados.

Al resultar la única testigo directa del hecho, en tanto su hija que se encontraba en el lugar tenía en ese momento tres años, en la sentencia se analizó su declaración de forma rigurosa y exhaustiva en cuanto a su consistencia, congruencia y coherencia con el resto del material probatorio.

En efecto, Y.V.F. declaró en el debate, y en relación con el hecho ocurrido en fecha 17 de abril de 2021, refirió que los acusados intentaron abusar sexualmente de ella en presencia de su hija de tres años. Que se encontraba en su vivienda que le alquila a D. M., juntos con sus hijos.

Específicamente, señaló que cuando ingresó D. M. a la casa estaba en la cocina con la niña de tres años en brazos y que ésta tenía fiebre.

Que para ese momento el contrato de alquiler se encontraba vencido y D. M. le había dicho que tenían que acordar precios y la continuidad. Que D. M. ingresó a la vivienda y la llamó hacia la cocina y allí comenzó a tocarla. Explicó que ella se corría, pero él continuaba con su acometida. Que en ese momento pasó por la puerta D. F. y D. M. lo llamó para que ingresara y así lo hizo aquél.

Detalló que Díaz Fernández la abordó por detrás e intentaba bajarle el pantalón que llevaba puesto, mientras ella se lo volvía a subir, que esto ocurrió varias veces.

Mencionó que simultáneamente D. M. la tomaba de la cabeza y la agachaba para que ella le practicara sexo oral, lo que ella resistía.

Destacó que D. M. tenía su pene al descubierto y se lo pasó por la boca, pero que ella la cerraba y por eso no realizó lo que le pedían. Y.V.F. explicó que su hija que estaba en brazos lloraba mucho y, por ello, la sentó en el piso.

Que esto produjo que comenzara a llorar aún más fuerte, mientras la tironeaba de una pierna a la víctima. Y.V.F. afirmó que por todo esto los acusados no prosiguieron.

Destacó que D. F. apoyaba su miembro por detrás de ella y empujaba «[...] como para metérsela», pero que no podía asegurar si se había bajado los pantalones o no. La víctima explicó que no llamó a nadie, ni pidió ayuda, porque no quería asustar a sus hijos que se encontraban en la vivienda. Durante su declaración describió varias otras situaciones de abuso sexual por parte de D. M..

Estimo pertinente la atención prestada por la jueza de instancia anterior a la explicación brindada por la víctima acerca de por qué no había denunciado con anterioridad los abusos sufridos. Y.V.F. dijo que tenía

miedo que la echaran de la vivienda, que temía por la situación habitacional de sus cuatro hijos que convivían con ella.

Que además en ese momento también convivían con su madre y su hermano, a los que también afectaría en caso de denunciar. La víctima explicó que pagaba el alquiler con el dinero que recibía por las asignaciones universales por hijo y que no se atrasó con el pago del canon.

Declaró que recién decidió denunciar cuando luego del segundo hecho ocurrido en fecha 24 de abril de 2021, su amiga M. B. le dijo que no tenía porqué tolerar lo que venía padeciendo y hacer como si no ocurriera.

Por otra parte, también comparto la valoración de la jueza respecto de la abundancia de detalles en la declaración de Y.V.F., la coherencia en las descripciones sobre los hechos en cada una de las veces que declaró y el correlato afectivo de angustia que se observó mientras exponía en el debate oral.

Además, ponderó el informe confeccionado por el Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales en el que se concluyó que el testimonio de la víctima reunía criterios de credibilidad, que era espontáneo, coherente, con estructura lógica y engranaje contextual, y sin contradicciones de relevancia.

Por su parte, M. B. declaró en el debate oral acerca de los hechos sobre los que había tomado conocimiento, los que resultaron concordantes con los expuestos por Y.V.F.

También se incorporaron por lectura las declaraciones de M. d. C. P. prestadas durante la investigación penal preparatoria.

Allí, la madre de la víctima explicó suficientemente sobre lo que conocía del hecho pero, aclaró, que su hija tenía vergüenza de darle detalles de lo que venía padeciendo por parte de D. M.. Que justamente ella fue quien le recomendó a Y.V.F. que le contara a M. B. lo que venía ocurriendo con el propietario del inmueble.

Afirmó que la víctima se encontraba mal, que lloraba, que le había comentado que D. M. le ofrecía dinero y la acosaba.

Todo este cúmulo probatorio es el que debidamente ha valorado la jueza de instancia anterior para considerar acreditado el hecho investigado y las declaraciones de los acusados no logran ponerlo en jaque. A los efectos de un correcto análisis, invertiré el orden de tratamiento de los agravios expresados en el recurso de casación por la defensa.

Así, analizaré en primer lugar por qué las conductas de D. F. encuadran en el tipo penal en el que encuadró los hechos acreditados la jueza de la instancia previa.

En segundo lugar, abordaré el argumento según el cual los acusados desistieron voluntariamente, de forma tal que correspondería la aplicación de lo previsto en el art. 43 del CP.

En relación con la primera crítica, la confirmación de la acreditación del hecho por parte de la jueza de la instancia previa ya analizada contesta el agravio por sí mismo.

Comparto en este sentido lo afirmado por la jueza de instancia anterior respecto de que en el juicio se acreditó la acusación fiscal contra D. F. acerca de que intervino en el hecho de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa con un aporte específico como es el de reducir las posibilidades de defensa de la víctima.

Ello, en tanto la tomaba desde atrás mientras D. M. procuraba que le practicara sexo oral desde adelante. Además, considero pertinente el análisis que realiza la jueza en la sentencia acerca de que lo denunciado por la víctima permite advertir conductas que podrían ser calificadas por abuso sexual simple por parte de D. F.. Así, Y.V.F. describió que D. F. la sostenía, le bajaba los pantalones, la apoyaba con su zona pélvica y la empujaba.

La víctima, específicamente mencionó que era como un intento de «metérsela» —en alusión al pene— pero que no podía reconocer si el acusado estaba desnudo o no.

Es importante destacar que esto ocurría mientras D. M. por delante de aquella la forzaba para que le realizara sexo oral. Considero correcta la apreciación de la jueza de instancia anterior sobre el límite que implica para su jurisdicción que el Ministerio Público Fiscal únicamente le atribuyera a D. F. su intervención delictiva como partícipe secundario del hecho de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa y que, por ello, no condenó por otros delitos que consideró que también estaban acreditados.

Por su parte, respecto del agravio de que los intervinientes del hecho de abuso sexual con acceso carnal desistieron voluntariamente del hecho y la solicitud de aplicación del **art. 43**, debe ser descartado de plano. Como bien quedó acreditado el hecho resultó una agresión sexual calificable como abuso sexual con acceso carnal.

Si bien el delito no se logró consumar, debe analizarse si ello resultó por causas ajenas a los acusados o si fue producto de su desistimiento voluntario.

Como sostuve en el **precedente «Talaguirre Castillo»** la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de desistir luego de que se alcanzó el estadio de la **tentativa acabada**.

Con posterioridad a este punto de cesura del iter criminis, el autor realizó todo lo necesario para alcanzar el resultado o perdió el control del riesgo sobre el curso lesivo, y la no producción del resultado no puede ser considerada en su favor.

En este sentido, mientras D. F. sostenía por detrás a Y.V.F., D. M. la tomaba de la cabeza y la empujaba hacia su pene para que le practicara sexo oral.

La víctima afirmó que incluso les llegó a pasar el pene por su boca y que no logró introducirlo porque ella tenía la boca cerrada y forcejeaba con ellos. Y.V.F. explicó que como su hija, que tenía en brazos lloraba, la puso en el suelo y esto hizo que la niña lloraba aún más mientras tironeaba a Y.V.F. por el pantalón.

Como correctamente resolvió la jueza de instancia anterior, la prueba del hecho permite sostener que no continuaron hasta la consumación del delito en razón de que no lograban eludir el llanto de la niña ni la resistencia de la víctima que forcejeaba y se negaba a abrir la boca.

En este sentido, el abuso sexual con acceso carnal no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad de los acusados y no resulta pertinente la aplicación de lo previsto en el art. 43 del CP.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», «**Acuña**» y **más recientemente**, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**», «**González Sosa**» e «**Hisa**», entre otros) ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados L. A. D. M. y J. O. D. F..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

55- GONZALEZ. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG				PCE										
VS	-	-	-	IE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcGPD.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, 150, 162 y 55; arts. 119, 3° párrafo, y 55 del CP.

Vox: VG. Coacciones. Violación de domicilio. Hurto simple. Contexto de violencia de género. Abuso sexual con acceso carnal. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** y pago de costas por considerárselo autor penalmente responsable de los delitos de coacciones, violación de domicilio y hurto simple, todo en concurso real y en contexto de violencia de género y abuso sexual con acceso carnal, por dos hechos en concurso real (arts. 149 bis, segundo párrafo, 150, 162 y 55; arts. 119, tercer párrafo, y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2829, pronunciada por el TPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Brancello Urbón. 05-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Castro. 04-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201204_FcCLS.pdf
- Castillo Ordoñez. 11-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220511_FcCOA.pdf
- Sosa Ortubia. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Lucero Lorca. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcSOA.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-07188078-2/1((038601-10025)) FC/ GONZALEZ PERALTA DAVID RICARDO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (10025) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106351977*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la sala segunda de la suprema corte de justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07188078-2/1 caratulada “FC/ G. P., D. R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de D. R. G. P. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.829 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en las causas n° P-110.578/21 y P-10.025/22, a la pena de ocho años de prisión y pago de costas por considerárselo autor penalmente responsable de los delitos de coacciones, violación de domicilio y hurto simple, todo en concurso real y en contexto de violencia de género (causa P-110.578/21) y abuso sexual con acceso carnal (causa P-10.025/22), por dos hechos en concurso real (arts. 149 bis, segundo párrafo, 150, 162 y 55; arts. 119, tercer párrafo, y 55 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia previamente individualizada ha tenido por acreditado los hechos que han sido objeto de investigación en dos causas distintas y acumuladas.

En el marco de la causa P-110.578/21, el tribunal ha tenido por probado que el día 25 de octubre de 2021, siendo aproximadamente las 17:30 hs., momento en el que la víctima A.M.G.A. estaba en su vivienda – sita en B° Venier, de la localidad de Palmira, San Martín–, G. P., ex-pareja de la víctima ingresó al patio de su morada y le manifestó «me llevo la bicicleta». Frente a la negativa expresada por A.M.G.A., G. P. le manifestó: «me la llevo de huevos, los milicos me chupan un huevo. Si me ponés la denuncia vas a ver lo que te va a pasar a vos y a tus hijos», para luego apropiarse en forma ilegítima de la bicicleta color amarillo, con manubrio tipo mountain bike negro, rodado 26, y darse a la fuga.

Para así decidir, el tribunal de la instancia previa valoró diversos elementos de prueba.

En primer lugar, la versión que de estos hechos proporcionó la denunciante, cuyo relato ha sido calificado como creíble, coherente y ordenado, por lo cual el tribunal consideró que sus dichos resultaban decisivos para acreditar la materialidad de los hechos investigados (ver, al respecto, min. 8:30 de la lectura de los fundamentos).

En segundo término, el tribunal hizo también referencia a la pericia psíquica del imputado (fs. 52/53).

Las acciones desplegadas por el imputado y objeto de investigación en esta causa, fueron calificadas como típicas de los delitos de coacciones, violación de domicilio y hurto simple, todo en concurso real y en contexto de violencia de género.

Asimismo, en la causa P-10.025/22, el tribunal ha tenido por acreditado que el día 25 de diciembre de 2021, en horas de la mañana, momento en que A.M.G.A. estaba en su vivienda, G. P. ingresó en la misma, le realizó tocamientos en distintas partes del cuerpo, la obligó a practicarle sexo oral y la accedió carnalmente por vía vaginal y anal. Más tarde, en esa misma jornada, en horario cercano al mediodía, mientras la víctima se encontraba durmiendo en su habitación, el imputado la desvistió y la accedió por vía vaginal.

En relación con estos hechos, el tribunal también ha valorado diversos elementos de prueba, entre ellos y de forma particularmente relevante, los dichos vertidos en declaración testimonial por la víctima al momento del debate, así como también el testimonio de S. D. B., joven que prácticamente ha sido criado por A.M.G.A. y quien manifestó, respecto de G. P., que: «no se podía vivir con este señor».

Así las cosas, el tribunal concluye que el imputado «hizo lo que quiso con el cuerpo de la víctima, en el momento en que lo necesitó» (ver, al respecto, min. 31 de la lectura de los fundamentos), resolviendo las tímidas negativas de A.M.G.A. con más violencia e intimidación. Sus acciones, objeto de investigación en esta causa, fueron definidas como conductas dolosas y reprochables, calificadas entonces como típicas del delito de abuso sexual con acceso carnal.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de G. P. afirma que la sentencia impugnada adolece de motivación arbitraria, pues la condena impuesta no encuentra sustento en los elementos de prueba sino que se apoya, exclusivamente, en la íntima convicción personal del tribunal actuante.

Según el criterio de la defensa, una valoración correcta de los elementos válidamente incorporados al proceso –a la luz de la sana crítica racional– debió conducir a un veredicto absolutorio.

En primer lugar, si bien la parte recurrente no pone en crisis el contenido de los informes del EDeAAS ni el de los exámenes psicológicos efectuados al imputado, sí cuestiona que estos hayan sido los únicos elementos de prueba valorados por el tribunal a los fines de fundar una condena.

Se agravia, en definitiva, por considerar que el plexo probatorio de cargo es insuficiente para emitir condena y que el tribunal ha valorado de modo parcial la totalidad de la prueba incorporada.

Manifiesta que, de hecho, el tribunal no ha logrado explicar el motivo por el cual la víctima brindó dos versiones distintas del hecho calificado como abuso sexual con acceso carnal.

Señala que, en la etapa de la instrucción de la causa, la víctima inicialmente denunció dos hechos de abuso sexual (esto conforma la plataforma fáctica expresada en el requerimiento de citación a juicio) mientras que, en la etapa del plenario, solo refirió haber sufrido un abuso sexual.

Según la defensa, la parcialidad denunciada queda en evidencia cuando el tribunal omite hacer referencia al testimonio brindado por la Sra. B., vecina de la víctima. Esa persona manifestó haber viajado en colectivo con A.M.G.A. y que, en dicha oportunidad, esta última no le manifestó haber sido abusada –tal y como había declarado la víctima–.

Ello pone en crisis la supuesta coherencia y credibilidad de su relato, el cual representa el núcleo de la prueba de cargo en la que el tribunal sustenta la condena impuesta.

En segundo término, el recurrente manifiesta que el tribunal de la instancia previa no se ha expedido respecto del argumento relativo a la disminución de la capacidad de culpabilidad oportunamente planteado por la defensa al momento de los alegatos.

Conforme dicho argumento, es muy probable que el acusado, debido a su estado de intoxicación alcohólica, no haya comprendido cabalmente la criminalidad del acto sexual denunciado por la víctima.

Por las razones expuestas, solicita que se anule la sentencia condenatoria emitida y reenvía la causa a la

instancia previa, a los fines de realizar un nuevo juicio. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto por la defensa, si bien resulta formalmente procedente, debe ser rechazado desde el punto de vista sustancial y, por tanto, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

Al respecto, el titular del Ministerio Público Fiscal refiere que la queja formulada consiste en una mera discrepancia respecto de la valoración que del plexo probatorio ha realizado el tribunal de la instancia previa.

En su opinión, la sentencia emitida por el tribunal de la instancia previa se encuentra debidamente motivada y no adolece de las falencias que puntualiza el recurrente, habiendo valorado la prueba de forma íntegra y relacionando cada uno de los elementos incorporados a la causa.

Entre ellos, señala que se hizo referencia expresa a las declaraciones vertidas por A.M.G.A., los exámenes e informes efectuados por los profesionales en el marco de ambas causas y las declaraciones de los testigos que concurrieron al debate, todo lo cual permite acreditar el contexto de violencia en el que se enmarcaba la relación que éste mantenía con la denunciante y reforzar la credibilidad del relato de esta última.

Por las razones expresadas, el Procurador General entiende que el recurso de casación interpuesto por la defensa de G. P. debe ser rechazado y, por tanto, corresponde confirmar la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

De la compulsión de las actuaciones y la revisión de las audiencias practicadas, lo primero que corresponde destacar es que el tribunal de la instancia previa –al momento de la valoración de la prueba– ha adoptado una perspectiva conforme a lo establecido por los criterios contenidos en la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En efecto, la necesidad de adoptar tales lineamientos a la hora de valorar el plexo probatorio fue expresamente justificada por el presidente del tribunal al inicio de la lectura de los fundamentos de la sentencia.

Allí expresó que, en el transcurso del debate, ha quedado demostrada la existencia de una lógica relacional entre imputado y víctima, en la que la violencia tuvo un lugar determinante (ver, al respecto, min. 3:00).

En relación con la necesidad de adoptar la perspectiva de género dentro del proceso penal, ya tuve ocasión de pronunciarme, entre otros, en los precedentes **«Cruz Caporiccio»**, **«Brancello Urbón»**; **«Merlo Lassa»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **«Vega»**; **«Zurita»**; **«Castro Luis»**; **«Castillo Ordoñez»**; **«Sosa Ortubia»** y **«Lucero Lorca»**.

Al resultar aplicables al presente caso los lineamientos desarrollados en los citados precedentes, corresponde remitirse a las consideraciones allí realizadas.

Con base en dicha perspectiva, el agravio esgrimido por la defensa y centrado en la credibilidad que se le otorgó al relato de la víctima, no puede prosperar.

En primer lugar, porque en hechos punibles como el que ha sido objeto de este proceso judicial, la víctima está atravesada por una particular vulnerabilidad derivada de su condición de mujer sometida a un espiral

de violencia por parte de su ex pareja, producto de una relación disfuncional y asimétrica.

En ese contexto, he sostenido que sus declaraciones ostentan un valor fundamental en la comprobación de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.

Esas declaraciones deben ser evaluadas teniendo en cuenta el «contexto» de violencia en el que se desenvuelve el vínculo entre la víctima y el imputado, por lo que no puede exigirse a aquélla un nivel exhaustivo de detalle en la percepción y el recuerdo de las situaciones violentas constitutivas de delitos que han sido objeto de investigación.

En segundo término, cabe destacar que estas apreciaciones han sido debidamente fundamentadas por el tribunal de la instancia previa con base en las concretas particularidades de la causa, justificando así la credibilidad que le confirió al relato de la víctima.

Debe recordarse que en ese debate se sustanciaron tres causas distintas, todas ellas vinculadas a un contexto de violencia de género, y que todos los elementos de prueba incorporados en las tres causas han sido valorados en la inmediatez del juicio oral y confluyen a demostrar la existencia de una relación asimétrica (dominio y control por parte del imputado, sometimiento de parte de la víctima) en cuyo contexto se han producido los atentados contra la autonomía sexual que denuncia en su relato A.M.G.A. La valoración de ese testimonio ha sido fundamentada, por un lado, en «sus claras referencias temporales y espaciales [...], por detalles que dio sobre la situación en análisis, por la coherencia externa e interna de su discurso, por sus referencias hacia la propia subjetividad como también hacia la subjetividad de G. en el momento en que tuvieron lugar los hechos (las referencias al miedo que sintió y que G. entró furioso a la propiedad, los improperios que le profirió)», entre otras cosas.

Por otro, la credibilidad del discurso de la denunciante ha sido sustentada por el Tribunal haciendo referencia expresa al informe de fs. 94 (causa P-10.025/22, realizado en octubre de 2021) y en el que se consignó que la víctima presenta un nivel intelectual promedio y consciencia lúcida, así como también una memoria que no se encuentra afectada por patología alguna.

Se logró acreditar también que la víctima posee una relación conflictiva y asimétrica con el imputado, una tendencia al sometimiento, aislamiento, temor y realización de conductas impuestas, todo ello producto de situaciones de violencia psicológica y física (incluso en el ámbito sexual) que incluyen la irrupción intempestiva de su ex-pareja en el domicilio.

Asimismo, el Tribunal ha dado particular valor probatorio a las conclusiones emitidas por los profesionales miembros del EDeAAS, quienes intervinieron en el caso analizando los indicadores de abuso y factores de credibilidad que presentaba el relato de la víctima.

En relación con lo primero, el Tribunal ha tenido en cuenta que la víctima presenta sentimientos de bronca hacia el imputado, nervios, ansiedad, tendencia a comer en exceso con el fin de aumentar de peso y así eliminar el interés sexual del imputado, entre otros.

Respecto de lo último, el Tribunal valoró el estado psicológico general de la víctima –era normal, sin patología mental en curso–, el hecho de no presentar rasgos de personalidad compatibles con la fabulación ni la mitomanía y que su relato era claro, espontáneo, detallado y coherente, pues gozaba de coherencia interna, sin revelar tampoco finalidad ganancial.

Valoró también el Tribunal que los profesionales no observaron motivaciones espurias para denunciar, calificaron su relato como coherente, estructurado y espontáneo, concluyendo en que presentaba diversos criterios de credibilidad (ver, al respecto, min. 23:35 de la lectura de los fundamentos).

Finalmente, el Tribunal se refirió al llanto espontáneo que por momentos experimentó la víctima en diversos momentos de su exposición en el debate, todo lo cual le permitió descartar que el correlato

emocional de aquélla fuera artificial.

En este sentido, adujo que la forma en que declaró la víctima constituye una expresión clara de la existencia de un vínculo con el imputado que está marcado por la violencia del segundo –quien ejerce el control y la dominación– sobre la primera –quien revela indicadores de temor y sometimiento–.

Además de los elementos vinculados al relato de la víctima, el Tribunal valoró también otros elementos de prueba que le permitieron tener por acreditado el contexto de violencia de género en el que sucedieron los hechos.

Entre ellos, cabe mencionar, en primer término, el testimonio de S. D. B., joven que prácticamente ha sido criado por la víctima y quien manifestó, respecto de G. P., que: «no se podía vivir con este señor».

En segundo lugar, el Tribunal tuvo en cuenta también la pericia psicológica efectuada al imputado, valorando que G. P. presenta una actitud rígida y estereotipada, predominio de una actitud defensiva y suspicaz, consumo problemático de alcohol y sustancias estupefacientes (en particular, cocaína) y, ante situaciones de tensión o cuando se encuentra bajo los efectos de la intoxicación, pueden fallar los mecanismos defensivos y dar lugar a conductas impulsivas.

Disiento también con la valoración que –según la defensa– corresponde hacer del testimonio de A. P. B., amiga y vecina de la víctima.

De la compulsión de tal testimonio, es cierto, no surge que la víctima le haya expresado a la testigo, con suma claridad y detalle, la existencia de un abuso sexual con acceso carnal. No obstante y por un lado, tampoco la víctima adujo tal cosa en el debate; de hecho, sólo manifestó haberle dicho a su vecina, en oportunidad del viaje en colectivo realizado, que había sido «ultrajada».

Por otro lado, ese testimonio resulta revelador en relación con el siguiente dato: el día en que sucedieron los hechos, la víctima manifestó claramente que la presencia de G. P. en su casa le resultaba amenazante, expresando su deseo de que, al volver, esperaba que aquél se hubiera retirado. Por esas razones, no se puede coincidir con la afirmación de la defensa, según la cual el contenido de este testimonio afectaría la credibilidad y coherencia del relato de la víctima.

En definitiva, el agravio incoado por la defensa en relación con que la sentencia emitida adolece de una motivación arbitraria y exclusivamente fundada en la íntima convicción del tribunal interviniente, no puede ser acogido en esta instancia.

La motivación de la resolución impugnada luce adecuada a las constancias incorporadas a la causa y la prueba producida en el debate, toda la cual ha sido valorada de conformidad con la perspectiva de género que el caso requiere.

Por último, corresponde contestar el agravio defensivo en función del cual la defensa afirma que el estado de intoxicación alcohólica del acusado al momento de los hechos –producto de un consumo problemático tanto de alcohol como de sustancias estupefacientes ilegales– haya podido afectar su capacidad para comprender la criminalidad del acto sexual –en función de estar ausente o viciado el consentimiento de la víctima–.

Al respecto, entiendo que el agravio incoado no puede prosperar, pues la defensa no ha aportado argumento alguno que permita demostrar que la valoración efectuada por el Tribunal, respecto de la circunstancia mencionada, haya sido arbitraria o parcial.

En este sentido, debe destacarse que el Tribunal valoró oportunamente el consumo problemático del acusado, por un lado, haciendo referencia a las conclusiones expuestas en su examen psíquico.

Afirmó entonces el Tribunal que, según los especialistas, G. P. no podía ser considerado inimputable en los términos del art. 34 del CP.

Asimismo y en relación con el momento preciso del acto sexual, la víctima tampoco manifestó en el debate que el estado de intoxicación del imputado haya sido de tal magnitud que permita inferir su transitoria inimputabilidad.

Más bien al contrario, al ser interrogada al respecto afirmó que «estaba borracho, sí, pero tampoco se caía».

Por otro lado, el tribunal valoró este consumo problemático de alcohol y demás sustancias estupefacientes como un importante factor de atenuación al momento de determinar la pena efectivamente impuesta a G. P. (ver, al respecto, min. 33:00 de la lectura de los fundamentos), de modo tal que, en este punto, no existe la omisión de valorar la prueba de descargo que la defensa alega.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**G. Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», «**Acuña**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**», «**G. Sosa**» e «**Hisa**», entre otros). ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de D. R. G. P..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

56- CONTRERA. 22-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE IE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	491

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231222_FcCRF.pdf

Lex: Art. 119, 1º párrafo en función con el art. 119, 3º párrafo, 58, 72 inc. 2º del CP. Art. 9, 491 del CPP Art. 8.2 y 8.4 de la CADH. Art. 14.7 del PIDCyP. Art. 75 inc. 22 de la CN.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Instancia de acción penal. Retracción. Principio de la doble persecución penal. Non bis in idem o ne bis in idem. Error de tipo objetivo. Dolo. Recurso de queja. Extemporaneidad de la presentación de la fundamentación del recurso in pauperis del acusado. Doble conforme.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión**, por encontrárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal –un solo hecho– (arts. 119 primer párrafo en función con el art. 119 tercer párrafo del CP). Asimismo, se revocó la condicionalidad de la pena impuesta por ese mismo tribunal, unificándose ambas condenas a la pena única de siete años de prisión (art. 58 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2107 (03-05-22), pronunciada por el TPC N° 2 - 1º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Non bis in idem

- Roldán Carrera. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Tur Pizarro. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcTur.pdf
- Biscontín Tobares. 17-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=581>
- Ahumada Núñez. 14-11-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIxMjQ=&ta bla=c2M=>

“...La interposición por el órgano acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio, no viola ninguna garantía constitucional, particularmente el ne bis in idem, en tanto esta garantía opera cuando se dispone una nueva persecución penal o la realización de un nuevo juicio mediando sentencia absolutoria firme y la misma es resultado de un proceso llevado a cabo con total

observancia de las normas que lo rigen, es decir cuando resulta una derivación razonada del derecho vigente....”

b-CSJN

- Kang. 27-12-11
<https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3100>

- Sandoval. 31-08-10

c-CIDH

- Mohamed vs. Argentina. 23-11-12:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf
- Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, párrafo 161. 04-09-98:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 159. 02-07-04:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Doctrina citada

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, tercera edición, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1982, tomo I, pp. 278/281.

MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.011, Tomo II, pp. 676/677.

DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1151, nota 61.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal. Nociones Fundamentales, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, T. 1, p. 366, nota 128.

OTTAVIANO, Santiago, «El recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos», Revista de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007

Parágrafos destacados

“...de acuerdo con los precedentes individualizados, la vulneración de esa garantía **sólo se produce cuando se ordena una nueva investigación, persecución penal o la celebración de un nuevo juicio respecto de una persona que haya sido absuelta, siempre que la sentencia que dispuso esa absolución haya adquirido firmeza**. De tal manera, entonces, mientras la sentencia condenatoria no sea producto de la realización de un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada la misma debe entenderse emitida dentro de una etapa de un mismo proceso penal. Este aspecto impide considerar que la condena posterior a una absolución violente el derecho a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho como lo entiende la defensa, desde que la anulación de esta última durante una de las etapas que comprende el debido proceso legal, precisamente, la etapa recursiva, no determina la reedición de un debate ya realizado como consecuencia de una impugnación acusatoria. Esa interpretación se ajusta plenamente al derecho internacional...”

“...En ese mismo sentido, Maier advierte la existencia de una persecución penal oficial, pero subordinada a una condición que, concretada, habilita la acción del Estado y se vuelve irrevocable...”(Dra. Day)

SCJM. Dra. Day. Dr. Gómez. Dr. Llorente. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06896827-9() FISCAL C/CONTRERA ROBLEDO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (707859) P/ RECURSO DE CASACIÓN *106144152*

En Mendoza, a veintidós días del mes de diciembre del año veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06896827-9/1 caratulada “F. C/C. R., F. Y. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/QUEJA”. La defensora titular de la Defensoría de Pobres y Ausentes N° 14, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia n° 2.107 de fecha 3 de mayo de 2022, y sus fundamentos, del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en Sala Unipersonal.

Ello, en tanto condenó a F. Y. C. R., en el marco de la causa n° P-707.859/19, a la pena de siete años de prisión, por encontrárselo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal – un solo hecho– (arts. 119 primer párrafo en función con el art. 119 tercer párrafo del CP). Asimismo, se revocó la condicionalidad de la pena impuesta por ese mismo tribunal, mediante sentencia n° 1.340, por la cual se lo condenó a la pena de un año de prisión en suspenso en el marco de los autos n° P707.859/19, unificándose ambas condenas a la pena única de siete años de prisión (art. 58 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARÍA TERESA DAY, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa consideró acreditado que aproximadamente en el mes de marzo de 2.019 F. Y. C. R., en el domicilio ..., Mendoza, intentó tener relaciones sexuales con su pareja L.M.A, y como ésta se negó manifestándole que no quería estar más con él, la tomó por la fuerza en contra de su voluntad y comenzó a darle besos. Seguidamente, mientras le apretaba las manos, le sacó la remera, luego el pantalón, la penetró con su miembro en la vagina.

Si bien en el requerimiento de citación a juicio al acusado se le atribuyeron hechos de abuso sexual en un número indeterminado respecto de L.M.A, la plataforma fáctica quedó acotada a un solo hecho durante el alegato por la representante del Ministerio Público Fiscal. De la valoración de la prueba rendida en el debate oral y la debidamente incorporada y obrante en la causa, el tribunal de la instancia previa consideró que existían elementos suficientes para condenar al acusado por este delito.

2.- El recurso de casación

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios de derecho sustancial y procesal y, a tal efecto, impetra su nulidad.

En primer lugar, aclara que ejerció su ministerio recién ante la orden de reenvío de este Tribunal, lo que considera violatorio de la garantía constitucional de prohibición de ne bis in ídem.

En este sentido, refiere que se ha realizado el segundo juicio sin oportunidad de presentar nuevo ofrecimiento de prueba, acto que entiende forma parte del debate oral y público y que viola el debido proceso.

Cuestiona el rechazo de su planteo en la instancia anterior por falta de invocación de razones de esa parte con cita de jurisprudencia de este Tribunal en «**Rosales Hegler**».

Afirma que esta Corte ha dejado de lado la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente «Kang». Detalla que en el voto de la mayoría se entiende que no se puede reeditar el debate frente a una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido.

De este modo, a su criterio, el juicio de reenvío violentaría la garantía de prohibición de ne bis in ídem. Cita doctrina en idéntico sentido y cuestiona que, no obstante resultar argumento para ello la ausencia de perspectiva de género del juez de sentencia, se ha propiciado la revictimización de la víctima con un nuevo debate y se ha sometido al defendido a un nuevo proceso sin la consideración de nuevas pruebas que lo ameriten, lo que implica una doble persecución.

En segundo lugar, refiere falta de conocimiento por parte de la denunciante del significado y alcance de la instancia penal la que, sostiene, se tuvo por instada con el acta de la investigación penal preparatoria de fs. 26.

Entiende que el juez de sentencia tuvo por cierto dicho conocimiento con los dichos de la fiscal, que no estuvo presente en ese acto y sin considerar que fue la propia víctima quien en el debate aseveró desconocer su significado.

Expresa que ese acto, que además no fue controlado por la defensa y dio inicio a la investigación de un delito, no puede ser sinónimo de voluntad de L.A.M. A su criterio ello derriba todo el proceso en contra del acusado y, a pesar de ser entendido por el tribunal como parte de la retractación, no es sino un factor muy anterior a ésta, razón por la que peticona la nulidad absoluta de la sentencia por falta de instancia.

En definitiva, solicita que se declare la nulidad de la sentencia cuestionada por falta de acción, así como la nulidad del reenvío por violación al principio de ne bis in ídem y, en consecuencia, que se absuelva a su defendido retro trayéndose la situación procesal de C. R. a la adquirida por la sentencia nº 1340. Finalmente, hace reserva de recurso extraordinario federal y por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General al momento de dictaminar aconseja el rechazo del recurso de casación articulado por la defensa del acusado.

Respecto del cuestionamiento en relación con la promoción de la instancia refiere que resulta claro que la víctima instó la acción penal y que, por ello, las disquisiciones acerca de si la víctima entendía el concepto o si le había sido debidamente explicado, quedan en el plano subjetivo interno, lo que se conjuga con su voluntad de retractación y su condición de víctima de violencia de género.

Añade que dicha instancia está puesta en favor de la víctima y no puede ser utilizada por la defensa. En cuanto a la violación del principio de prohibición ne bis in ídem señala que no fue fundamentada en el debate y su rechazo no supone lesión a la garantía constitucional, en tanto para ello debe existir sentencia firme, lo que no acontece en estos obrados. Cita la jurisprudencia de esta Sala en «Rosales Hegler». En función de lo expuesto, entiende que existe en la sentencia cuestionada una debida fundamentación, con la correcta aplicación de la ley sustantiva. De tal manera, al no existir arbitrariedad en aquella resolución, estima que el recurso no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante.

Puesta a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que, en base a los motivos que se expondrán a

continuación, corresponde rechazar el recurso de casación articulado por la defensa del acusado y, en consecuencia, confirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos. En resumidas cuentas, la recurrente plantea su impugnación sobre la base de dos ejes centrales.

El primero, vinculado con la prohibición de doble persecución penal, garantía que estima vulnerada en perjuicio del acusado con el fallo emitido por este mismo Tribunal –con una composición diversa a la actual– que, en instancia de revisión extraordinaria, admitió el recurso de casación articulado por el Ministerio Público Fiscal, anuló parcialmente la sentencia absolvió a su representado de alguno de los hechos que conformaron el objeto del proceso y, en consecuencia, dispuso el reenvío de estos obrados para que un tribunal subrogante realice otro juicio y emita un nuevo pronunciamiento. El segundo, referido a la falta de instancia de la acción penal inherente a los delitos por los que se lo acusa, y la consecuente invalidez del debate que determinó la condena que hoy impugna. En ese orden se abordarán los cuestionamientos defensivos.

a.- Acerca de la vulneración del principio de la doble persecución penal (*non bis in idem* o *ne bis in idem*)

A los efectos de alcanzar una decisión debidamente fundada sobre esta cuestión, estimo necesario efectuar un breve repaso de aquellos antecedentes de la causa que estimo relevantes en esa dirección, puesto que son éstos los que imponen la improcedencia del planteo defensivo.

En ese sentido, surge de la compulsa de los presentes obrados que mediante sentencia n° 1.340 de fecha 26 de noviembre de 2.020, el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en sala unipersonal, **absolvió al acusado** del delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos (arts. 119 primer párrafo en función con el art. 119 tercer párrafo del CP), y lo condenó a un año de prisión de ejecución condicional por los delitos de amenazas simples y lesiones leves dolosas agravadas por haber existido relación de pareja y por mediar violencia de género (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto, art. 92 en función con el art. 89 y art. 80 inc. 1 y 11 del CP).

Seguidamente, la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia individualizada, en cuanto absolvió al acusado de alguno de los delitos enrostrados, entendiendo que **adolecía de vicios formales y sustanciales** que lo descalificaban como acto jurisdiccional válido.

En razón de ello, solicitó a este Cuerpo la anulación del decisorio impugnado, con el consecuente reenvío al subrogante que correspondiera para la realización de un nuevo juicio oral.

En ese contexto, este Cuerpo –con una integración diversa de la actual–, resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, **anular parcialmente la sentencia impugnada** y sus fundamentos, y remitir la causa a la OGAP del Tribunal Penal Colegiado N° 2 para que determinara el tribunal que debería intervenir en el nuevo debate, a fin de emitir un nuevo pronunciamiento.

Para así decidir, consideró que el tribunal de la instancia previa había valorado arbitrariamente el plexo probatorio producido e incorporado al debate, sin la debida consideración del contexto de violencia de género dentro del cual se insertan los hechos del proceso.

Vicio que habría determinado la indebida aplicación del principio de la duda para fundamentar la absolución del acusado respecto de aquella porción de las conductas perpetradas contra la víctima y denunciante de autos, los que fueron calificados por la acusación pública bajo los delitos de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos.

La sentencia emitida por este Cuerpo no fue objeto de impugnación por parte de la defensa del acusado. Razón por la cual, habiendo quedado firme se remitieron las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2

de la Primera Circunscripción Judicial donde se realizó un nuevo debate.

Al momento del cierre del debate, y en oportunidad de formular sus alegatos, la defensa **solicitó la nulidad del juicio** por entender que la acción penal no fue debidamente instada por la presunta víctima de autos y, también, porque mediante su realización se violaba la prohibición del doble juzgamiento.

Petición nulificante que fue acompañada, en subsidio, del pedido de absolución por la duda a su defendido, tanto por inexistencia de elementos de convicción suficientes, como por existencia de un error de tipo objetivo indicativo de la ausencia de dolo que permitía la aplicación del **art. 34 del CP**.

Arribados a este estado, luego que la representante del Ministerio Público Fiscal se pronunciara por el rechazo de la incidencia planteada, el tribunal de la instancia anterior resolvió –en lo que aquí interesa para la solución del caso– rechazar el planteo de nulidad absoluta por falta de instancia de la acción penal formulado por la defensa técnica del acusado, desestimar el cuestionamiento sobre la violación del principio que prohíbe la doble persecución penal y, finalmente, condenar al acusado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (un solo hecho) a la pena de siete años de prisión, conforme los hechos que se consideraron probados y reseñados en el apartado 1 de este voto. Ese fallo condenatorio fue objeto de un recurso de casación formulado por la defensa del acusado. El tribunal impugnado lo rechazó formalmente, por considerar que su presentación había sido extemporánea.

Contra esa resolución, la recurrente presentó **recurso de queja** que, finalmente, fue admitido por este Cuerpo.

Ello, al considerar que, si bien el recurso de casación había sido presentado en forma extemporánea, como lo había entendido el tribunal de juicio en el auto impugnado, lo cierto es que las circunstancias particulares de este caso permitían afirmar que, **no obstante la extemporaneidad de la presentación de la fundamentación del recurso in pauperis del acusado por parte de su defensa técnica**, la queja debía prosperar con la finalidad de asegurar el doble conforme (art. 8.2 de la CADH).

Como lo adelantara, el repaso por las actuaciones, brevemente reseñadas, determinan el rechazo del cuestionamiento sobre la alegada violación de la prohibición de doble persecución penal en los términos en que la defensa lo plantea.

Esto, por cuanto resulta acertada la decisión del tribunal de la instancia previa al resolver del modo en que lo hizo. Solución que se observa coincidente con la posición que esta Sala ha adoptado en forma pacífica y reiterada en la materia discutida a través de diversos precedentes, en los que particularmente se examinó la naturaleza, características y alcances que presenta la garantía procesal que impide juzgar más de un vez a la misma persona por el mismo hecho, denominada por su aforismo en latín **non bis in idem (o ne bis in idem) (ver, al respecto, «Roldán Carrera», «Ahumada Núñez», «Tur Pizarro», «Biscontín Tobares», entre otros)**.

En primer lugar, no puede soslayarse que, tal como fuera reseñado, esta Sala Segunda –con distinta composición a la actual– oportunamente admitió formalmente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria que benefició a F. Y. C. R.. A partir de ello, es posible considerar que, al hacerlo, este Tribunal entendió que no existía controversia constitucional ni convencional entre las disposiciones procesales que les reconocían a los órganos acusadores –público y privado– legitimación para recurrir en casación una absolución.

Pues, de haberlo entendido así, habría rechazado la presentación realizada, con base en la falta de impugnabilidad objetiva y subjetiva.

Luego de ello, y tras haberse resuelto favorablemente que la presentación casatoria reunía los requisitos

previstos en el ordenamiento procesal, acogió sustancialmente la pretensión del recurrente y, en consecuencia, dispuso anular aquella parte de la sentencia que desvinculaba del proceso al acusado en relación con el delito de abuso sexual con acceso carnal en un número indeterminado de hechos.

Resolución que nunca fue impugnada por la defensa técnica del acusado, ya que no existe constancia en autos sobre algún planteo defensivo dirigido a cuestionar la legitimidad que el ordenamiento procesal local le reconoce al Ministerio Público Fiscal de recurrir en casación una sentencia absolutoria.

La inexistencia de recurso alguno contra aquel decisorio determinó, por tanto, que el mismo adquiriera firmeza y posibilitara –luego– la válida realización del nuevo debate oral.

En segundo lugar, y aquí lo más trascendente para convalidar la decisión que adoptó el tribunal de la instancia previa al resolver la incidencia planteada, es que, de acuerdo con los precedentes individualizados, la vulneración de esa garantía **sólo se produce cuando se ordena una nueva investigación, persecución penal o la celebración de un nuevo juicio respecto de una persona que haya sido absuelta, siempre que la sentencia que dispuso esa absolución haya adquirido firmeza.**

De tal manera, entonces, mientras la sentencia condenatoria no sea producto de la realización de un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada la misma debe entenderse emitida dentro de una etapa de un mismo proceso penal.

Este aspecto impide considerar que la condena posterior a una absolución violente el derecho a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho como lo entiende la defensa, desde que la anulación de esta última durante una de las etapas que comprende el debido proceso legal, precisamente, la etapa recursiva, no determina la reedición de un debate ya realizado como consecuencia de una impugnación acusatoria. Esa interpretación se ajusta plenamente al derecho internacional.

Así, entre los instrumentos supranacionales dotados de obligatoriedad jurídica que se preocupan por asegurar la aplicación de esta regla, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya fue condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Por su parte, en el ámbito regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su artículo 8.4 que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Los dos tratados mencionados forman parte del derecho interno de la República Argentina mediante las leyes 23.313 y 23.054, sin perjuicio de que a partir de la reforma constitucional operada en el año 1994, adquieren jerarquía constitucional mediante su incorporación al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El temperamento reseñado resulta plenamente aplicable al caso traído a consideración de esta instancia, en el que la Sala anuló –en virtud del recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal– la absolución del acusado y dispuso la realización de un nuevo debate oral y público. Absolución en favor de C. R. que, como ha quedado plasmado en el derrotero procesal brevemente reseñado, nunca adquirió firmeza.

Razón por la cual, debe afirmarse que el nuevo juicio se celebró a su respecto, no constituye más que una etapa dentro del mismo proceso en el que se investiga su conducta.

De ahí que resulta claro que no se ha producido vulneración de ningún principio de jerarquía constitucional o convencional y ello permite dar por concluida la cuestión planteada por la defensa.

En tercer lugar, y no obstante que la cuestión representa una reedición de una cuestión que, como se dijo,

no fue resuelta por esta Sala en su anterior integración al remitir la causa para la realización de un nuevo juicio, además de abordada y resuelta adecuadamente por el tribunal de la instancia anterior a la presente, debe señalarse que, en este tramo, **la impugnación formulada tampoco contiene una crítica razonada tendiente a rebatir las premisas argumentativas que sustentan la decisión cuestionada** que conmueva lo allí resuelto sobre la base de una nueva –y mejor– reinterpretación del mentado principio por parte de este Cuerpo.

Esto, en tanto la defensa sólo se limita a sostener que –a su particular y personal criterio– la decisión que adoptó el juez, junto con la jurisprudencia de esta Corte, representaría un apartamiento de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el **precedente «Kang»**, de fecha 27 de diciembre de 2.011.

Sin embargo, observo que al sustentar su pretensión, omite considerar que este Tribunal ya se ha pronunciado al respecto, ofreciendo razones para justificar que la pretensión defensiva implicaría desconocer la evolución, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en el **caso «Mohamed vs. Argentina»** del 23 de diciembre de 2012 del criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la garantía aludida (ver, al respecto, «Roldán Carrera», sentencia del 16 de febrero de 2022).

Así, en esa ocasión la Corte IDH sostuvo que en el caso no se había violado el art. 8.4 de la CADH y lo dijo en estos términos: «En el presente caso, la sentencia que condena al señor Mohamed por el delito de homicidio culposo fue emitida en la segunda instancia del proceso penal.

Esa sentencia condenatoria revocó la sentencia absolutoria que había sido emitida en la primera instancia en ese mismo proceso penal. La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992» (considerando 123). Luego, agregó que «[...] el principio ne bis in idem, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos» (considerando 125). A modo de conclusión, debe afirmarse que la garantía que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho consagrada por el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con jerarquía constitucional en nuestro país, solo veda la posibilidad de que la persona absuelta por sentencia firme – es decir, pasada en autoridad de cosa juzgada– sea sometida a nuevo juicio por los mismos hechos.

Tal prohibición no se viola cuando se pretende, vía recurso acusatorio, la revisión de un pronunciamiento no firme.

En tales supuestos las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal no hacen renacer una acción penal ya agotada, sino que posibilitan un debido control, en el caso, del acto jurisdiccional destinado a poner fin al proceso, porque no es lo mismo un «doble juzgamiento» (prohibido) que el «doble conocimiento en un mismo proceso» (no prohibido) (**OTTAVIANO, Santiago, «El recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos», Revista de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007**).

El proceso penal es uno solo, que se estructura a través de diversas etapas en la que se incluyen los recursos ordinarios contras las sentencias definitivas.

Hasta no agotarse esa etapa recursiva, estamos dentro del mismo proceso, lo cual de modo alguno implica

perseguir penalmente a alguien nuevamente por el mismo hecho (**Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, párrafo 161 y Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 159**).

Por lo tanto, la ratificación de la interpretación de este Tribunal, en consonancia con lo resuelto sobre el punto por la Corte IDH en el precedente citado, demuestra que la interpretación y resolución del a quo es correcta y, paralelamente, sella la suerte adversa de este primer cuestionamiento defensivo.

b.- Inexistencia de la debida instancia de la acción penal.

El segundo agravio expuesto por la defensa implica examinar si en el caso bajo examen, la denuncia realizada por la víctima fue válida para remover el obstáculo de procedibilidad de la acción penal.

Ello, en atención a que conforme el hecho investigado y su calificación legal, estaríamos frente a un supuesto comprendido en el **art. 72, inc. 2, del CP**.

Según la defensa, la presunta damnificada no solo no fue debidamente informada en sede judicial sobre las implicancias derivadas de la denuncia que estaba realizando, sino que tampoco sabía lo que verdaderamente significaba instar la acción penal.

Afirma, además, que L.M.A., de la que no se tuvo en cuenta su grado de cultura y educación, no tuvo conocimiento –o tuvo un conocimiento erróneo– de lo que representaba instar la acción penal desde la óptica procesal y dar inicio a la investigación de un delito penal.

El agravio planteado de este modo, me lleva a la necesidad de abordar dos cuestiones: la primera, vinculada estrictamente a la instancia de la acción penal; la segunda, sobre la pretendida incidencia de la retractación posterior sobre el aspecto volitivo de la denuncia.

Para comenzar, estimo útil señalar previamente que el planteo de nulidad que ahora analizamos ya fue efectuado durante los alegatos por la parte recurrente, y rechazado por el tribunal de juicio.

Para así decidir, refirió:

a) que resulta consabido en materia jurídica que la instancia privada ha sido otorgada a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al acusado, motivo por el cual, la incidencia planteada carecía de interés;

b) que los argumentos de la defensa, donde pondera su actividad laboral previa dentro de la órbita del Ministerio Público Fiscal, implican afirmaciones genéricas que carecen de todo sustento; y,

c) que la falta de entendimiento y/o desconocimiento alegado por la víctima durante el debate, forma parte del discurso que engloba la «retractación», para desdecirse de todo aquello que pueda perjudicar la situación procesal del acusado.

Ahora bien, realizadas estas consideraciones, corresponde, entonces, tratándose de un delito de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72 del CP) –abuso sexual con acceso carnal, art. 119 primer párrafo en función con el tercer párrafo, del CP–, efectuar un breve análisis en relación a la regulación de la instancia por la ley.

Sabido es que la ley penal, al subordinar el ejercicio de la acción penal pública a una manifestación de voluntad de la víctima, cuando se trata de determinados tipos de conductas delictivas, regula la instancia privada (art. 72 del CP) y deja en manos del agraviado la decisión de permitir el ejercicio de la persecución penal instándola o de impedirla, mediante su oposición expresa o inactividad o silencio.

Ahora bien, si la instancia se produce, el particular no tiene luego ninguna posibilidad de revocarla.

Al respecto, Vélez Mariconde refiere que en esta clase de acciones el ofendido no ejerce la acción penal. Per se, únicamente tiene la facultad de carácter sustantivo de provocar e instar la promoción de la acción penal –decisión librada al arbitrio del ofendido, quien debe ponderar intereses familiares y sociales que posiblemente pueden estar en pugna–, más una vez manifestada la voluntad favorable hacia la

persecución, el poder de retracción se disipa de manera irrevocable.

Así, «la facultad del particular es singularísima, pues se agota con su ejercicio; expresada su voluntad favorable a la iniciación del proceso, su poder dispositivo perece, se extingue entera y definitivamente. En otros términos, salvado el obstáculo que se opone a esa iniciación, promovida la acción, toda manifestación de voluntad contraria al ejercicio de la misma es irrelevante» (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, **Derecho Procesal Penal, tercera edición, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1982, tomo I, pp. 278/281**).

En ese mismo sentido, Maier advierte la existencia de una persecución penal oficial, pero subordinada a una condición que, concretada, habilita la acción del Estado y se vuelve irrevocable (MAIER, Julio, **Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.011, Tomo II, pp. 676/677**).

En relación con la forma de la instancia, si bien la ley penal establece que en los delitos dependientes de instancia privada (aquellos tipificados en los arts. 119, 120 y 130 del CP cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91; las lesiones leves, sean dolosas o culposas; el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes) «no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia» del titular de la facultad de instar, a excepción de los casos en que deba procederse de oficio, se entiende que corresponde a la ley procesal local reglamentar la forma de la instancia. En tal sentido, la disposición provincial establece que «[c]uando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla [...]» (art. 9 del CPP).

En consecuencia, la ley estipula que la instancia se formula a través de una denuncia ante la autoridad competente para recibirla.

Por su parte, desde el punto de vista sustancial, la denuncia, en el supuesto analizado, refiere a la declaración de voluntad exclusiva del titular que ejerce la facultad de instar, poniendo en conocimiento de la autoridad competente la existencia del delito que estima cometido y cuya acción depende de instancia privada inicial.

Ahora bien, en cuanto a las exigencias de la denuncia para considerar cumplido el acto de instancia, lo determinante es, según entiendo, la exigencia central de exista una manifestación clara e inequívoca mediante la cual, la persona interesada, pone en conocimiento de la autoridad la existencia de un hecho –presuntamente– delictivo para que se lo investigue.

Así, basta el anociamiento del hecho ante la autoridad encargada de la investigación del delito, sin ser necesario que se formule petición alguna, siendo suficiente su voluntad de denunciar, la que debe ser indubitada y expresa (DE LA RÚA, Jorge, **Código Penal Argentino. Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1151, nota 61**).

Así, para la correcta instancia de la acción penal, no se exigen fórmulas sacramentales, sino que la cuestión central radica en la voluntad de la víctima por impulsar la causa penal. De tal manera, no resulta necesario que el damnificado exprese literalmente su deseo de instar la acción, aun cuando ello ha acontecido en las presentes actuaciones, tal como surge de fs. 26 (ver, al respecto, CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., **Tratado de Derecho Procesal Penal. Nociones Fundamentales, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, T. 1, p. 366, nota 128**).

De esa manera, la manifestación del legitimado –facultad que se agota con su ejercicio–, elimina el obstáculo con que tropieza el órgano estatal encargado de promover la acción, de manera que éste se encuentra en el deber jurídico de actuar, como en todo otro caso de acción promovible de oficio.

Llegados a este punto, y de acuerdo a las consideraciones brevemente apuntadas en forma precedente, la compulsas de la presente causa demuestra que no existe elemento alguno que conduzca razonablemente a considerar que la acción penal respecto del delito por el cual resultó condenado el acusado en autos – abuso sexual con acceso carnal–, no ha sido debidamente promovida por quien resultó víctima por el mismo.

Como se adelantara, la defensa argumenta que la denuncia realizada por la víctima sería nula pues se encontraría afectada por un vicio en la voluntad producto del desconocimiento o error sobre las consecuencias que sus expresiones, vertidas ante la autoridad encargada de investigar hechos delictivos, provocarían en el ámbito procesal.

Sin embargo, lo obrado en autos sella la suerte adversa de este planteo. De las constancias de la causa surge evidente la voluntad de la denunciante.

En efecto, en fecha 22 de abril de 2019, se presentó espontáneamente la víctima de autos quien, luego de efectuar la denuncia por las lesiones sufridas y ya sobre el final del acto, al ser consultada acerca de la existencia de los distintos tipos de violencia, efectuó un relato claro de los hechos de violencia de tipo sexual.

Al respecto, textualmente dijo: «Me refiero a que Facundo [por el acusado] me agarra para tener sexo sin yo querer. La última vez fue hace un mes, estábamos en mi casa, yo estaba acostada cuando Facundo se acercó para tener sexo. Yo le dije que no, porque no quería estar con él, y él me dijo que igual iba a estar con él, por lo que comenzó a darme besos, me apretaba las manos, me sacó la remera, el pantalón y me penetró por la vagina».

A ello, agregó que «[...] eso ocurre siempre, porque yo no quiero saber nada con él, desde hace más de un año que le pido que se vaya de mi casa y no se va [...]. Cuando me agarra para tener relaciones, yo me doy vuelta boca abajo para no mirarlo. Cuando termina, duerme como si nada hubiera pasado [...]. Durante todo el tiempo que dura el arriba mío, yo le pido que me deje, que se salga y no hace caso y continuamos forcejeando».

Como consecuencia de esa información, y en la misma fecha, se observa que la autoridad interviniente le explicó a la víctima que, en aplicación del protocolo de violencia de género, y de acuerdo con lo establecido por el art. 108 bis del CPP, se ponía a su disposición la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial. La dicente expresó autorizó la utilización de una pulsera de localización georeferencial.

Por su parte, en fecha 23 de abril de 2019, se ordenó la citación con traslado de la víctima, lo que se materializó en el acto.

Conforme surge del acta labrada, en oportunidad de prestar declaración, L.M.A. manifestó expresamente su voluntad de instar la acción penal por el delito de abuso sexual.

Luego de lo cual, se explayó nuevamente sobre los hechos y aportó circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Del repaso de su testimonio surge conveniente destacar algunos pasajes, los que encuentro más que relevantes para demostrar que, a diferencia de lo que sostiene la defensa, cada uno de los términos con los que se expresó, demuestran inequívocamente su deseo de denunciar la violencia sexual que sufría por parte del acusado.

Así, fue clara y contundente al expresar que los hechos denunciados siempre fueron de noche, cuando los niños se dormían y ella iba a acostarse.

El impacto de esas conductas quedó retratado en el mismo acta, cuando manifestó que tales

comportamientos llevaron a la víctima a mudarse al domicilio de su madre, donde sentía que iba a estar «[...] más tranquila y más segura» porque el acusado «[...] no va a ir a hacer problemas,[pues] no entra a la casa de mis padres, y están mi mamá, mis hermanos, y cerca vive mi padrastro, con quien tengo una buena relación», siendo éste el motivo por el que considera que la consigna policial no sería necesaria.

Todo ello resultó coincidente con otra declaración de la víctima, realizada el mismo 23 de abril de 2019, luego de ser evaluada por el EPI cuando precisó el tiempo durante el cual fue obligada a mantener relaciones sexuales con el denunciado, y hasta cuándo ello ocurrió.

Momento final que estableció en un mes antes de realizar la denuncia. Finalmente, el mismo tenor de sus dichos se comprueba en una cuarta oportunidad, cuando en fecha 16 de mayo de 2019 la víctima nuevamente declaró.

Allí, al ser nuevamente consultada sobre los hechos de abuso sexual cometidos por su ex pareja –el acusado- reiteró que los mismos ocurrían «[...] cuando yo no quería estar íntimamente con él [...]. No [le] podía decir que no, tenía que estar con él. Me decía que si yo no estaba con él, no iba a estar con nadie [...]. [M]e molestaba toda la noche, entonces se iba poniendo más violento y a mí me daba miedo, y accedía. Tenía relaciones con él, pero él sabía que yo no quería y que lo hacía igual, por miedo».

Advierto que el detalle precedente de las actuaciones de la investigación penal preparatoria, que resulta asimismo prueba instrumental debidamente incorporada al debate, evidencia inequívocamente la voluntad libre y espontánea de instar la acción penal por parte de la víctima de autos, presente desde su primera intervención en el marco del presente proceso.

Por otro lado, tampoco se advierten elementos que, razonablemente, impidan considerar que la denuncia de los hechos por parte de la víctima aparezca desprovisto de voluntariedad, ni mucho menos del conocimiento de lo que representaba en términos jurídicos y procesales.

Nótese que, en cada una de sus intervenciones durante la investigación penal preparatoria, el contexto es el mismo: la víctima declaró en una oficina pública, ante autoridades judiciales quienes, en cada caso, la asistieron en el acto que realizaba. Esto es, en denunciar a su, por entonces, ex pareja, de haberla abusado sexualmente.

Observo que la mera mención a la experiencia personal alegada por la defensa para sostener que la víctima desconoce la trascendencia o significado de la instancia devienen meras suposiciones carentes de fundamento acerca del modo en que se celebrara el acto en cuestión sin aportar en esta instancia elemento de juicio alguno que permite su análisis.

Con lo cual, el alegado desconocimiento aludido por la defensa sólo se sostiene en las expresiones e interpretaciones personales que realiza en razón de los intereses que representa, insusceptible de conmovir la validez del acto de instancia así realizado.

En otro orden, mediante el segundo cuestionamiento que forma parte de este agravio, la defensa cuestiona que el sentenciante considerara que el desconocimiento o falta de entendimiento por parte de la víctima sobre qué significaba procesalmente instar la acción penal al denunciar un hecho, sea parte de una mera retractación de su parte.

Esto, cuando esa situación reconocería un factor anterior, omitido en la sentencia, que se asienta en el grado de cultura y educación de la víctima.

De ahí que la instancia penal no habría sido debidamente formulada, lo que invalidaría todo el proceso penal que se desarrolló a partir de allí. Sin embargo, y más allá de los esfuerzos dedicados al respecto por la defensa, entiendo que esa parte omite considerar que nos encontramos frente a la investigación y juzgamiento de un hecho delictivo perseguible de oficio, aunque dependiente de instancia privada.

Razón por la cual, una vez cumplida la condición procesal para el ejercicio de la acción por parte de quien resulta legitimado para ello, esto es, instar y provocar en forma libre, espontánea y voluntaria la acción penal correspondiente a través de la formulación de denuncia o acusación ante la autoridad que corresponda –entendido ello como un presupuesto de la realización jurisdiccional del Derecho Penal–, queda expedito el ejercicio de oficio de la acción penal por parte del órgano público.

De esa caracterización se colige que aquel poder dispositivo que la ley le reconoce a los particulares ofendido por ciertos y determinados tipos delictivos sobre la iniciación del proceso –como ocurre en el presente caso– una vez que es ejercido, el mismo perece, se extingue en forma definitiva e irrevocable. Así, la reserva propia de la instancia queda sin efecto y, por ello, la acusación o la denuncia resultan irrevocables, siendo obligación de los órganos jurisdiccionales avanzar con la investigación contra todos los que hubieren participado en la comisión del hecho denunciado.

Llevadas estas consideraciones al caso de autos, habiéndose examinado y ratificado en el acápite precedente que el acto de instancia de la acción penal ha sido debidamente cumplido por quien resultaba legitimada para ello, lo que permitió descartar fundadamente la pretendida nulidad del proceso incoado por la defensa del acusado, entiendo que las manifestaciones posteriores de la denunciante sobre la forma en la que realizó su denuncia, no impactan sobre la validez de la formación de la causa.

Otra cosa muy distinta, es poner en tela de juicio la credibilidad de una declaración cualquiera, a partir de la retractación de quien la realizó, en este caso, de la propia víctima.

Pues en este terreno, lo que debe objetarse es el método de valoración de la prueba, y las conclusiones alcanzadas al respecto en cuanto al mérito convictivo que se le otorga a tal o cual declaración. Terreno en el cual, según se desprende del contenido del escrito recursivo, la defensa no ha ingresado.

En esa tarea, la sentencia no desconoce que la víctima hizo cierto tipo de declaraciones mediante las cuales se desdijo de sus expresiones iniciales, es decir, de las que expresó al momento de denunciar los hechos que conformaron el objeto del presente proceso, como también, al tiempo de ratificar esos dichos y precisarlos en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Por el contrario, el tribunal de la instancia anterior se hace cargo de ello y examina esa variación desde una perspectiva que sitúa ese análisis dentro del contexto de violencia de género – de tipo sexual– en que se desarrollaron los hechos que la tuvo como víctima a la denunciante, cometidos por quien era su pareja (ver fundamentos, p. 7 y ss.).

Al respecto, debo decir que comparto el análisis y el desarrollo argumentativo que sustenta el razonamiento jurisdiccional al respecto, en cuanto afirma que el cambio de versión de la víctima expresado durante el debate (v. registro audiovisual, audiencia del día 25/04/2022, mins. 00:06:00/00:47:40), debía ser interpretado como una retractación de su parte, que se inserta dentro del cuadro de violencia de género de tipo sexual sufrida por ella a instancia de quien era su entonces pareja.

Retractación que, a la luz de la prueba reunida en la causa, resultaba «inverosímil», por cuanto no se articula ni encuentra sustento en ninguno de los restantes elementos que conforman el plexo que acompaña la causa. En particular, con los informes elaborados por los profesionales que asistieron a la denunciante durante el curso de la investigación, junto con las explicaciones que de ellos efectuaron durante el debate (v. fundamentos, pág. 7 y ss.).

En este sentido, la sentencia realiza un profundo análisis de las causas que llevaron a la víctima a adoptar esa actitud, teniendo en cuenta el contexto en el que sucedieron los hechos, brindando por ello, una respuesta judicial adecuada y compatible con la mirada de género y que resulta un deber legal y convencional para el juzgamiento de hechos como el que aquí se investiga.

En definitiva, y por las razones expuestas, también debe ser rechazado este planteo de la defensa, vinculado con un déficit en la promoción de instancia por parte de la víctima, a partir de su retractación durante el debate.

En función de lo expuesto, considero que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JULIO R. GÓMEZ adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JULIO R. GÓMEZ adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de F. Y. C. R..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese DRA. MARÍA T. DAY Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro Se deja constancia de que el Dr. Pedro J. Llorente no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

57- SILVA FERNANDEZ. 29-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	-	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231229_FcSFE.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función con el 4° párrafo letra f y art. 55del CP.

Vox: VG. NNA. Abuso sexual. Acceso carnal. Convivencia. Concurso real Monto de la pena. Individualización de la pena. Principio de congruencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena por ser considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido aprovechando la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años en número indeterminado de hechos reiterados, todos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2344, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados*a-SCJM*

- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Córdoba, Jorge Antonio
- Lobos Gras. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf
- Núñez Credi. 28-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231128_FcNCF.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf
- Porcel Valero. 30-09-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220930_FcPVE.pdf
- Domínguez Castillo. 19-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180619_FcDCN.pdf
- Martínez Fernández. 24-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220824_FcMFC.pdf
- Iturri. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220329_FcIJA.pdf
- Maldonado. 19-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220819_FcMJJL.pdf
- Dadda Ruiz. 18-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221018_FcDRN.pdf

Precedentes relacionados**Principio de congruencia**

- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Opazo. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOpazo.pdf
- Sosa. 29-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190529_FyQcSTE.pdf
- Calderón Polo. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Martínez. 20-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcMF.pdf
- Arzusa. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=38>

- Paz. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Aguilera. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcAguilera.pdf
- Vico. 15-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200515_FcVJD.pdf
- González Muñoz. 02-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210902_FcGMF.pdf
- Falido. 10-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Tornello. 17-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210617_FcTornello.pdf
- Di Marco. 26-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211026_FcDMO.pdf
- De Jesús. 07-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>
- Espina. 09-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=882>
- Maio. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=983>
- Giménez González. 02-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=833>
- Muñoz. 24-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=966>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro. (Disidencia parcial).

Fallo:

CUIJ: 13-07106737-2/1((018601-9956)) FC/SILVA FERNANDEZ ENRIQUE P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SER COMETIDO APROVECHANDO LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS, EN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS REITERADOS, TODOS EN CONCURSO REAL (9956) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106277049*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07106737-2/1, caratulada "F. C/ S. F. S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de E. S. F. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2344 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena por ser considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido aprovechando la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años en número indeterminado de hechos reiterados, todos en concurso real (art. 119, tercer párrafo en función con el cuarto párrafo letra f y art. 55, todos del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]n día y hora no determinados pero aproximadamente desde el día 26 de agosto de 2015 E. S. F. en circunstancias de encontrarse conviviendo con la menor A.Y.P, en el interior del domicilio sito en calle ..., comenzó abusar sexualmente de la misma, el sindicado le quitaba la ropa, se chupaba las manos, le tocaba la vagina y le introducía su miembro, en reiteradas oportunidades hasta aproximadamente el día 31 de enero de 2020 día en que la menor lo cuenta a su progenitora, reiterando este accionar en un número indeterminado de veces y en el mencionado domicilio donde el sindicado y la víctima convivían» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: la declaración de la niña en Cámara Gesell, los exámenes realizados a la víctima y al acusado y los testimonios ofrecidos por las partes y producidos en el debate, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación

La defensa de E. S. interpone su recurso en función del art. 474, inc. 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales que ameritan su nulidad.

En concreto, sostiene que se ha violado el principio de congruencia y así el derecho defensa del acusado, toda vez que no se encontrarían determinadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos atribuidos.

En otro orden de ideas, postula que los hechos no se encuentran acreditados. En este tramo del recurso, la defensa despliega un ataque a la sentencia que pretende poner en crisis el valor dado a la declaración de la víctima, al mismo tiempo, pone en duda el lugar dado al resultado de los exámenes físicos en el razonamiento del juez.

Por último, la defensa cuestiona la fundamentación que subyace a la pena impuesta por haberse omitido referir el criterio utilizado y los factores atenuantes y agravantes que han de ser considerados al imponer el castigo. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado sólo en relación con el monto de pena impuesto al acusado.

Para el titular del Ministerio Público Fiscal la sentencia no adolece de vicios en cuanto a la determinación del hecho y la calificación legal, pues la condena aparece como el resultado de un razonamiento ceñido a las reglas de la sana crítica racional en lo que hace a la valoración de la prueba y el encuadramiento jurídico de los hechos atribuidos

En particular, en el dictamen referido se refuta la idea de que durante el trámite del proceso se haya vulnerado el derecho de defensa del acusado, al atribuirse un hecho inespecífico en orden a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjeron los abusos. Rechaza, en consecuencia, cualquier vicio que pudiera acarrear la nulidad de la sentencia y los actos procesales que la preceden.

Por su parte, respecto del valor dado a la prueba obrante en autos, en particular el testimonio de la víctima y el resultado de los exámenes físicos a ella practicados, se valida el razonamiento del juez sentenciante, a la vez que se agregan consideraciones específicas en relación con el lugar central que ha de darse a estas pruebas en procesos penales en los que se investigan delitos contra la integridad sexual de niños y niñas. Por último, en lo que hace al cuestionamiento de la fundamentación de la pena impuesta a E. S., el Procurador sostiene que corresponde que se haga lugar parcialmente al recurso de casación.

Ello, en tanto las razones brindadas por el juez de sentencia para explicar el monto de dieciocho años de prisión impuestas al acusado serían muy escuetas, omitiéndose hacer referencia al criterio utilizado, así como los factores específicos del hecho y del acusado, a saber, circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes, de acuerdo con lo exigido por el Código penal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. S. considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar parcialmente a la impugnación. Paso a explicarlo.

Esta parcial aceptación del recurso obedece a que, si bien considero que no existe en el proceso violación al principio de congruencia y, además, se encuentran debidamente acreditados los hechos que se atribuyeran al acusado, el razonamiento del juez omite fundamentar debidamente la pena impuesta. La afirmación expuesta reúne los tres agravios de la defensa, los cuales desarrollaré en el orden propuesto por el recurrente.

a.- La defensa sostiene que el órgano acusador nunca determinó el hecho con precisión, claridad o especificidad, tal como lo requiere el art. 358 CPP, sino que únicamente se le atribuyó a E. S. un número indeterminado de hechos en concurso real, sin fijar con precisión la fecha de comisión.

Cuestión que se vuelve central para la estrategia defensiva, según la cual el acusado trabajaba en la Aduana en horarios discontinuos y en el domicilio en el cual sucedieron los abusos solo pernoctaba algunas noches al mes.

La supuesta violación del principio de congruencia, sobre el que he conceptualizado en precedentes tales como «**Torres Surget**» -al me remito- puede ser refutado con base en dos argumentos.

El primero, la especificidad propia de los delitos contra la integridad sexual cometidos contra niños y niñas y que se extienden en el tiempo; el segundo, la inexistencia de variaciones sorpresivas en relación con el hecho objeto de la acusación, así como el mantenimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las cuales no son vagas o inexistentes.

Las características propias de los delitos contra la integridad sexual implican que la investigación de estos delitos, así como su ventilación en el marco del proceso penal han de considerar su forma de comisión, usualmente en la intimidad y al margen de testigos. Más aún, como en el presente caso, cuando los abusos sexuales se extienden por un período de casi cinco años y se producen en un contexto de convivencia contra niños y niñas.

Así, se explica que los abusos atribuidos a S. –ejecutados de manera intermitente y reiterada- se hayan concretado en una acusación que comprendió un período de tiempo que abarcó desde el día 26 de agosto de 2015 hasta el 31 de enero de 2020, momento en que la niña le comentó a su madre los hechos. Pero esta acusación no solo comprendía una temporalidad concreta de acuerdo con la clase de delito, una víctima niña y una situación de convivencia, sino que, además se identifica el lugar –el domicilio sito en calle ...– y la modalidad de comisión –véase supra–.

En suma, en relación con este planteo, considero que a pesar de que se alega la violación del principio de congruencia, la acusación se ha mantenido idéntica desde el primer momento del proceso penal, no verificándose ninguna alteración sorpresiva del nomen iuris del hecho, el cual se encuentra debidamente circunstanciado en tiempo, modo y lugar.

En el mismo sentido se pronuncia el Procurador en su dictamen cuando advierte que «los hechos atribuidos fueron circunscriptos en el rango temporal que de las testimoniales surgió, teniendo en cuenta el tiempo de pareja y convivencia que llevaba la madre de la menor con el imputado, el domicilio donde vivían, sus características, el momento de la mudanza y lugares de trabajo, debiendo ponderarse fundamentalmente que la menor develó lo sucedido a los ocho años de edad, por lo que la pretendida exigencia de la defensa, frente a todo lo expuesto aparece como desvinculada de la realidad de la causa, máxime teniendo en cuenta que de todos los exámenes realizados a la niña se desprende un relato sin contenidos fabulatorios ni contradicciones fundamentales».

b.- Descartada cualquier variación en el hecho objeto de la acusación que haya menoscabado el derecho de defensa de E. S., corresponde ahora contestar los agravios defensivos en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de juicio.

En este sentido, la defensa realiza, en particular, un ataque al testimonio de la víctima y al temperamento del juez en relación con los exámenes físicos practicados a la víctima.

Sobre el lugar privilegiado del testimonio de la víctima mujer en delitos contra la integridad sexual, esta Sala ya se ha explayado en numerosas ocasiones y, aunque es verdad que existen matices en los criterios de cada uno de los integrantes de esta Sala, se coincide en que esta prueba debe tener un lugar central en el razonamiento del juez.

Ello significa que debe ser considerada con especial atención por el tribunal de juicio con base en lo traumático de estas experiencias para las víctimas niñas mujeres. La niña A.Y.P. al declarar en Cámara Gesell relató con precisión cómo sucedieron los abusos y fue categórica al sindicar a E. S. como el autor de los mismos. El juez también tuvo en cuenta el acta de denuncia y las posteriores declaraciones de la

madre de la niña, quien reprodujo el relato espontáneo de su hija cuando le refirió «el papá me viola, me mete el coso» (p. 4 de los fundamentos).

Para no extenderme innecesariamente, me remito al detallado análisis de la prueba llevado a cabo por el tribunal de juicio, de donde surgen con claridad la existencia de los abusos en la modalidad referida y en el marco temporal referido por A.Y.P., el cual coincide con el periodo de convivencia del autor con la madre de la niña. No obstante, me interesa destacar los puntos 32 y 33 de la sentencia puesta en crisis, los cuales concretan los momentos más importantes de la declaración de la niña y el subsiguiente temperamento del juez: «**32.-** En la declaración en Cámara Gesell que prestó [A.Y.P.], después de sostener que tenía ocho años de edad y de concurrir a la Escuela ..., admitió tener una hermana [I.S.P.], hija de su padrastro E. S., “P.”. Manifestó que el año pasado cumplió ocho años. Lo pasamos bien. El P. no vive con nosotros porque me hizo algo malo. El cuándo nos acostábamos esperaba que mi mamá se durmiera y me hacía eso. A mi hermana la retaba para que no viera nada. El P. me hacía, me violaba, me metía el coso. El cuándo me hacía eso. Yo me hacía la dormida, para que no me lo hiciera. Pasó muchas veces. Cuando lo hizo por primera vez fue a los siete años en mi cama. El P. retaba a mi hermana para que no viera nada, lo que me hacía el. En la Vagina y en la parte de atrás, que se llama... Ese coso los hombres lo usan para hacer pis. Me metía el coso que era para hacer pis. Me ... la parte privada, la vagina, yo la uso para hacer pis. Esto pasaba a veces en mi pieza y otras en la de mi mamá. Un día que no estaba mi mamá fue a mi pieza y me llevó a la pieza de mi mamá y me sacó los pantalones y me chupó la parte privada. Me pidió que le chupara la parte privada de él, yo no se la chupé. Yo me hacía la dormida para que no me lo hiciera. Él me mojó con algo. Cinco veces me chupó la parte privada. Esto dejó de pasar porque un día se fue a bañar y yo se lo conté a mi mamá. Tiró la ropa y se puso a llorar. La abracé. Él me decía que yo no dijera nada, incluso a mi mamá, para que el no fuera a la cárcel. No sentí nada en el cuerpo». «No me animaba a contarlo y se me salió de la boca y se lo conté. Antes se lo conté a mi amiga Z.. Estábamos en la escuela y se lo conté y ella me dijo que se lo dijera a mi mamá. Ese día se lo conté a mi mamá. La mamá fue al baño y le dijo que hiciste. Cuando me lo metía me lo metía y me dolía mucho en la parte privada de las nenas. Las cosas pasaban a la noche. La mamá a veces estaba durmiendo y mi hermanita veía dibujitos. Antes que él llegara yo me tapaba. Yo me ponía una calza y una remera para dormir. El P. tenía pantalones cortos y una remera corta también. Y se bajaba los pantalones para mostrarme. Ese día él me dijo que era tonta porque me portaba mal. Yo llevaba a mi hermana en un carrito de compras, porque estaba idiota yo ese día. A veces me decía tonta». «**33.-** De lo expuesto podemos decir entonces, sobre todo teniendo en cuenta la intrasmisible vivencia que brinda el juicio oral, que tanto la materialidad de los hechos descriptos en la requisitoria fiscal de citación a juicio como la participación, en el carácter de autor, que se le ha asignado a E. S. F., se encuentran plenamente acreditados en autos, con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria». Las transcripciones de las declaraciones de la niña poseen, a mi entender, la fuerza de lo evidente, la cual se encuentra reforzada por el testimonio de su madre –F. P.–, la amiga de la víctima, Z.N.S.M., el informe del Programa Provincial de Maltrato Infantil –que avaló la espontaneidad del relato de la niña–, así como el resultado de la evaluación psicológica practicada a la niña –en la que se advierten indicios de credibilidad en su relato–. La sentencia avanza con precisión en el análisis de estas y otras pruebas. A ella me remito en consideración a encontrar acertado el razonamiento del juez de la instancia anterior expuesto en este sentido. Sí me interesa hacer una mención particular a los exámenes físicos practicados a la niña, en tanto su valoración es objeto de agravio de la defensa. Mientras la médica M. R. del equipo PPMI del Hospital Notti expresó en su informe que la niña no poseía lesiones vaginales o anales, la médica Y. H. del CMF encontró una «dilación venosa en hora

6 hasta hora 10, banda blanquecina de fibrosis en hora 6 de base externa que ingresa al canal del esfínter anal».

Por su parte, en su informe destacó que «[s]e observa asimetría en la disposición de los pliegues. Región genital sin lesiones. Himen anular íntegro en 0,5 cm de diámetro». Según la defensa, el juez no ha fundamentado por cuál razón le da más peso a este último informe por sobre el primero. Sin embargo, esta crítica no puede ser compartida, pues el juez de la instancia anterior entró específicamente en esta cuestión y explicó que: «la presunta discordancia alegada por la defensa técnica de S. F. entiendo que no es tal y fueron las propias emitentes de los informes referidos quienes se encargaron, al prestar declaración en la audiencia de debate, de disipar la misma.

Si se tienen en cuenta las particularidades y características de cada uno de los exámenes realizados, con las particularidades de cada evaluación, toda vez que no es igual el rigor, la profundidad, ni la especificidad en cada uno de ellos, según lo referido en la audiencia de debate por la propia médica M. O. R., quien practicó el examen de A. Y. P., en el marco del Programa Provincial de Maltrato Infantil. En este caso el abordaje es más superficial, menos profundo, sin mayores posibilidades de detectar un rastro físico de las características detalladas en la pericia forense».

«En la tarea desarrollada por la Dra. H., experta en el examen de lesiones del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico, y con amplia experiencia en el tema, fácilmente se advierte que la posibilidad de identificar el rastro aludido se debió a una evaluación ginecológica más profunda, detallada y con mayor rigor para llevarla a cabo, con un objetivo previamente identificado y realizada con la intervención de expertos forenses, con mucha experiencia y en un ambiente adecuado para el abordaje.-

Siendo ello así, entiendo que si bien en un principio los exámenes físicos practicados a la menor aparecieron como discordantes, con las aclaraciones brindadas en la audiencia de debate por cada una de las profesionales intervinientes se ha superado ampliamente ese nivel de duda y puede afirmarse con certeza absoluta la existencia de la lesión anal aludida, el origen de la misma y su total compatibilidad con las consecuencias propias de un abuso sexual, corroborando de este modo lo manifestado por [A.Y.P.]» (p. 17 de los fundamentos).

Así, fueron dos los argumentos que llevaron al tribunal de juicio a darle más valor probatorio al resultado del examen practicado por la médica Y. H.: la profundidad de su método de análisis y su experiencia en el tema. Razones objetivas con las que coincido.

Finalmente, debe señalarse que el descargo del acusado también fue considerado y contrastado con las pruebas de cargo por parte del juez de la instancia previa, las cuales le quitan verosimilitud a la versión defensiva como explicación alternativa razonable a la hipótesis acusatoria.

En suma, no encuentro fisuras en el razonamiento del juez sentenciante en orden a la acreditación de los hechos y de la autoría del acusado. Por ello, el agravio expuesto en este sentido por la defensa no puede ser de recibo en esta instancia.

c.- Bien, hasta aquí los dos primeros agravios de la defensa que deben ser rechazados con base en la argumentación precedente.

Ahora, respecto de la **individualización de la pena** entiendo que le asiste razón al recurrente. Punto de vista que también postula el Procurador en su dictamen.

Aquí me interesa destacar que la individualización de la pena debe ser una preocupación del juez y como tal debe dedicarle un trabajo de argumentación preciso basado en las características objetivas del hecho y las particularidades del autor.

Cuando el **inc. 2 del art. 41 del CP** le exhorta al juez a averiguar quién es el autor y cuál es su historia (**edad, educación, costumbres, conductas precedentes, etc.**) hace referencia a que debe –sin entrar en el terreno del Derecho penal de autor– indagar sobre sus circunstancias subjetivas. Éstas hacen referencia a las dificultades o facilidades que puede tener para motivarse en la norma y repercuten en la culpabilidad. Por su parte, los medios empleados para ejecutar el delito o la extensión del daño y el peligro causado –por ejemplo– tienen que ver con el impacto comunicativo del hecho en tanto lesión al derecho. Esto debe constituirse en una de las principales preocupaciones del juez en la sentencia.

Ya ha de llamar nuestra atención que una sentencia padezca cierta asimetría en su desarrollo: me refiero a amplios párrafos en los que se avanza sobre la prueba y la calificación legal frente a escuetas frases para determinar la pena. Las razones brindadas por el juez de sentencia se encuentran condensadas en los puntos 2 y 3 de la cuarta cuestión y, por brevedad, me parece oportuno transcribirlas: «**2.-** Que corresponde ponderar, como circunstancias agravantes, la naturaleza y características de los hechos en sí que lo tuvieron como protagonista, que deben ser calificados como de extrema gravedad, el accionar desplegado, el tenor de las maniobras llevadas a cabo para su logro, la diversidad de bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro, su falta de reparación y, por último, la falta de arrepentimiento puesta de manifiesto durante el desarrollo del debate». «**3.-** Que por lo contrario no advierto ninguna circunstancia atenuante digna de mérito que no sea su falta de antecedentes computables al respecto». Como es fácil advertir, el tribunal de la instancia previa no se ha ocupado debidamente de individualizar la pena con base en lo prescripto en los **arts. 40 y 41 CP**. Las referencias son vagas y vacías. No basta con hablar de que un hecho es de extrema gravedad sin ponerlo en relación con casos que se consideren claros o referir el tenor de las maniobras llevadas a cabo, sin distinguir cuáles de ellas han de considerarse en el ámbito del injusto y cuáles en el ámbito de la culpabilidad.

Mayores consideraciones sobre este tramo de la sentencia puesta en crisis serían superabundantes, más aún cuando se ha impuesto una pena de dieciocho años de prisión, esto es alejada en diez años del mínimo de la escala penal. Habida cuenta de ello, le asiste razón a la defensa en este punto de su recurso.

Desde luego, lo referido no implica de manera alguna el expedirse acerca del acierto del monto de la pena impuesta, sino solo respecto de su correcta fundamentación.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde hacer lugar parcialmente al recurso, únicamente en lo relativo a la individualización de la pena, debiendo confirmarse los tramos relativos a la prueba del hecho, su calificación legal y la autoría del acusado. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO: Con base en el estudio de la causa, el análisis del recurso defensivo y la lectura de los fundamentos de la sentencia condenatoria, disiento parcialmente con el voto de mi distinguido colega preopinante.

Ello, por cuanto entiendo que corresponde rechazar el recurso defensivo en su totalidad.

De este modo, si bien adhiero a los puntos a y b del voto precedentes, en los cuales se desestiman los agravios defensivos relativos a la violación del derecho de defensa del acusado –en particular respecto de la determinación del hecho atribuido– y los posibles defectos en la valoración de la prueba de cargo; me distancio en lo dicho en el punto c, donde se analiza la determinación de la pena.

Respecto de este último agravio, entiendo que la crítica defensiva no alcanza para nulificar el razonamiento del juez al momento de individualizar la pena.

Debe recordarse esta Sala Segunda ha sostenido que, en lo que a la cuestión vinculada con la determinación de la pena respecta, si bien es cierto que los criterios normativizados en el **art. 41 del CP**

constituyen parámetros que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes (ver, al respecto y entre otros, «**Córdoba, Jorge Antonio**», «**Lobos Gras**», «**Núñez Credi**»).

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «[...] de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso». De tal manera, es posible afirmar que el **art. 41 del CP** enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena. Si bien el tribunal de juicio fue conciso al mencionar las razones que lo conducen a imponer al acusado una pena de dieciocho años de prisión, las razones oportunamente expuestas son autosuficientes y deben ser validadas en esta instancia.

La autosuficiencia de las razones brindadas por el tribunal de juicio surge al vincular los puntos 2 y 3 de la cuarta cuestión desarrollada en los fundamentos de la sentencia con el desarrollo precedente donde se explica la naturaleza y características del hecho que tuvo al autor como protagonista y que condujeron al juez a imponer la pena. Si se realiza este análisis, entonces no surge espacio para la nulidad por ser la sentencia vaga o vacía al determinar la pena y se advierte con claridad la gravedad del delito atribuido.

En este sentido, el juez de la instancia previa consideró, entre las principales circunstancias agravantes, las características de los hechos –que fueron calificados de extrema gravedad–, así como el accionar desplegado por el acusado atento al tenor de las maniobras llevadas a cabo para su logro, y la diversidad de los bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro. Por su parte, valoró como atenuantes la ausencia de antecedentes por parte del acusado. Recordemos, además, que se trata de un concurso real de delitos contra la integridad sexual que tiene como víctima a una niña que presenta una doble condición de vulnerabilidad, por su género y por la franja etaria a la que pertenece. Sobre esto me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Concha, Jesús**», «**Garrido Olivares**», «**Paz Parra**», «**Buenanueva Avallay**» y, más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**González Sosa**» y «**Scifo Ruffini**», «**Agüero Pérez**», entre otros).

De tal manera, estimo que la pena aplicada aparece fijada dentro de los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 del CP, razón por la que debe desestimarse el recurso interpuesto por la defensa también en este aspecto. En función de ello, estimo que corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada y confirmar la sentencia condenatoria. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO DIJO: Puestos en consideración de los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado S. F., comparto la decisión que propone el Ministro que me precede en la votación, aunque arribo a ella en función de las razones que a continuación expondré.

En ese sentido, entiendo pertinente efectuar dos consideraciones muy concretas. La primera, vinculada con las particularidades que asume la valoración de la prueba en el marco de un proceso judicial penal en los casos de abuso sexual infantil perpetrados contra una niña. La segunda, respecto de la consideración de la sentencia como una unidad lógica, y los efectos que ello determina en la revisión de la misma a instancia de la interposición de un recurso de casación.

Sobre lo primero, y tratándose de un caso penal donde se juzga al acusado por la comisión de un número indeterminado de abusos sexuales cometidos contra una niña, debo remitirme a las consideraciones que he realizado con anterioridad a esta oportunidad acerca de las características propias que presenta este género de comportamientos delictivos; en especial, sobre cuál es el impacto que ellas determinan durante el desarrollo de todo el proceso en general y al momento de la valoración de los elementos probatorios

por parte de los órganos jurisdiccionales en particular (v. en lo pertinente, «Zurita», «Gómez Ayala», «Porcel Valero», entre muchos otros).

Respecto de la segunda, y vinculado directamente con el agravio que propone la defensa, cuando plantea argumentos dirigidos a cuestionar la fundamentación dada por el tribunal de la instancia previa en la pieza puesta en crisis sobre la determinación de la pena impuesta al acusado, debo reafirmar en esta oportunidad que la sentencia, en tanto unidad lógica, ha de analizarse no solo en su parte dispositiva, sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos 305:209, 307:112, entre otros).

Por lo tanto, no puede perderse de vista, en el abordaje de la sentencia cuestionada, el análisis y todas las consideraciones que efectuó el tribunal impugnado al momento de considerar la naturaleza de los hechos y la culpabilidad del acusado (v. al respecto, y en lo pertinente, los precedentes «Domínguez Castillo», «Martínez Fernández», y más recientemente, «Iturri», «Maldonado», «Dadda Ruiz», entre otros).

La aplicación al presente caso de lo antedicho es lo que me persuade a confirmar la sentencia aquí cuestionada, también, en orden a las críticas que hace el recurrente sobre la fundamentación de la pena. En particular, en cuando sostiene que el tribunal de la instancia previa habría omitido referirse al criterio utilizado y a los factores atenuantes y agravantes valorados para arribar al quantum finalmente determinado y aplicado al acusado.

En efecto, en lo que respecta a este tramo del recurso defensivo, advierto que una sistematización del acápite de la sentencia destinado a analizar y explicar la naturaleza y las características de los hechos por los que se acusó, y por los que se lo condenó a S. F. en las presentes actuaciones, con aquellos pasajes que le dedica el tribunal de la instancia previa a desarrollar las razones que lo condujeron a imponer el monto de pena aplicado, permite apreciar el iter argumentativo del a quo como una deducción lógica de las premisas fácticas y jurídicas previamente asumidas, que descartan vicios de fundamentación y demuestran la validez de la sentencia en este plano.

Es que si bien puede observarse que el tribunal ha sido conciso y escueto al motivar su decisión de imponer al acusado la pena de dieciocho años de prisión, lo cierto es que ello no descubre en su razonamiento vicios que determinen una ausencia de fundamentación que impliquen su anulación.

Esto, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en la especie no ocurre. (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros).

Recordemos, en este aspecto, que el rito penal establece, como un requisito de validez de la sentencia, que la misma debe contener, entre otros, «[e]l voto de los Jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen [...]» (art. 412 inc. 2 del CPP, el destacado me pertenece).

En el caso que nos ocupa, el juez sentenciante ha argumentado correctamente por qué se apartó del máximo de la pena pedida por la acusación – veinticinco años de prisión- y de la pena solicitada en forma subsidiaria por la defensa del acusado para el caso que el fallo resultare condenatorio –ocho años de prisión-. Para ello, consideró adecuadamente como agravantes, «[...]la naturaleza y características de los hechos en sí que lo tuvieron como protagonista, que deben ser calificados como de extrema gravedad, el accionar desplegado, el tenor de las maniobras llevadas a cabo para su logro, la diversidad de bienes jurídicos protegidos que se pusieron en peligro, su falta de reparación y, por último, la falta de arrepentimiento puesta de manifiesto durante el desarrollo del debate».

Mientras que, por otra parte, descartó la presencia de circunstancias atenuantes «digna[s] de mérito que no sea su falta de antecedentes computables» (v. fundamentos, pág. 18).

De allí que el análisis sistematizado como el que aquí se postula sobre la sentencia, considerando armónicamente todo su contenido –en tanto unidad lógica-, determina que estos argumentos se insertan y se completan adecuadamente con el resto del contenido de la pieza impugnada, dando una respuesta adecuada y suficiente a la cuarta cuestión que planteada, esto es, «¿Cuál es la pena aplicable al caso concreto?» En función de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación articulado y confirmar la sentencia condenatoria impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. S. F. y confirmar en su totalidad la sentencia n° 2344.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR.

MARIO D. ADARO Ministro CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz, obrante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art. 412 del C.P.P.).

Capítulo IV.

Delitos contra la libertad.

Amenazas.

CAPÍTULO IV. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas. Violación de domicilio.

1- RODRIGUEZ VAZQUEZ. 30-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	-	-	-	-	-	CR	-	-	-	N	414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf

Lex: Art. 150, 183, 55 del CP. Art. 4 ley 26.85. Art. 2 y 414 del CPP.

Vox: VG. Violación de domicilio. Daño. Concurso real. Violencia de género. Testigo de referencia, indirecto o testigo de oídas. Absolución. Nulidad de la sentencia.

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado del delito de violación de domicilio en concurso real con daño simple cometido en el contexto de violencia de género (arts. 150, 55 y 183 del CP; art. 4 ley 26.485 y art. 2 y 414 del CPP).

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido por la Fiscalía.

La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación interpuesto el MPF y anular la Sentencia y sus fundamentos sólo en relación al análisis de los hechos investigados en los autos P- 16.192/20, remitiendo los presentes obrados al JPC N° 2, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá intervenir conforme lo resuelto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1158, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Lago Prima. 16-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211216_FcLPM.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Vargas Riquelme. 02-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211202_FcVRR.pdf

b- CSJN

- Gallo López, Javier s/causa n° 2222 G. 1359. XLIII, sentencia. 07-06-11.

c- CIDH

- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es
- González y otras (Campo Algodonero) vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- López Soto vs. Venezuela. 26-09-18:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf
- Yatama vs. Nicaragua. 23-06-05:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Doctrina citada.

La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina: Estudios de casos en diez países. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo. 2000. p. 89

Giberti, E. Mujeres y violencias. 1a.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico. 2017. pp. 221-223

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06936775-9/1((018502-16192)) FC/ RODRIGUEZ VAZQUEZ..." (LENCINAS) (MIRTA) (16192) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106181808*

En Mendoza, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06936775-9/1 caratulada "F. c/ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, SEBASTIÁN JESÚS P/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL CON DAÑO SIMPLE COMETIDO EN EL CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (ART. 150, 55 Y 183 DEL CP ART. 4 LEY 26.485) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La titular de la Fiscalía de Instrucción n° 37 de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1158 dictada por el Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Circunscripción Judicial, en cuanto absuelve a Sebastián Jesús Rodríguez Vázquez del delito de violación de domicilio en concurso real con daño simple cometido en el contexto de violencia de género (arts. 150, 55 y 183 del CP y art. 4 ley 26.485) que se le atribuye en la causa n° P- 16192/20 (art. 2 y 414 del CPP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa absolvió al acusado, y en relación con los hechos atribuidos en la causa, en lo que aquí interesa, lo calificó legamente como delito de daño simple cometido en el contexto de violencia de género (art.183 del CP y art. 4 ley 26.485).

Según la plataforma fáctica establecida en la acusación: «el día 20 de febrero de 2020, siendo las 05:15 hs. aproximadamente, Sebastián Jesús Rodríguez Vázquez arribó a la vivienda de su ex pareja llamada Noelia Belén Díaz Pelayes ubicada en Barrio Huarpes 1, manzana E, casa 8 de Godoy Cruz, Mendoza, se acercó al vehículo marcha BMW color azul dominio CSU-555, propiedad de la actual pareja de la Sra. Díaz Pelayes, llamado Guido Sebastián Caballero Brozina, el cual se encontraba estacionado frente al domicilio mencionado y comenzó a golpearlo, provocando la rotura de la mica trasera derecha. [...]. Este hecho fue calificado por este Ministerio Público como el delito de daño simple cometido en contexto de violencia de género, delito previsto y penado en el art. 183 del CP y art. 4 y 5 de la ley 26.485» (ver registro audiovisual de fecha 8 de junio de 2022, a partir del minuto 03:19; registro audiovisual de fecha 6 de julio de 2022, a partir del minuto 04:52 y registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2022, a partir del minuto 02:35).

Para así decidir el juez de sentencia ponderó pruebas instrumentales, tales como informe del CEO, denuncia, pericia psíquica del Cuerpo Médico Forense y declaración testimonial de Caballero Brozina y González Silva (ver registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2022, a partir del minuto 08:00).

2.- El recurso de casación del Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación con invocación de los incs. 1° y 2° del art. 474 del CPP, y solicita la anulación de la sentencia con el dictado de una correcta valoración de la prueba y aplicación de la ley sustantiva.

2.1- Vicios formales

a- La recurrente refiere que la autoría material de Rodríguez Vázquez en el hecho atribuido quedó acreditada con los dichos de la víctima que lo sindicó en forma clara, el testimonio de Caballero Brozina, las actuaciones del personal policial que elaboraron el acta de procedimiento policial, croquis ilustrativo, inspección ocular de lugar del hecho y registro fotográfico de los daños denunciados, acta de ratificación y declaración testimonial en el debate del uniformado interviniente, informe de lesiones del Cuerpo Médico Forense (CMF), informe de valoración de riesgo elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y el informe del CEO.

En cuanto al delito de daño simple cometido en contexto de violencia de género cuestiona la afirmación del juez que le otorgó razón absoluta a la defensa técnica, al considerar que el personal policial interviniente es un mero testigo de oídas y que el único testigo presencial fue Caballero Brozina, quien según apreciación del juez intentó minimizar los hechos en concordancia con la denuncia Web realizada por la denunciante. En tal sentido expresa que el juez aseveró que Caballero Brozina declaró en el debate en lo relativo a la mica trasera rota del auto: «calculó que fue él, yo no estaba afuera», y que al valorar el testimonio del testigo en la audiencia destacó que manifestó «que en ningún momento de la noche escuchó ruidos que indicaran que algo le estaba pasando al rodado».

Relacionado con ello señala que las labores del personal uniformado fueron practicadas de acuerdo con las directrices de la autoridad judicial interviniente, lo que quedó plasmado en el acta de procedimiento policial, el croquis ilustrativo del lugar de los hechos, el registro fotográfico de los daños observados y en el acta de ratificación, elementos probatorios que fueron incorporados como prueba instrumental al debate y fueron ratificados durante la audiencia con la firma de su contenido y la declaración testimonial brindada por el uniformado.

Afirma que restarle valor probatorio a la actuación policial al considerarlo un mero testigo de oídas es arbitrario y excede la sana crítica racional, ya que fue la primera persona que llegó al lugar minutos después de la consumación de los hechos y desplegó sus labores investigativas con inmediatez al ilícito, entrevistó a las víctimas instantes posteriores y tomó declaraciones que fueron verificadas por los elementos de pruebas antes mencionados.

Esgrime en relación a lo sostenido por el juzgador en cuanto Caballero Brozina fue el único testigo presencial, que no tuvo en cuenta que la ausencia de la víctima en la audiencia obedeció a que como mujer víctima de violencia de género por parte de su ex pareja Rodríguez Vázquez, fue respaldada por los propios dichos de la denunciante quien exteriorizó el temor que le provocaba el acusado al ser entrevistada por el personal policial actuante, tanto en la denuncia realizada en sede judicial como en el EPI, cuyas manifestaciones se consignaron en el acta de procedimiento policial, el acta de denuncia y el informe de valoración de riesgo que arrojó un resultado de gravedad. Agrega que la denunciante luego del hecho cambió su lugar de residencia conforme también declaró Caballero Brozina al manifestar en la audiencia que «tenía miedo».

Expone que el informe de riesgo de sufrir violencia física grave y/o riesgo vital realizado a la denunciante que arrojó un resultado «ALTO», se incorporó como prueba instrumental al debate y puso en evidencia el contexto de violencia de género en que se enmarcaba el caso, es decir, de violencia materializada en el plano físico, psicológico, económico, ambiental y sexual, motivo por el cual no concurrió a prestar declaración en el juicio oral.

Expresa que el informe citado hace referencia a la violencia física en la pareja y contra la mujer, porque se detectó la existencia de una relación asimétrica en la que el varón ocupó un rol de superioridad, dominio y control en detrimento de Díaz Pelayes.

Agrega que se consignaron indicadores de violencia física –agarrones, cachetadas, arrojarla al suelo, propinarle patadas y golpes de puño en el rostro– y psicológicos –insultos, descalificaciones, denigraciones, gritos, trato agresivo y hostil, control y vigilancia de actividades, cercenamiento del contacto con amistadas, revisión de su teléfono celular, recriminaciones de engaños, quita del celular y llaves del departamento para imposibilitarle salir del mismo y/o pedir ayuda, revisión del olor de su ropa interior por celos intensos, amenazas de quitarle la vida ante el deseo de la denunciante de finalizar la relación, entre otros–.

Señala que se detectaron episodios encuadrables en violencia sexual al forzarla a mantener relaciones sexuales contra su voluntad y ejerciéndole fuerza sobre ella mediante tirones de cabello y forcejeos para consumir el acto, como también, después de la separación conductas de hostigamiento, merodeos, mensajes, llamadas, reproches, insultos, intimidaciones, e indicadores de violencia económica. Cita en apoyo del agravio la aplicación del fallo de la **CSJN «Gallo López, Javier s/causa n° 2222» G. 1359. XLIII, sentencia del 7 de junio de 2011.**

Refiere que por el temor y el riesgo alto en que se encontraba la denunciante al momento del debate, el juez debió adoptar medidas que fueran necesarias para proteger su integridad física y psicológica, y valorar integralmente las pruebas objetivas que refrendan la teoría del caso de la representante del Ministerio Público que no fueron refutadas por la defensa técnica del acusado.

Sin embargo –expone– el juez procedió de forma contraria al criterio mencionado en el fallo Gallo López e interpretó la **incompencia de la víctima** en perjuicio de ella misma y en forma arbitraria, sin tener en cuenta también que el relato fue consistente en todo momento, armónico y coherente y quedó plasmado en el acta de procedimiento policial, acta de denuncia y valoración del riesgo, como también fue verificado con pruebas periféricas, tales como fotografías que dieron cuenta de las lesiones que fueron posteriormente constatadas por el Cuerpo Médico Forense, de los daños ocasionados en la rotura del pasador de la puerta por donde ingresó el acusado, en el baño de la vivienda y en el automóvil en que circulaba Caballero Brozina, y del registro del CEO cuando la víctima llamó al 911 con premura dando aviso del hecho denunciado.

b- Cuestiona la sentencia porque el juez valoró parcialmente el testimonio de Caballero Brozina al afirmar que el testigo declaró «que en ningún momento de la noche escuchó ruidos que indicaran que algo le estaba pasando al rodado», sin ponderar que durante el debate manifestó que por el tiempo transcurrido tenía dificultades memorísticas para recordar en detalle el hecho investigado.

Señala que por tal motivo la representante del Ministerio Público solicitó autorización al juez para dar lectura de la parte pertinente del acta, y luego de ello el testigo ratificó su declaración testimonial brindada en la instrucción, y recordó haber escuchado ruidos de los golpes propinados en su rodado y gritos del acusado que le vociferaba «Te voy a romper el auto», lo que constituye un elemento de prueba que acredita la autoría del acusado.

Expresa que el juzgador consideró erróneamente contradictorio el informe de desgravado del CEO porque el llamante no individualizó al agresor sino que lo hizo en forma genérica en cuanto alguien intentaba ingresar a su domicilio, en razón que debe ser estimado como otro elemento objetivo de corroboración de la veracidad del hecho. Indica que no podía exigírsele a la víctima ante la situación de urgencia y temor que diera los datos personales de quien fue su pareja mientras la estaba agrediendo y amenazando contra

su vida durante el ilícito. Agrega que el razonamiento del juez es contradictorio también porque, por un lado, tiene por acreditado el hecho delictivo y la autoría del acusado, y por otro, en forma arbitraria sostuvo que los llamados efectuados al CEO requiriendo ayuda inmediata desacreditaron el relato del hecho delictivo y no inculparon al acusado. Cita jurisprudencia de esta Sala II en el caso **«Garro Roldán», «Rodríguez LA», «Talley Bermúdez», «Sosa Neira»**.

Señala que el juez excedió sus facultades al presentar una tercera teoría del caso con la interpretación que realizó del informe del CEO y los dichos de la víctima plasmados en el desgravado del mismo, porque se apartó de los planteos efectuados por la defensa y el Ministerio Público y de los principios que rigen el sistema acusatorio vigente.

c- Expone que es arbitraria y contraria a la sana crítica racional la fundamentación de la sentencia en un correo electrónico cuya autoría no fue acreditada por ningún medio. Indica que el sentenciante al respecto consignó: «El Ministerio Público Fiscal interpreta esto como una retractación, que se habría dado en un contexto de violencia de género, la cual claramente es una de las posibles interpretaciones de esta manifestación de la voluntad de la Sra. Díaz Pelayes. Pero la defensa técnica considera que esto podría estar motivado en virtud de un cierto temor a ser imputada por una falta denuncia».

Enfatiza que la versión de la víctima vertida en el acta de denuncia es la que se acreditó y fue respaldada por el plexo probatorio referido anteriormente. Expone que posicionándose en el caso hipotético que el mentado correo hubiera sido reconocido por la denunciante de su autoría, corroboraría la teoría del caso de la parte acusadora al constituir un indicio que Díaz Pelayes se encontraba sumida en una relación de temor profundo hacia su ex pareja, con quien mantuvo una relación de pareja durante diez años signada por la violencia de género. Cita el fallo del Tribunal Penal Colegiado n° 1, Sentencia N° 171, autos P-42.706/17 caratulado «F. c/CALDERÓN POLO, Gustavo Horacio p/abuso sexual calificado por el acceso carnal y por el vínculo reiterado en un número indeterminado de hechos en concurso real» de fecha 10 de setiembre de 2018, en el que se sostuvo que «la retractación en un contexto de violencia de género es uno de los aspectos que suele aparecer y darse en muchas víctimas de violencia física, sexual y emocional. Es un proceso mediante el cual el psiquismo por momentos está disponible y fortalecido para decir las cosas, hablar, dejar saber para fuera, poder decir lo que le sucede a la persona, pero por momentos la persona empieza a sentirse imposibilitada de sostener lo que dijo, principalmente por temor a lo que suceda a posteriori. Entonces se desdice, retracta, minimiza, suaviza lo vivenciado, que ya lo ha dicho con detalles, pero se retracta. Es una forma de protegerse ante los temores futuros».

Agrega que el fundamento de la sentencia antes mencionado pone en evidencia una justificación subrepticia a la actitud del acusado de tratar a su ex pareja como objeto de posesión sometida a sus deseos, y poder ejercerle violencia transversal al dañar el automóvil de su actual pareja como «castigo» hacia la mujer por haber decidido poner fin a la relación que la unía con R.V., que es una interpretación teñida de estereotipos de género perjudiciales y discriminatorios hacia la víctima. Cita sobre estereotipos de género la causa CCC 29907/2013/TO2/CNC2, caratulada «Mangeri, Jorge Néstor s/recurso de casación», los casos «Galdeano Reyes» y «Di Césare Morales» de esta Sala Segunda, y la Recomendación General 33 de la CEDAW –entre otros–.

Refiere que el juzgador intentó descalificar a la víctima al interpretar en forma subjetiva, arbitraria y en base a estereotipos de género, que mediante el correo electrónico puso «paños fríos» a la situación, y que evidencia la carencia de perspectiva de género de la sentencia y de su adecuación a la normativa nacional e internacional vigente como el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales al respecto, al tiempo que reproduce estereotipos de género que deben erradicarse por ser violatorios del

derecho de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN y art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

d- Expresa que la conclusión del sentenciante se apoyó en valoraciones contradictorias de elementos de prueba al afirmar que no obstante haberse probado «con indicios graves» el hecho denunciado, ello no alcanzaba para lograr una sentencia condenatoria ya que «ni Díaz Pelayes ni Caballero Brozina observaron el momento en que se habría producido este daño sobre el rodado», y procedió a la absolución del acusado por aplicación del principio «in dubio pro reo».

En relación a ello, expresa que tanto Díaz Pelayes como Caballero Brozina manifestaron en forma concordante que escucharon al acusado gritar «te voy a romper el auto» y a continuación oyeron los ruidos de golpes que le propinaba al vehículo, motivo por el cual salieron atemorizados de la habitación y se encerraron en el baño de la vivienda.

Agrega en cuanto al examen psíquico realizado a Rodríguez Vázquez, que si bien se consigna que no reúne caracteres de personalidad peligrosa, ello no lo desincrimina del ilícito investigado porque el sistema penal es de acto y no de autor. Cita el fallo de esta Sala Segunda recaído en **«Lago Prima»**.

En cuanto al estado de duda del juzgador cita el fallo de la CSJN 873/2016/CSJ, «F. c/Sanelli, Juan Marcelo s/abuso sexual –art. 119, 3° párrafo»- Buenos Aires, 04/06/2020, en cuanto sostuvo que «[...] ese estado de duda al que hace mención el sentenciante en su fundamento no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547:312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423). La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena. El concepto «más allá de duda razonable», es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en razón [...] ese defecto adquiere especial significación en el sub examine teniendo en cuenta el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención d Belém o Pará».

2.2- Vicios sustanciales

La recurrente sostiene que la conducta del acusado se subsume en el delito de daño simple cometido en contexto de violencia de género previsto en el art. 183 del CP y art. 4 de la ley 26.485.

Vinculado a ello indica que la ley 26.485 sobre protección integral a las mujeres, tiene como propósito prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales para garantizarles los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, la CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expone que el juez de la instancia anterior no valoró la prueba a tenor de la perspectiva de género, y este es un caso típico de violencia de género ya que no es un hecho aislado porque en anteriores oportunidades el acusado le ejerció violencia a la víctima (art. 7 inc. f) Convención de Belém do Pará, art. 75 inc. 22° de la CN y art. 16 de la ley 26.485). Cita el caso «Luque Ruarte» de esta Sala Segunda en relación a la valoración de la prueba con perspectiva de género.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la titular de la Fiscalía de Instrucción n° 37 de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Genero contra la sentencia referida, y se remite a los argumentos vertidos por la recurrente, los que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, de una recapitulación de los agravios planteados observo que ellos cuestionan la valoración de pruebas incorporadas al debate, por entender que el juez de la instancia anterior incurrió en contradicción, se apartó de la sana crítica racional y del enfoque de género y aplicó erróneamente el principio de la duda, lo que torna arbitraria la sentencia absolutoria impugnada.

En razón de ello, y ante todo, debe tenerse presente estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

Al respecto me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que señalé la importancia de partir en el análisis de hechos, en los que las **mujeres son víctimas de violencias** en sus diversas manifestaciones que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, **«Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña»**, entre otros).

Asimismo, en el pronunciamiento en **pleno «Hisa»** hice referencia al estándar punto de partida del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso **«Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»**; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Sentado lo que antecede, realizaré el análisis revisorio de la valoración de las pruebas cuestionadas por la recurrente a través de la sana crítica racional y la aplicación de los estándares probatorios de género, a fin de resolver si la sentencia en crisis contiene o no motivación válida y con perspectiva de género. Veamos.

a.- La representante del Ministerio Público se agravia porque el juez de la instancia anterior le restó eficacia probatoria al testimonio de Cristian Adrián González Silva, auxiliar de la Policía de Mendoza, quien reconoció su firma inserta en el acta de procedimiento agregada a los autos P-16192/20, al considerarlo testigo de oídas.

Según constancias audiovisuales del debate, el testigo manifestó que fue desplazado por el CEO, al llegar al inmueble vio un hombre que estaba lesionado porque lo golpeó la ex pareja de Díaz Pelayes –que fue quien llamó al CEO– y que constató daños en el baño, en la puerta del patio de la vivienda y en el vehículo individualizado en el acta de procedimiento (ver registro audiovisual de fecha 8 de junio de 2022, a partir del minuto 10:40).

En el acta de procedimiento de fecha 20 de febrero de 2020 –incorporada a fs. 1/2 vta. de autos P-16.192/20 y a la audiencia de debate– se consignó que Díaz Pelayes fue entrevistada el día del hecho por el funcionario de policía Auxiliar PP. González Cristian y testigo de acta Auxiliar PP Alejandro Bustamante. Se dejó constancia que Díaz Pelayes expuso que se encontraba con su actual novio Guido Sebastián Caballero Brozina, «cuando se hace presente en su domicilio su ex pareja de nombre SEBASTIÁN JESÚS RODRÍGUEZ, quien comienza a golpear el portón de ingreso a la vivienda con intenciones de ingresar, al no abrirle la puerta la ciudadana Díaz, el sujeto comienza a patear un vehículo de marca BMW, color azul, CSU-555 que estaba estacionado en la vereda rompiendo la mica trasera derecha, luego procede a saltar a través de un portón e ingresa por el patio, rompiendo una puerta ubicada en la parte trasera de la morada, en el interior de la vivienda la ciudadana Díaz con el ciudadano Caballero se encierran dentro del baño, por lo que el ciudadano Rodríguez una vez [a]dentro comienza a patear la puerta del baño hasta ingresar, una vez [a]dentro del baño comienza a golpearse con Caballero, resultando lesionado en el rostro con cortes, en tanto el ciudadano Caballero también sufre golpes y un corte en la ceja derecha, rompiendo todos los artefactos del baño.

Luego de la pelea el ciudadano Rodríguez procede a retirarse del lugar a bordo de un vehículo marca Peugeot, modelo 307 de color champagne, dominio GAS-648».

También se dejó constancia en el acta mencionada que no habían personas presentes en el lugar ni cámaras, por lo que se procedió a realizar una inspección ocular del lugar del hecho que integra el acta, en la que –entre otras circunstancias– se informó que el vehículo BMW estaba estacionado en la vereda frente a la vivienda de la denunciante y que presentaba daños en su mica trasera derecha.

Asimismo, en la audiencia se incorporó el croquis ilustrativo del lugar del hecho y fotografías del vehículo con la mica trasera derecha rota, artefactos del baño y puerta de la vivienda –ver fs. 3 a fs. 9 de autos citados–.

En atención a lo expuesto, le encuentro razón a la recurrente cuando cuestiona la afirmación del sentenciante al restarle valor probatorio a la declaración de González Silva, toda vez que su testimonio fue respaldado por pruebas objetivas debidamente incorporadas al debate.

Además, el auxiliar de la policía estaba en funciones, fue desplazado por el CEO al domicilio de la denunciante y elaboró un acta de procedimiento y realizó una inspección ocular por orden de la fiscalía interviniente, por lo que no se trató de un **testigo de referencia**, indirecto o de «oídas» en tanto tomó conocimiento del hecho, constató los daños de los objetos y del vehículo y entrevistó a Díaz Pelayes y a Caballero Brozina el día del hecho en forma directa e inmediata en ocasión de estar desempeñándose en la Policía de Mendoza.

Asimismo, el acta de procedimiento es un instrumento público que no fue cuestionado en su validez.

No debe perderse de vista que por aplicación de la sana crítica y los estándares en materia de violencia por razones de género –entre ellos el de amplitud probatoria– hay que considerar que en contextos familiares donde ocurren los actos de violencias contra mujeres por sus ex parejas –como en el caso– no es posible contar con la declaración testimonial de terceras personas que hayan estado presente durante la ejecución material de los actos de violencia.

De ahí que la ley 26.485 -entre los derechos y garantías mínimas de cualquier procedimiento judicial- establece en el art. 16, inc. i, el principio de «**la amplitud probatoria** para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos».

Aunado a ello, cabe aclarar que los elementos probatorios incorporados al debate deben meritarse en forma integrada y no aislada, máxime en contextos familiares y de género como el que nos ocupa, en que los actos violentos fueron atribuidos a Rodríguez Vázquez quien fuera pareja de Díaz Pelayes durante el tiempo prolongado de diez años.

Pues, la ruptura de la relación de la pareja se produjo por iniciativa de la denunciante desde hacía aproximadamente cinco meses y por haber sufrido por parte del acusado numerosos actos de violencia durante la convivencia que no denunció anteriormente, según relató en la denuncia y en la entrevista realizada por el Equipo Profesional Interdisciplinario –EPI–. Sobre la relevancia del análisis de este informe psíquico me referiré más adelante.

b.- En cuanto al cuestionamiento de la valoración del testimonio de Guido Sebastián Caballero Brozina – pareja de la denunciante al momento de los hechos– entiendo que también le asiste razón a la impugnante cuando expone que el sentenciante ponderó la declaración del testigo en forma arbitraria al minimizar sus dichos y restarle eficacia probatoria. Paso a exponer las razones.

En la audiencia de debate Caballero Brozina declaró que el día del hecho, al momento en que estaba en el dormitorio con Noelia en la casa de un familiar de ella en Barrio Huarpes, su ex pareja de nombre Sebastián –quien hacía poco había terminado la relación con Noelia– ingresó a la vivienda, forcejearon en la puerta del baño y se retiró cuando él llegó la policía. Manifestó que llegó en un auto marca BMW del negocio donde trabajaba y que estacionó afuera.

Se autorizó en la audiencia la lectura de la declaración testimonial de fs. 8/9 brindada en la instrucción en cuanto declaró: «yo estaba con mi pareja Noelia Belén Díaz, estábamos en la casa de la tía de ella, no sé exactamente la manzana, en ese momento estábamos acostados y llegó el ex novio de Noelia, él se llama Sebastián Rodríguez, empezó a golpear el portón, gritaba llamándola, ahí se fue contra mi auto, mi auto, un BMW 318 no recuerdo el dominio, de color azul, que estaba estacionado en la vereda, no se bien con que fue pero rompió la mica trasera derecha, rayó el guardabarros trasero derecho y también rayó el techo del auto, nosotros llamamos a la policía [...]».

A preguntas de la Fiscalía respondió el testigo que recordaba lo declarado anteriormente y que el auto tuvo los daños que el acusado le hizo, el auto estaba estacionado en la puerta, él [Rodríguez Vázquez] ingresó por el patio, se metió por la puerta trasera (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 02:38 a 10:55).

Seguidamente se continuó en la audiencia con la lectura de la declaración: «Entró por la puerta trasera de la casa, ahí empujaba la puerta del baño donde estábamos nosotros, entró al baño allí empezamos a forcejear, me dio un par de piñas en la cara, se abalanzó sobre Noelia y yo la retuve, ahí nos caímos y se rompió el bidet y el lavamanos [...] saltó el portón del patio que mide dos metros más o menos, rompió la puerta del patio, la tironeó para abrirla y rompió los pasadores, es por eso que pudo entrar [...] tengo la mica trasera derecha rota, rayado el guardabarros trasero y el techo, esto lo hizo Sebastián pero no sé cómo porque estaba adentro, él mientras tanto gritaba te voy a romper el auto y se empezó a escuchar los ruidos de la chapa y los golpes por eso nos fuimos y nos encerramos en el baño» (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 11:00 a 14:44).

El testigo también manifestó en la audiencia: «a medida que Ud. [la representante del Ministerio Público Fiscal] va leyendo voy recordando, pasó hace mucho tiempo esto» (ver registro citado, minuto 14:45). A preguntas de la Fiscalía respondió que escuchó a Sebastián que le decía: «te voy a romper el auto» y escuchó ruidos de los golpes; Noelia llamó a la policía (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 15:50).

Se continuó con la lectura: «Cuando se estaba yendo me dijo ya te voy a encontrar solo en la calle, yo entiendo que cuando me encuentre me va a pegar», a lo que el testigo respondió que a eso no lo recordaba (registro audiovisual citado, a partir del minuto 15:53).

En la audiencia el defensor del acusado le preguntó a Caballero Brozina cuánto tiempo fue pareja de Noelia, a qué tiempo comenzó su relación con Noelia desde la ruptura con Rodríguez Vázquez, le pidió que precisara el tiempo, le preguntó si convivió con Noelia y cuánto tiempo, le preguntó si la conoció bien a Noelia el año que estuvo con ella y al responder afirmativamente el testigo, le preguntó: «¿qué concepto de persona tiene de ella?» y el testigo respondió: «concepto de persona bien, el tema de relación eso es de nosotros, entre ella y yo nomás».

La defensa insistió: «pero le pregunto» y el testigo respondió nuevamente: «de persona bien»; entonces le preguntó el defensor: «¿era una mujer normal para usted?» como el gesto del testigo demostraba perplejidad ante el interrogatorio defensivo y no respondía, el juez le indicó al defensor que la pregunta no estaba vinculada a los hechos de la causa y no la admitió (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 16:20 hasta 18:35).

Seguidamente el defensor preguntó: «¿por qué terminaron, por qué se rompió la relación?» y el testigo respondió que Noelia se fue a vivir a San Luis y él tenía su familia y su trabajo en Mendoza (registro citado, a partir de minuto 18:40 a 19:00).

A preguntas de la Fiscalía, el testigo declaró que después del hecho Noelia vivió en su domicilio porque no quería regresar al domicilio donde habían pasado los hechos, que se instaló una consigna policial en el domicilio del testigo porque tenía miedo y que con la custodia estaban bien.

En respuesta a pregunta aclaratoria del juez respondió que vio los daños del vehículo cuando salió del domicilio a la calle, en el momento que sucedieron los hechos y llegó la policía (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 19:35).

Sentando lo anterior, entiendo que le asiste razón a la recurrente al agravarse porque el juez de la instancia anterior no valoró dentro de las reglas de la sana crítica ni con perspectiva de género la declaración de Caballero Brozina.

En efecto, el testigo admitió en la audiencia que estaba durmiendo en el dormitorio con Noelia cuando el acusado –quien era su ex pareja– gritaba diciéndole «te voy a romper el auto» y después escuchó los golpes en el auto BMW, por lo que se resguardaron en el baño de la vivienda, lugar donde Rodríguez Vázquez llegó después de saltar el portón y de ingresar por la puerta trasera del patio, llegó hasta el baño donde lo golpeó y forcejearon, Noelia intervino para separarlos, llamó al 911 y el acusado se retiró del domicilio.

En efecto, el juzgador minimizó el valor del testimonio de Caballero Brozina al considerar en forma aislada y fuera de contexto de género, que no estuvo presente en la calle donde estaba estacionado el vehículo BMW mientras Rodríguez Vázquez lo rayaba y golpeaba y le rompió la mica trasera derecha. Ello así, el sentenciante no tuvo en cuenta que el acusado al llegar gritó y llamó a Díaz Pelayes quien fue su pareja durante diez años, que la ruptura de la relación se produjo por iniciativa de Díaz Pelayes al haber sufrido diversas violencias de género por parte del acusado, y se encontraba alrededor de las 5:15 hs. con Caballero Brozina –actual pareja el día del hecho– en la intimidad del dormitorio de la vivienda durmiendo y que después del arribo sorpresivo del acusado y golpes que propinó en el rodado se resguardaron adentro del baño para protegerse de actos de violencia de Rodríguez Vázquez.

Tampoco ponderó el juzgador en forma integrada que el testigo también declaró que antes de escuchar los golpes Rodríguez Vázquez le gritó «te voy a romper el auto» y después del daño al vehículo ingresó por la puerta trasera de la vivienda y golpeó al testigo en la puerta del baño.

De interpretarse por medio de las reglas de la sana crítica y estándares probatorios con enfoque de género la declaración del testigo, y no solo frases aisladas y descontextualizadas, no se le habría restado relevancia a su testimonio como prueba de cargo en la resolución recurrida. Por tanto, debe acogerse también el agravio analizado.

c.- En relación al cuestionamiento casatorio relativo a la falta de ponderación con perspectiva de género de los hechos denunciados por Díaz Pelayes, el acta de procedimiento, registros fotográficos, inspección ocular, informe físico del CMF e informe de «riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital» elaborado por el EPI, a fin de meritar el relato contenido en la denuncia, la denuncia Web y el motivo por el cual la denunciante no se presentó a declarar en el debate, también le encuentro razón a la representante del Ministerio Público Fiscal. Veamos.

En primer lugar, en el acta de denuncia –incorporada a la audiencia– Díaz Pelayes refirió que el acusado consumía marihuana, cocaína y alcohol en exceso, que el día del hecho dormía junto a su actual pareja Guido Sebastián Caballero cuando empezaron a sentir que su ex pareja Rodríguez Vázquez golpeaba el portón y gritaba, saltó la reja y entró a la casa y ellos se encerraron en el baño y llamaron al 911.

Expuso: «Desde adentro del baño escuchábamos como le pegaba patada al auto de mi novio que es un BMW color azul que después vimos y le rompió una mica y seguro también le hizo alguna rayadura. A todo esto SEBASTIÁN siguió intentando meterse a la casa, hasta que pateó la puerta del fondo y entró y de ahí se vino al baño en donde estábamos escondidos. Abrió la puerta y ahí empezó una pelea con mi novio actual. Yo traté de separar y ahí fue que terminé con algunos moretones en los brazos [...] SEBASTIÁN me besó, me dijo que me amaba, saltó la reja y se fue en su auto. La policía llegó al rato pero ya se había ido mi ex. [...] llamé a la policía dos veces al 911 y los policías vinieron pero ya se había ido [...] éramos pareja de hace 10 años y estuvimos 8 años viviendo, nos separamos hace cinco meses».

En segundo lugar, el informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer –elaborado por el EPI e incorporado a la audiencia de debate– concluyó que la evaluada presentaba un «riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital [es] ALTO».

Se informó entre los indicadores de vulnerabilidad la falta de recursos personales socio-económicos; en cuanto a la relación con el denunciado, que fue su ex pareja durante 10 años y hacían 5 meses que se separaron, la existencia de hechos de violencia no denunciados, tipos de violencia física, psicológica, sexual y económica. Respecto al denunciado se informó que refirió consumo excesivo de alcohol, de marihuana y cocaína.

Además, en el informe citado en relación al resultado de la evaluación y valoración del riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital –punto F– se concluyó: «Se detecta la existencia de una relación disfuncional con un vínculo asimétrico en la cual el varón se ha posicionado en un rol de superioridad respecto de la examinada, adoptando conductas de dominio y control, en tanto la Srta. Díaz ha asumido comportamientos de acomodación y sometimiento, a los fines de evitar la emergencia de conflictos y agresiones.

Se detecta que la violencia parece asociada a celos intensos y conductas posesivas por parte del varón, así como a lo que la examinada refiere como consumo de marihuana, cocaína y consumo excesivo y habitual de alcohol.

La examinada describe a su ex pareja como irritable, agresivo, explosivo, con tendencia a iniciar pleitos, confrontaciones y peleas a golpes por circunstancias nimias, agregando que en ocasiones ha intervenido en peleas ajenas sin ser parte del conflicto».

Con respecto a las manifestaciones de violencias, en el informe mencionado se consignó: «Describe conductas de violencia psicológica consistentes en insultos, descalificaciones, denigraciones, gritos y trato agresivo y hostil.

Surge control de actividades y movimientos a través de llamados incesantes, solicitar a la examinada que envíe fotos del lugar donde se encuentra, o bien llevarla e ir a buscarla en sus salidas como modo de sostener la vigilancia.

Refiere cercenamiento del contacto con sus amistades a través de dichos hostiles hacia los mismos, tendientes a predisponerla contra ellos, o bien iniciando discusiones antes de sus salidas o recriminaciones posteriores a éstas, lo que ha provocado que la propia examinada restrinja el contacto y la comunicación para evitar conflictos.

Indica revisión de teléfono celular asociada a desconfianza constante, así como recurrentes recriminaciones de infidelidad o engaño. Ante dichos de la examinada de radicar denuncia por los episodios de violencia, indica que su pareja le ha quitado el teléfono celular para impedirle pedir ayuda, y también las llaves del departamento, para imposibilitarle salir del mismo. Refiere un episodio en el cual su pareja le revisa y huele la ropa interior luego de una salida, por celos intensos. Frente al deseo de la examinada de finalizar la relación, surgen dichos relativos a quitarle la vida.

Surge la existencia de violencia física hacia la examinada consistente en agarrones, cachetadas, un evento en el cual la arroja al suelo y le propina patadas y otro en el cual le da un golpe de puño en el rostro.

Describe conductas compatibles con violencia sexual consistentes en forzarla a mantener relaciones sexuales pese a la negativa de la examinada, a conductas de agarrones, torones de cabello y forcejeos. Refiere también emergencias e insultos y causaciones de engaño».

Entre otros indicadores de violencia grave detectados en Díaz Pelayes, en el informe citado se indicó: «La pareja se separa hace aproximadamente dos meses. La examinada indica luego de la separación conductas de hostigamiento por parte de su ex pareja, asociadas a la negativa a aceptar la ruptura del vínculo.

Describe merodeos por su vivienda, vigilancia cuando se encuentra trabajando, mensaje y llamados de contenido amoroso asociados a lograr la reanudación del vínculo, y ante la negativa de la examinada, insultos, intimidaciones y reproches por la ruptura.

Surgen indicadores de violencia económica, en tanto el varón niega a la examinada retirar sus pertenencias del departamento donde convivían.

Agrega que su ex pareja toma posesión del local comercial que era de pertenencia común, impidiéndole tanto trabajar como acceder a las ganancias del mismo».

En cuanto al hecho denunciado en el informe del EPI se expuso: «describe que su ex pareja ingresa a la vivienda donde actualmente reside, ello pasando sobre el portón de rejas, rompiendo una puerta de ingreso a la vivienda y la puerta del baño, donde la examinada se encontraba escondida con su novio actual por haber advertido la presencia de su ex pareja.

Allí el Sr. Rodríguez entabla una pelea con el novio de la examinada, provocando rotura del bidet y lavatorio y también produciéndole hematomas a ella, quien interviene en el forcejeo intentando separarlos.

La Srta. Díaz indica que su ex pareja se encontraba alcoholizado, describiéndolo como fuera de sí, agregando que antes de retirarse la fuerza a besarlo y le manifiesta insultos y dichos amoroso al mismo tiempo.

Se detecta en la examinada déficit en los niveles de alarma, lo que consecuentemente limita o afecta los recursos para el afrontamiento eficaz de situaciones de conflicto. Frente a los hechos denunciados presenta perplejidad, así como intenso temor, ya que percibe que su ex pareja se encuentra fuera de control y que ante su reciente noviazgo puede desplegar conductas de violencia tanto hacia ella como hacia su actual pareja».

En tercer lugar, en cuanto a las diligencias realizadas por el tribunal interviniente para citar al debate a Díaz Pelayes, de la compulsa del Sistema LED del fuero penal colegiado, observo que en las actuaciones de la causa P-16192/20 se ordenó la notificación personal en el domicilio de Barrio Huarpes I, manzana E, casa 8 de Godoy Cruz, Mendoza, a las audiencias fijadas en autos P-16192/20.

Durante la audiencia de debate en fecha 22 de junio de 2022 y en ocasión de declarar el testigo Caballero Brozina, la fiscalía solicitó al juez que se realizaran gestiones para poder contactar a Díaz Pelayes en la provincia de San Luis donde residiría.

El juzgador otorgó un plazo de 72 horas para tratar de localizarla, e indicó que finalizado el plazo se fijaría audiencia de finalización del debate y se escucharían los alegatos (ver registro audiovisual de fecha 22 de junio de 2022, a partir del minuto 23:20).

De la compulsa de las actuaciones mencionadas en el sistema LED observo que se ordenó en fecha 30 de junio de 2022 la notificación de Díaz Pelayes en el domicilio antes citado de la provincia de Mendoza para su concurrencia obligatoria a la audiencia fijada el día 6 de julio de 2022 a las 17:00 hs. –ver números de órdenes 78, 79 y 80– y por WhatsApp el día 6 de julio de 2022 –ver número de orden 84–.

Además, conforme constancia digital registrada en fecha 12 de julio de 2022 –ver número de orden 88– Díaz Pelayes fue citada personalmente para la audiencia fijada en fecha 3 de agosto de 2022 por mensaje de WhatsApp al número de celular 2612511145, y al acusado se lo notificó, por citación, a través de Comisaría nº 54.

También advierto de las constancias digitales que en la «Planilla de Audiencia P.P.C.» de fecha 3 de agosto de 2022 –correspondiente al Juzgado Penal Colegiado nº 2– se dejó constancia que el domicilio de Díaz Pelayes era el ubicado en Barrio Huarpes I, manzana E, casa 8, Godoy Cruz, Mendoza y el teléfono celular 2613121122 –ver número de orden 89–.

En la audiencia de fecha 6 de julio de 2022, el juzgador ante la falta de presencia de la denunciante expresó: «pongo en conocimiento de las partes que solo restaba la declaración de la denunciante Belén Noelia Díaz Pelayes, la misma fue notificada, manifestó estar residiendo en la ciudad de San Luis y no mostró mayor voluntad de participar en este debate, ya ha transcurrido ampliamente el tiempo en que la misma fue citada a comparecer y no, no se ha hecho presente», y a continuación procedió a incorporar la prueba instrumental con omisión de lectura (ver registro audiovisual de fecha 6 de julio de 2022, a partir del minuto 00:33).

En la sentencia el juez concluyó: «pese a realizar reiterados esfuerzos no se logró contar con la declaración de la misma» (ver registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2022, a partir del minuto 04:00).

Según las constancias y conclusiones del juzgador, entiendo que las diligencias realizadas por el tribunal para lograr la presencia de la denunciante en el debate no fueron suficientes y que la valoración vertida sobre su falta de voluntad se apartó del material probatorio y de la aplicación de estándares de violencia de género por las siguientes razones:

i) no valoró los numerosos indicadores de las diversas manifestaciones de violencias por razones de género que padeció Díaz Pelayes durante la convivencia en pareja con Rodríguez Vázquez, e incluso después de la ruptura de la relación y en el hecho denunciado explicadas con claridad en el informe psíquico del EPI.

En particular, no ponderó los indicadores de vulnerabilidad detectados e informados por el EPI, en cuanto a la existencia de un «vínculo asimétrico en el cual el varón se ha posicionado en un rol de superioridad respecto de la examinada, adoptando conductas de dominio y control, en tanto la Srta. Díaz ha asumido comportamientos de acomodación y sometimiento, a los fines de evitar la emergencia de conflictos y agresiones», y de violencia económica debido a que «su ex pareja tomó[a] posesión del local comercial que era de pertenencia común, impidiéndole tanto trabajar como acceder a las ganancias del mismo».

ii) De las constancias digitales mencionadas surge que todas las notificaciones se ordenaron en el domicilio de Díaz Pelayes en la provincia de Mendoza, aunque en la audiencia Caballero Brozina declaró que después del hecho y por «miedo» al acusado Díaz Pelayes fue a vivir con el testigo a su domicilio –quien era su pareja al momento del hecho– y que a la fecha del juicio residiría en la provincia de San Luis.

iii) Las notificaciones por teléfono celular se realizaron en diferentes números –ver por ejemplo, números de órdenes 88 y 89–.

En situaciones de vulnerabilidades y violencias por razones de género en que se encuentran mujeres denunciadas y la desventaja procesal con relación al denunciado en juicios penales, por carecer de patrocinio gratuito especializado en género y el gran temor que les causó y causan sus ex parejas denunciadas, suelen presentar resistencia a declarar en juicio oral porque el miedo las retrae al tener que recordar hechos de violencias sufridos en contextos familiares y de género y no se encuentran debidamente asesoradas jurídicamente (ver, al respecto, «**González Sosa**»).

Además, por la situación de vulnerabilidad que atraviesan cambian sus domicilios y teléfonos de contacto para evitar que el denunciado continúe con hostigamientos, persecuciones y les ejerzan nuevamente diversos actos de violencias, incluso después de la ruptura de la relación de pareja, según se constató en la situación de Díaz Pelayes a quien le ejerció violencia durante el hecho denunciado –ver el examen realizado por el CMF, informe psíquico del EPI y constancias digitales mencionadas–.

Asimismo, del tono de voz y los gestos con los que el defensor del acusado se dirigió al testigo C.B. en la audiencia, en referencia a la relación de pareja que tuvo con la denunciante, en que incluso le preguntó si le pareció si N. era «normal como mujer», se aprecia que este pasaje de la audiencia estuvo claramente teñido de **estereotipos de géneros** respecto de la denunciante que no estaba presente en la audiencia.

De ahí que la obligación de proporcionar patrocinio letrado gratuito a mujeres denunciadas por hechos de violencia por razones de género que encuadran en ilícito penales –como en el presente caso– no solo se estableció en los estándares internacionales mencionados –en particular del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación y tutela judicial efectiva– sino también en los **arts. 3 inciso g), 10.2.c y 25 de la ley 26.485; art. 30 de la ley 8.008; art. 4 y c.c. de la ley 8.653.**

Así –por ejemplo– el art. 10.2.c del **Dec. Regl. 1011/2010** dispone: «Los servicios integrales especializados en violencia de género en el primer nivel de atención, deberán estar constituidos por profesionales con experiencia en el tema y sus actividades deberán ser llevadas a cabo en forma coordinada conforme los estándares internacionales y regionales en materia de prevención y asistencia integral de las mujeres víctimas», y el art. 30 último párrafo de la ley 8.008 establece que los/las abogados/as oficiales de la Oficina del Querellante Particular patrocinarán a las personas víctimas en delitos por violencia de género.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establece en forma constante que el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación «posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable» (**Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185). Considero también que a partir de un enfoque de género no se ponderó en el caso la existencia de discriminación múltiple, es decir, si convergieron de forma interseccional en la situación de Díaz Pelayes otros factores asociados a motivos de género.

Así, por ejemplo, la incidencia de falta de autonomía y de recursos materiales, conforme los indicadores de violencia económica y vulnerabilidad informados por el EPI referidos anteriormente, y que residía en la provincia de San Luis a la fecha del debate (ver, al respecto, «**Vargas Riquelme**», «**Lago Prima**», entre otros).

Por consiguiente, entiendo que el tribunal interviniente no realizó las gestiones adecuadas para proporcionarle garantías y recursos suficientes acorde a su situación de vulnerabilidad para poder presentarse a declarar en el debate ya que residía en la provincia de San Luis.

Pues, el cumplimiento de la **obligación de debida diligencia reforzada** en supuestos de violencia contra mujeres «conlleva a la adopción de una gama de medidas de diversa índole que procuren, además de prevenir hechos de violencia concretos, erradicar a futuro toda práctica de violencia basada en el género. Para ello, la Corte ya ha resaltado la importancia de reconocer, visibilizar y rechazar los estereotipos de género negativos, que son una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, a fin de modificar las condiciones socio-culturales que permiten y perpetúan la subordinación de la mujer» –Caso **López Soto y otros vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 139–.

Ahora bien, la recurrente se agravia también por la valoración arbitraria realizada en la sentencia de una denuncia Web de fecha 30 de mayo de 2021, en la que se apoyó el juez de la instancia anterior para avalar la teoría del caso de la defensa y levantar un manto de duda de la existencia de los hechos denunciados por Díaz Pelayes ante la fiscalía, porque omitió meritar su relato en el acta de denuncia respaldado por las pruebas antes mencionadas.

Sobre el particular, advierto que el sentenciante, por un lado, afirmó que la denuncia Web de fecha 30 de mayo de 2021 «en definitiva no resulta[ba] ser una denuncia», en la que Díaz Pelayes expuso que Rodríguez Vásquez el día 20 de febrero de 2020 no le había ejercido violencia física ni hubo invasión de privacidad, que ella se encontraba con su entonces pareja, que era una exageración que estuviera detenido su ex pareja porque fue una discusión entre ellos, y que retiraba la denuncia para que recuperara su libertad.

Luego hizo referencia que la misma fue interpretada como una retractación que se da en un contexto de violencia de género según el Ministerio Público Fiscal, y que para la defensa la retractación fue por temor a ser imputada por el delito de falsa denuncia (ver registro de fecha 3 de agosto de 2022, a partir del minuto 24:05).

Por otro lado, y al momento de valorar la declaración de Caballero Brozina, sostuvo que esta manifestación de Díaz Pelayes a través de la Web fue realizada en consonancia con la declaración del testigo en la audiencia, ya que «aparentemente vino a poner paños fríos a esta situación que la misma no pasara a mayores, destacó [Caballero Brozina], insisto, que había sido un momento de calentura, de bronca, pero en definitiva, lo que es absolutamente relevante para este tribunal en relación al delito que en definitiva del cual cuya acusación fue sostenida por parte del MPF, fue consultársele sobre los daños del auto, él indicó que tenía la mica rota, el auto rayado» (ver registro citado, a partir del minuto 17:15). De la revisión de los segmentos citados de la sentencia observo que –más allá que la manifestación Web de fecha 30 de mayo de 2021 no fue validada en la audiencia que fuera de la autoría de Díaz Pelayes como señala la recurrente– el sentenciante no la meritó a partir de la sana crítica racional y estándares probatorios de género y con el resto de los elementos de prueba relevantes incorporados al debate, a saber: acta de procedimiento, denuncia de fecha 20 de febrero de 2020 ante la fiscalía, croquis ilustrativo, inspección ocular, numerosos indicadores de violencia por razones de género contenidos en el informe del EPI, lesiones constatadas en la denunciante por el Cuerpo Médico Forense, registro del CEO, declaraciones de González Silva y Caballero Brozina.

Así, por ejemplo, en el informe del EPI se detectó en Díaz Pelayes «déficit en los niveles de alarma, lo que consecuentemente limita o afecta los recursos para el afrontamiento eficaz de situaciones de conflicto. Frente a los hechos denunciados presenta perplejidad, así como intenso temor, ya que percibe que su ex pareja se encuentra fuera de control y que ante su reciente noviazgo puede desplegar conductas de violencia tanto hacia ella como hacia su actual pareja».

En efecto, en casos de investigación y juzgamiento de ilícitos penales ocurridos en el ámbito familiar y de violencia doméstica, en que equipos profesionales especialistas en la materia detectaron todos los tipos de violencias previstos en la ley 26.485 en la mujer denunciante (arts. 4, 5 y 6 ley 26.485), debe indagarse y probarse los motivos por los cuales después de realizada la denuncia penal y pasado un tiempo prolongado sin resolución de la causa –como en el caso– la mujer denunciante presenta una manifestación de retractación en sede penal.

Ello, porque puede obedecer a diversos factores, por ejemplo, atravesar al momento de la retractación la fase de «luna de miel o amor arrepentido» en la dinámica del «ciclo de violencia» en la que se minimizan hechos graves de violencia denunciados y se petitiona el retiro de la denuncia para el recupero de la libertad de su ex pareja, y/o por temor a padecer nuevos actos de violencias como respuesta del denunciado por haber sido detenido por la denuncia penal y haber tomado la mujer la iniciativa de la ruptura de la pareja e incluso estar en pareja con otro hombre (cfr. Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres. Dirección General de Políticas de Género. Ministerio Público Fiscal. CABA. 2016, p. 16).

Aunado a ello, también puede existir ausencia o insuficiencia de respuestas adecuadas de las institucionales competentes y/o intervinientes para garantizarles a mujeres denunciantes el acceso a la justicia con patrocinio letrado gratuito especializado en género que les proporcionen información jurídica y acompañamiento durante el juicio, seguridad física-emocional y recursos materiales suficientes acorde a la situación de vulnerabilidad que atraviesa al momento del desarrollo del debate en el juicio penal.

Es por ello, que por aplicación de los estándares de debida diligencia reforzada, protección igualitaria ante la ley, tutela judicial efectiva, no discriminación y amplitud probatoria, ante presentaciones de retractaciones de mujeres víctimas de violencia doméstica que encuadran en ilícito penales, deben realizarse de oficio diligencias adecuadas en la investigación y acreditación de los motivos, sobre todo en

casos como el que nos ocupa, en el que no existió constancia que Díaz Pelayes se hubiera presentado personalmente ante la fiscalía o el juzgado interviniente para retractarse ni se corroboró por medio fehaciente ni con certeza la autoría de la manifestación Web de fecha 30 de mayo de 2021.

Al respecto, según jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia recaída en el caso «Cruz Caporiccio», se afirmó que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia (LS. 573-114)».

Asimismo, Monserrat Sagot —especialista en enfoque de género y violencia contra mujeres— explica que el proceso interactivo de la ruta crítica que inician mujeres en situaciones de violencia familiar y de género en busca de soluciones, está constituido por factores impulsores, inhibidores y precipitantes vinculados con las mujeres afectadas y las acciones que emprenden y la respuesta social encontrada.

Afirma que «con el concepto de ruta crítica se reconstruye la lógica de las decisiones, acciones y reacciones de las mujeres afectadas, así como la de los factores que intervienen en ese proceso». (**La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina: Estudios de casos en diez países. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo. 2000. p. 89**).

Señala Sagot que entre los múltiples factores inhibidores que mantiene a una mujer a permanecer en una relación violenta a veces por años y sobreviviendo a condiciones físicas y emocionales precarias e inmovilizada, se pueden mencionar entre los factores «internos», el miedo al agresor y los roles tradicionales de género, la vergüenza, la culpa, el desconocimiento de sus derechos y falta de información/asesoramiento, manipulaciones del agresor y dinámicas del ciclo de la violencia, los que incluso permanecen cuando transitan el itinerario en búsqueda de solución para el cese de las violencias. El miedo las inmoviliza por amenazas de los agresores y su potencial de hacer daño y por la impunidad con la que responde la sociedad ante la violencia intrafamiliar (ob. cit., pp. 97).

Expresa la autora citada que los factores inhibidores internos se interrelacionan estrechamente con elementos contextuales y las presiones que sufren las mujeres por parte de la familia, la falta de autonomía económica y de recursos materiales e inadecuadas respuestas institucionales que promueven la impunidad y la revictimización al convertirse en la pared y el laberinto que detiene a las afectadas y las pierde en un mundo de complicados trámites y procedimientos (ob. cit., pp.98-101).

Asimismo, Eva Giberti —experta argentina de larga trayectoria en materia de violencia contra mujeres— advierte que no debe generalizarse la retractación sino conocer sus múltiples variables, ni tratar a las mujeres en forma hegemónica sino en sus diversidades.

Afirma la autora que «[e]n los historiales de violencia familiar, la persona que se retracta después de haber instalado la denuncia es la mujer. Esta retractación es un paradigma de la historia de esta índole de violencia.

Para estudiarla y evaluarla es preciso conocer la situación de la mujer, así como características básicas de su subjetividad y, sin que para ello sea preciso realizar un psicodiagnóstico, es posible llegar a considerar cuál sería la validez de dicha retractación.[...] Las mujeres que se atreven a denunciar después de diez años de maltratos no equivalen a las que lo hacen ante el segundo episodio violento.

Existe una diferencia entre quien solicita ayuda coyunturalmente y quien lo hace después de muchos años, “acostumbrada” a no reconocerse como víctima, ajena a la idea de sometimiento. No sabe qué quiere decir esa palabra ni ese estado que le es propio, y supone que no solo es normal y natural, sino que todo depende de ella, ese sentirse así y aceptarse maltratada (Giberti, 2013)» (Giberti, E. **Mujeres y violencias.1a.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico. 2017. pp. 221-223**).

Además, la Recomendación General nº 33 del Comité CEDAW –incorporada al marco constitucional en el art. 75 inc. 22º, en cuanto forma parte de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer– establece que la presencia de estereotipos y prejuicios de género en el sistema judicial impiden el acceso a la justicia y afectan especialmente a mujeres víctimas y supervivientes de violencia. Señala que «[l]os estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos.

Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a las declaraciones, los argumentos, los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos.

Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa.

Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad.

En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes» – párrafo C-26–.

De modo entonces que si se analiza sin estereotipos de género la situación de Díaz Pelayes, se puede observar que relató en forma consistente y coherente ante la autoridad policial y profesional del EPI que durante su convivencia de diez años con Rodríguez Vázquez, éste le ejerció diversos actos de violencias físicas, psicológicas, sexuales, económicas y simbólicas, se encontraba con un riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «ALTO», y por el miedo que tuvo después del hecho se fue a vivir con Caballero Brozina quien era su pareja en ese entonces. Junto a ello, se puede advertir que la manifestación del 30 de mayo de 2021 no fue realizada en forma personal sino a través de la Web, que no se corroboró fehacientemente la autoría de la denunciante y que en su contenido se hacía referencia que se consideraba «exagerada» la detención de Rodríguez Vázquez quien se encontraba privado de libertad y se pedía el recupero de su libertad.

Otras pruebas relevantes que no se tuvieron en cuenta en el proceso valorativo fue la medida de prohibición de acercamiento amplia que ordenó en fecha 2 de junio de 2021 el Octavo Juzgado de Familia a favor de Díaz Pelayes y contra Rodríguez Vázquez –autos nº 296/2021– «**DÍAZ PELAYES NOELIA BELÉN C/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ P/Medidas de protección de derechos**»– y que fue recién en la audiencia de debate de fecha 22 de junio de 2022 se tomó conocimiento –por información del testigo Caballero Brozina– que la denunciante residía en la provincia de San Luis, lo que le implicaría disponer de recursos materiales para el traslado, de un patrocinio letrado gratuito especializado para la protección de sus derechos a la información sobre el desarrollo del juicio y asesoramiento jurídico en su intervención en el debate y garantías de seguridad física y emocional atento el riesgo vital «ALTO» informado por el EPI.

En consecuencia con lo expuesto, considero que corresponde admitir el agravio analizado.

d- La representante del Ministerio Público Fiscal también cuestiona la motivación de la sentencia porque se apoyó en valoraciones contradictorias de pruebas incorporadas al debate.

Con relación a la revisión del agravio anticipo que también le asiste razón a la parte impugnante. Pues, si bien el sentenciante afirmó que surgían «indicios graves» de las pruebas incorporadas al debate en relación al hecho atribuido en la acusación a Rodríguez Vázquez, ellos no le resultaron suficientes para alcanzar la certeza de una sentencia condenatoria de su autoría por el delito de daño simple previsto en el art. 183 del CP.

Así, el juez de la instancia anterior para sostener su estado de duda consideró el examen psiquiátrico realizada a Rodríguez Vázquez por el CMF que informó que no era una persona peligrosa ni violenta; en aspectos parciales del informe del CEO y de la declaración de Caballero Brozina –a pesar de considerarla como fundamental– y en la manifestación Web de fecha 30 de mayo de 2022 en consonancia a la teoría del caso alegada por la defensa. Todo ello sin la aplicación de estándares probatorios en materia de violencias contra mujeres por razones de género.

En cuanto al examen psíquico realizado al acusado por el Dr. Julio José Herrera Mingorance –especialista en Psicopatología del CMF– en fecha 2 de junio de 2021 advierto que no se valoró en forma integrada con el informe del EPI realizado a la denunciante, ni la constatación de las lesiones consignadas en el informe del CMF y el resto de las pruebas incorporadas al debate que validan el relato de Díaz Pelayes. Además, el examen citado aparece al menos escueta, si se tienen en cuenta los 16 puntos solicitados por la Fiscalía interviniente conforme Resolución 719/16 de Procuración General y Acordada 27.794 –ver avoque de fecha 21 de febrero de 2020–, que la acusación versó en un injusto «en contexto de género» en el que el denunciado fue ex pareja de la denunciante durante diez años, y en la que no se explicitaron indicadores de violencia familiar y de género, a diferencia del exhaustivo y explicativo informe del EPI lisa y llanamente omitido en su valoración por el sentenciante.

Asimismo, el juez también sostuvo su estado de duda acerca de la existencia de los hechos denunciados por Díaz Pelayes, al poner énfasis en el horario y contenido de las llamadas al CEO el día del hecho, al afirmar que: «lo cierto es que la presencia del Sr. Rodríguez Vázquez recién está sindicado por estas personas a las 5 y 27 hs. cuando personal policial se hace presente en el domicilio, es decir, si efectivamente ocurrieron estos llamados en el cual estos gritos en el cual el Sr. Rodríguez Vázquez le decía que le iba a romper el auto, que quería ingresar al domicilio porque llamaba gritando a la Sra. Díaz Pelayes, aparece al menos como contradictorio [...] lo cierto es que insisto, aparece al menos contradictorio, que no hayan puesto en conocimiento en el primer momento al personal policial lo que estaba ocurriendo, es decir, que efectivamente el Sr. Rodríguez Vázquez es quien estaba en el interior del domicilio y no que fuese una persona con intención de robo [...] al menos en este segundo llamado que se realiza unos segundos después» (ver registro audiovisual de fecha 3 de agosto de 2022, a partir del minuto 21:40).

No obstante lo afirmado por el sentenciante en el segmento de la resolución citada, surge expresamente del acta de procedimiento de fecha 20 de febrero de 2020 incorporada al debate, que el Auxiliar PP. Cristian González y el testigo Auxiliar PP. Alejandro Bustamente dejaron constancia que: «[...] el día de la fecha siendo la hora cinco con quince minutos aproximadamente somos desplazados por el CEO a Barrio Huarpes I M-E casa 08 de Godoy Cruz, lugar donde se habría producido un problema de índole familiar» –fs. 1, el destacado es propio–.

Además, el juzgador otorgó relevancia al informe del CEO en cuanto sostuvo que en primer lugar había llamado una vecina del lugar, y luego se recibieron los llamados del teléfono celular de propiedad de

Caballero Brozina en los que al comienzo no se hacía referencia al hecho denunciado, sino hasta la hora 05:27 hs. De la compulsión de los informes del CEO observo que si bien consta que llamó una vecina porque sintió gritos, golpes y ruidos de un auto y de otros llamados, también se informó que Rodríguez Vázquez ex pareja de la Díaz Pelayes «[...] LLEGÓ Y DESPUÉS DE INGRESAR A LA FUERZA LE CAUSA D-14Y LE DIO UNOS GOLPES» A LA MUJER «V_22 VIOLENCIA DE GÉNERO».

También en la valoración del informe del CEO advierto una ponderación parcial y con sesgos de género del informe referido.

Ello es así porque en contextos familiares y de violencia de género en que las personas que ejercen los actos de violencia han sido parejas, hay que considerar –al menos– antecedentes de actos de violencias, el estado emocional y de temor y el momento del hecho en que se realizan los llamados de emergencia al 911.

De modo entonces, que este informe tampoco debe meritarse aisladamente del material probatorio incorporado al debate, del historial de violencia de la denunciante ni del contexto en que ocurrió el hecho, ya que Díaz Pelayes y Caballero Brozina fueron agredidos sorpresivamente por el acusado mientras estaban escondidos en el baño por temor a Rodríguez Vázquez.

Es decir, cuando llegó Rodríguez Vázquez al domicilio de Díaz Pelayes –reitero– se encontraba durmiendo con su actual pareja en el dormitorio de la vivienda en un ámbito de intimidad familiar y la llamó a los gritos y al no responderle ni abrirle la puerta, golpeó y rompió la mica trasera derecha del vehículo de Caballero Brozina que estaba estacionado frente a la vivienda, y después que logró ingresar por la puerta trasera de la vivienda hasta el baño donde estaban resguardados, golpeó a Caballero Brozina y después la denunciante llamó al 911 –ver acta de procedimiento; croquis de fs. 3; fotografía de fs. 4/9, ratificación del acta, denuncia, declaración de Caballero Brozina, fotografía y examen físico de lesiones de la denunciada informadas por la Dra. Bustamente del CMF, informe del EPI, informe del CEO–.

Téngase presente también, por ejemplo, que el informe psíquico del EPI consignó: «Ante dichos de la examinada de radicar denuncia por los episodios de violencia, indica que su pareja le ha quitado el teléfono celular para impedirle pedir ayuda, y también las llaves del departamento, para imposibilitarle salir del mismo».

Esto así, ante situaciones previas de episodios de violencia por parte de Rodríguez Vázquez a Díaz Pelayes durante la convivencia, el acusado le impedía pedir ayuda quitándole el teléfono y poder salir del domicilio, de lo que se puede inferir con perspectiva de género que la denunciante informó al CEO sobre detalles del hecho una vez que el acusado se retiró del domicilio a las 05:27 hs., ya que para resguardar su vida y la de su actual pareja no lo haría en presencia del acusado.

Unido a la jurisprudencia reseñada, cabe tener en cuenta también que en los precedentes «Alaniz Pineira» y «De Miguel Tortosa» sostuve que operadores y operadoras del derecho, «[...] tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello resulta necesario que el juzgador [/a] comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos[as] los[as] operadores[as] del derecho para su efectiva aplicación».

En los precedentes mencionados he dicho que el concepto de género –con cita Alda Facio y Lorena Frías– «[...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales».

No debe perderse de vista tampoco la jurisprudencia constante del sistema interamericano de protección de derechos humanos y a nivel nacional que sostuve en los precedentes «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Basualdo Reyes**», «**Scifo**» –entre otros– construida sobre lineamientos y estándares de interpretación integral de las pruebas en materia de género, especialmente relacionada con la valoración del testimonio de la víctima (cfr. Corte IDH, **Caso del penal «Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

En otro orden de ideas y en cuanto a la aplicación del principio de la duda, en el caso «Ruiz Gutiérrez» y «Lago Prima» sostuve que desde una perspectiva procesal, si bien no es una regla de valoración probatoria sino de decisión, su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia por razones de género. Es decir, debe ponderarse para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

También he referido en los precedentes que acabo de mencionar, que el principio de la duda como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una externa referida al umbral de prueba que ha alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia, y otra interna o cualitativa orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Señalé además que « [...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermeneútica que procede a su operación como regla decisoria».

De ahí que en el caso «**Ruiz Gutiérrez**» afirmé que una vez distinguidos los dos aspectos del principio analizado, en la sentencia analizada no se realizó una adecuada aplicación del principio in dubio pro reo. «Ello en tanto, la inyección de contenido que lo nutre en su aspectos interno se ha llevado adelante sin realizar una correcta materialización de la perspectiva de género en la valoración de los elementos de convicción reunidos en la causa [...] se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, y en especial el testimonio brindado por la víctima, con prescindencia de una mirada integral de la problemática (cara interna), incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves precisos y concordantes (art. 31)».

Conforme a ello y aplicada la mentada jurisprudencia al caso en revisión, entiendo que el juez de la instancia anterior al inaplicar la sana crítica racional y los estándares probatorios en materia de violencia de género en la valoración del material probatorio, omitió ponderar pruebas y aspectos relevantes de otras e incurrió en contradicciones en la fundamentación de la sentencia –como expuse anteriormente– lo que derivó en la interpretación y aplicación errónea del principio de la duda al soslayar en el abordaje jurídico la integración de conocimientos interdisciplinarios para la comprensión del relato de la denunciante en contexto de género y demás elementos probatorios que constituyen indicios graves de la existencia del hecho atribuido en la acusación a Rodríguez Vázquez (ver, al respecto, «Ruiz Gutiérrez», «Galdeano Reyes», entre otros).

En suma, y de acuerdo a lo expuesto hasta el momento, caben las siguientes consideraciones en cuanto a la valoración de las pruebas realizadas por el juzgador: i) se limitó a descartar en forma genérica la existencia del contexto de género, sin valorar pruebas incorporadas al debate a partir de la sana crítica racional y estándares probatorios de violencias por razones de género contra mujeres –acta de procedimiento y declaración de González Silva, complejo fotográfico, inspección ocular, croquis del lugar, examen médico del CMF, informe del EPI, declaraciones de Caballero Brozina–; ii) enfocó la interpretación de la normativa penal en el delito de daño simple previsto en el art. 183 del CP, sin considerar que la acusación versó también «en contexto de violencia de género», es decir, previsto en el art. 183 del CP «y arts. 4 y 5 de la ley 26.485»; iii) no ponderó el relato de Díaz Pelayes según estándares internacionales y jurisprudencia en la materia; iv) meritó parcial y erróneamente la declaración de Caballero Brozina para minimizar su valor como prueba de cargo; v) omitió ponderar los indicadores de violencias por razones de género detectados por el EPI, y la existencia de «violencia ambiental por razones de género» materializada en los daños ocasionados al vehículo utilizado por su actual pareja a la fecha del hecho; vi) a pesar de expresar que ponderó en forma global el plexo probatorio y de afirmar que existieron «indicios graves», aplicó el principio de la duda con apoyo en aspectos parciales valorados, sin perspectiva de género, como la declaración de Caballero Brozina, el informe del CEO, la manifestación Web del 30 de mayo de 2021 y la pericia psíquica realizada al acusado en el CMF, elementos éstos que avalaban la teoría del caso de la defensa técnica.

Por consiguiente, considero que la existencia de los vicios graves señalados en la motivación de la sentencia en crisis derivan de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP en concordancia con estándares mencionados que conlleva la declaración de nulidad de la resolución casada. Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia, anular la sentencia recurrida.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la Sentencia N° 11.558 y sus fundamentos sólo en lo relacionado con el análisis de los hechos investigados en los autos P-16.192/20, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP, en función de lo aquí dispuesto (art. 486 del CPP), siga el trámite de ley a fin que se realice un nuevo debate y se dicte un nuevo pronunciamiento.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y anular la Sentencia N° 11.558, así como también sus fundamentos sólo en relación al análisis de los hechos investigados en los autos P- 16.192/20.

2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá intervenir conforme lo resuelto.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO. Ministro. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 30 de marzo de 2023.-

2- SANTANA DEVITO. 04-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230404_FcSDL.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: VG. Amenazas simples. Idoneidad. Violencia de género. Vulnerabilidad. Retracción.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión** de cumplimiento efectivo, como autor del delito de amenazas simples (art. 149 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12704, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- González Sosa.
- Murcia
- Miranda Sosa
- Luna García
- Yaleva. 06-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210806_FcNN.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Díaz Salinas. 14-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=2>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. Fondo, 25-05-06.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
- https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Fernández Ortega y otro vs. México. 30-08-10.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Precedentes relacionados

Retractación. Género.

- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- González Abrego. 19-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=249>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Ortíz Agüero. 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tello Sánchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Madril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Salguero Guzmán. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07160469-6/1((018501-22895)). FC/ SANTANA DEVITO LUCAS MAURO P/ AMENAZAS SIMPLES EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (22895) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106326261*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de Abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-07160469-6/1** caratulada **“F. c/ SANTANA DEVITO, LUCAS MAURO P/ AMENAZAS SIMPLES.... S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Lucas Mauro Santana Devito interpone recurso de casación contra la sentencia n° 12.704 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P- 22.895/22, a la pena de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo, por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 *bis* del CP).

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] *siendo el día 02 de Marzo de 2022 a las 23.30 horas aproximadamente, en momentos en que la víctima se encontraba en el domicilio sito en calle Mendoza, Lucas Mauro Santana Devito, desde el número telefónico [...] remitió mensajes de texto al celular de su ex pareja donde le manifestó: “hija de puta ni aparezcas mañana porque te juro te voy a matar guacha puta traidora”, “hoy te cago matando donde te vea te cago matando de verdad puta, sabelo, ahora me cago la vida y la tuya, sabelo, te voy a cagar matando”, “.te vas a cagar encima porque no vas a tener para donde correr hija de puta, te voy a cortar las piernas hija de puta”, “te voy a matar hija de puta”, “te voy a arrancar la cabeza”, “donde te vea te mato así que anda con custodia”, “andate, porque te voy a matar, de una te lo digo andate de Mendoza porque si te encuentro hoy por donde sea nos arruino la vida a los dos para que sepas..”, “hoy te cago matando sábelo, denunciame ahora porque donde te vea te mato!”*, dichos que provocaron temor en la víctima, todo en contexto de violencia de género [...].»

Para así resolver, la jueza tomó en consideración, entre los elementos más relevantes, la declaración del acusado Lucas Mauro Santana Devito; el testimonio de la denunciante F.A.C.; el testimonio de la licenciada Gabriela Moretti, del Equipo Profesional Interdisciplinario; el testimonio de la médica Claudia Gómez del Cuerpo Médico Forense; el acta de la denuncia; el informe del EPI de fs. 31/32; las constancias del sistema MP de fs. 22/23; las capturas de pantalla del teléfono de la denunciante de fs. 34/48; el informe de fs. 49; el informe telefónico de fs. 80/82; y el informe psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense de fs.

102/103.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa funda su impugnación en el art. 474 inc. 2 del CPP.

Expresa que la existencia de vicios en la motivación de en la sentencia condenatoria cuestionada. Ello, en tanto considera que la decisión ha incumplido manifiestamente las normas sobre motivación de las decisiones, por cuanto sus fundamentos son aparentes e insuficientes.

En primer lugar, la defensa se agravia de que la jueza no tuvo en cuenta que quedó demostrado que las amenazas no tuvieron la idoneidad o entidad suficiente para ser consideradas típicas a tenor del art. 149 *bis* del CP, por cuanto la denunciante manifestó no haber sentido miedo.

En segundo orden, sostiene que la investigación penal preparatoria no aportó pruebas que determinen de manera fehaciente y concreta que las amenazas tuvieron idoneidad. Explica que la denunciante declaró durante la investigación que no creía que Santana Devito fuera a cumplir las amenazas proferidas, que no tenía miedo, que creía que era «un loco», pero simultáneamente que no lo creía capaz de cumplir sus dichos; a la vez que rechazó la pulsera dual que se le ofreció como medida de seguridad por considerarla innecesaria. Luego, refiere la defensa, en el debate fue consultada sobre si había tenido miedo, y contestó asertivamente que no.

En tercer lugar, e hilado con lo anterior, cuestiona que la jueza calificara esta segunda declaración como una retractación. Señala que la retractación exigiría que primero haya dicho que tenía miedo, que quería una pulsera de seguridad o que creía a Santana Devito capaz de cumplir las amenazas. No puede haber retractación, según su criterio, cuando hay declaraciones coincidentes. Se trata, en cambio, de un acto de arrepentimiento de la denunciante.

En cuarto orden se agravia en cuanto no se valoró adecuadamente la declaración de la licenciada Gabriela Moretti, puesto que no se tomó en consideración que esta profesional se presentó en el debate con el examen en la mano, que lo había leído antes de entrar, lo que invalida su declaración. Además, señala que no supo explicar la discordancia entre lo manifestado por la denunciante sobre la falta de miedo ante las amenazas. También se agravia de la falta de mención a las técnicas empleadas en el informe de la médica psiquiatra Claudia Gómez. Además, de que ésta había reconocido que leyó su informe antes de declarar en el debate, la defensa señala que sus conclusiones responden a su subjetividad y no están respaldadas por técnicas objetivas, máxime considerando que solamente se realizó una entrevista con la denunciante.

En quinto orden, se agravia porque en la sentencia la jueza se hizo eco de todos los argumentos proporcionados por la acusación, mientras que no prosperó ninguno de los argumentos de la defensa.

En sexto lugar, explica que el acusado reconoció que los mensajes enviados fueron un error ya que incluso los envió por mensaje de texto y no por Whatsapp, que pidió disculpas, y que lleva cinco años en relación con la denunciante y nunca le hizo daño. Razona la defensa que ninguna persona primero amenaza de muerte, luego con dejar sin trabajo y por último con privar del sueldo; y concluye que esa falta de coherencia demuestra la falta de idoneidad de los mensajes como una amenaza.

En función de lo expuesto, solicita la revocación del fallo y la absolución de Lucas Mauro Santana Devito o, en su defecto, que se disponga la modalidad domiciliaria de la condena de prisión en atención a que el acusado padece enfisema pulmonar.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador considera que la impugnación es formalmente procedente, aunque debe ser rechazada en el fondo.

Explica que los casos de violencia de género constituyen supuestos que tienen lugar en la intimidad, fuera de la observación de terceros, lo que debe ser tomado en cuenta al realizar la valoración de la prueba. Refiere que la jueza tuvo en cuenta que los mensajes enviados por el acusado contenían amenazas de muerte y que se acreditó que ocurrieron en un contexto de violencia de género, en una relación que había durado cinco años y a una semana de la separación de los protagonistas.

Ese contexto de violencia de género estaba acreditado por el informe del EPI, que advirtió una vinculación asimétrica, una posición de autoridad del varón, celotipia, actitudes de menosprecio, violencia física y amenazas de muerte reiteradas, así como un tránsito de violencia doméstica por cinco años, con riesgo de violencia física moderado. En cuanto informe realizado en relación con el imputado, se advirtió justificación, minimización de las situaciones, insultos y recriminaciones por celos.

Ese contexto impone que el tratamiento del asunto deba enfocarse hacia la tutela efectiva de la mujer víctima vulnerable, lo que define el criterio para evaluar la idoneidad de las amenazas y el riesgo de violencia física. Con este enfoque, la primera declaración de la denunciante denota que las amenazas de muerte aparecen como serias, graves e idóneas para amedrentar a la víctima.

Respecto del hecho de que la licenciada Gabriela Moretti leyera su informe de manera previa a prestar declaración en el debate, señala que ello no es relevante ni causa nulidad, habida cuenta de la gran cantidad de informes que la profesional realiza, lo que le impediría la rápida identificación del caso y de sus particularidades. Explica que no se trata de un testigo común, que declara conforme a sus percepciones y recuerdos, sino de un testigo calificado que declara sobre la base de consideraciones científicas. Su capacidad y conocimiento científico para el tratamiento del asunto, concluyó, no estaba en tela de juicio.

Expresa que lo mismo ocurre con la declaración de la médica Claudia Gómez, quien efectivamente explicó la entrevista como método de abordaje el que, además, es por excelencia empleado en psicología. Agrega que la profesional señaló que sin perjuicio de que conoce los métodos de los manuales psicológico-psiquiátricos, explicó que esos métodos no se empleaban en esa oportunidad en que se practica una evaluación de urgencia tendiente a advertir inconsistencias o incoherencias en la declaración. Lo que no encontró, pues en ese caso habría derivado a la víctima para ser examinada por el Cuerpo Médico Forense. Por su parte, el Procurador destaca que la profesional referida cuenta con experiencia y capacidad científica acordes a la función que desempeña.

Por tales motivos, concluye que no se advierten causales de nulidad o errónea aplicación de la ley, por lo que corresponde el rechazo de la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

4.1.- Analizado el recurso casatorio, la sentencia criticada y las constancias de la causa, anticipo mi opinión en el sentido de que los agravios formulados no pueden ser acogidos.

Ello, en tanto entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover las conclusiones a la que

llegó el tribunal de la instancia previa.

En este sentido, una reconstrucción de los agravios expresados por la defensa pone de relieve críticas al hecho de que la licenciada Gabriela Moretti y la médica Claudia Gómez consultaran sus notas antes de ingresar a la sala de debate; su falta de explicación de los métodos y técnicas empleadas; la ausencia de mérito de la incoherencia de las amenazas y de la declaración del acusado; así como críticas generales a la fundamentación de la sentencia, a la falta de consideración de los argumentos de la defensa, la ausencia de idoneidad de las amenazas y el tratamiento de la retractación de la víctima que realizó la jueza.

4.2.- Ahora bien, en atención al núcleo de análisis de la causa en tratamiento, estimo oportuno recordar algunas consideraciones que he realizado en relación con la valoración de los medios de prueba en el proceso en casos de violencia contra las mujeres.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver **«Galdeano Reyes»**, **«Merlo Lassa»**, entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal **«Castro Castro vs. Perú»**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso **«Fernández Ortega y otro vs. México»**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia»**, entre otros).

A nivel nacional la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos *«teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y **quiénes son sus naturales testigos**»*, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que *«[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar*

en pos de la igualdad de género».

De acuerdo a lo que se explicará, las reflexiones señaladas resultan aplicables al caso. Ello debido que, al momento de fundar la sentencia que cuestiona la defensa, la jueza interviniente tomó en consideración aquellas pautas establecidas. Especialmente, tuvo en consideración los precedentes de este Tribunal para decidir sobre el valor a asignar en aquellos supuestos en que la versión primigenia aportada por la denunciante no coincidía con los dichos vertidos en la audiencia de debate.

4.3.- Dicho esto, he de señalar que luego de considerar los agravios vertidos por la defensa y la posición del señor Procurador General, coincido con este último en cuanto a que las pruebas obrantes en la causa permiten llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado, tal como consideró la jueza de la instancia anterior, sin que los extremos que señala la defensa se verifiquen en autos.

En este orden, me interesa destacar que de la compulsa de los registros audiovisuales de la audiencia donde la jueza interviniente expresó oralmente los fundamentos de la sentencia condenatoria, surge que las partes no controvirtieron la materialidad de los hechos, sino su significación jurídica. Es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron lugar las amenazas no fue puesta en tela de juicio por las partes –ver registros audiovisuales de la audiencia realizada en autos el 26 de diciembre de 2022, min. 10:33 a 12:02–.

Sí fue objeto de discusión entre las partes el sentido que las amenazas tuvieron para la víctima. En este sentido, la jueza partió de considerar que el contexto de violencia de género en el cual fueron enviados los mensajes amenazantes por parte de Santana Devito contra su ex pareja se encontraba acreditado, a partir del informe realizado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) tras la denuncia de la víctima –ver registros audiovisuales citados, min. 12:05 y ss.–. Desde esa perspectiva analizó las variaciones que presentó el testimonio de la víctima luego de la denuncia y del abordaje por parte del EPI. Explicó que los cambios en la posición de la víctima constituyen el fenómeno conocido como «retractación», explicado a partir del contexto de violencia de género y que torna más relevante la primera versión del hecho aportada por la denunciante –ver registros audiovisuales citados, min. 12:45 y ss.–.

En este orden, en la primera versión daba cuenta de mensajes de texto con amenazas contra la integridad física y la vida de la víctima F.A.C., lo cual le generó un temor tal que la llevó a formular una denuncia penal y solicitar una prohibición de acercamiento respecto del acusado, y a remitir a la Oficina Fiscal pruebas de los mensajes de texto recibidos –ver registros audiovisuales citados, min. 13:00 y ss.–.

La jueza también tuvo en cuenta que, frente a ello, la versión del hecho brindada por la defensa expresó que la víctima no sintió temor ante los mensajes de texto enviados por Santana Devito, y que sólo realizó la denuncia penal para poner fin a la relación; que las amenazas no tenían sentido pues eran tan incoherentes que no podían asustar a nadie, y que no podía considerarse que había una retractación por cuanto nunca dijo que le hubieran causado temor. De tal manera, las amenazas, para la defensa, eran atípicas por falta de idoneidad –ver registros audiovisuales citados, min. 13:45 y ss.–. Adviértase que en esta instancia la defensa ha reiterado esa argumentación, más –como se verá– no ha dado cuenta de las razones brindadas por la jueza de la instancia previa.

En efecto, la jueza justificó por qué las amenazas habían sido idóneas y por qué podía detectarse una retractación en la víctima. Explicó que se advertían contradicciones entre la versión del hecho que surgía de la denuncia y el abordaje realizado por el EPI, con la versión que la víctima dio en el debate oral. En este orden, tomó en consideración que en el caso se trata de una víctima mujer, que ha sido atacada por

un varón con quien mantenía una relación sentimental y quien la sometía a un vínculo donde ejercía violencia de género, y que la causa de las agresiones había sido la reciente separación entre ambos. Explicó que la decisión sobre el caso debía adecuarse a toda la normativa vigente, que incluye normas orientadas a proteger a las mujeres que imponen deberes de diligencia reforzados al Estado y una tutela judicial efectiva a estas **víctimas vulnerables**; sin por ello dejar de aplicar la normativa que protege a toda persona acusada y le garantiza un debido proceso –ver registros audiovisuales citados, min. 15:30 a 17:20–.

En cuanto al contexto de violencia de género, consideró que se encontraba acreditado a partir del informe del EPI, del que surgía una relación desigual de poder entre F.A.C y Santana Devito, con ejercicio de poder parte de este último y celos intensos, así como patrones conductuales compatibles con violencia psicológica contra la mujer, insultos que atacaban su rol de mujer, descalificaciones, actitudes de menosprecio y recriminaciones por celos, violencia física y ambiental y amenazas de muerte y daños. Mientras que en la examinada encontró tendencia a minimizar o justificar los eventos de violencia ocurridos durante el vínculo, mecanismos asociados al tránsito de la pareja por un ciclo de violencia –ver registros audiovisuales citados, min. 17:20 a 18:55–.

Esa prueba, que acredita el entorno de violencia de género a partir del cual el Ministerio Público Fiscal orientó la interpretación de las amenazas, fue puesta en tela de juicio en el debate por la defensa, sobre la base de los mismos argumentos que replica en su recurso de casación. Dicho en otras palabras, la defensa no ha dado cuenta de las razones por las cuales la jueza desestimó sus críticas hacia el valor probatorio del informe realizado por el EPI, sino que las reitera en esta instancia a modo de discrepancia con el criterio allí expuesto. Veamos.

La jueza sostuvo que las críticas de la defensa no lograban poner en crisis el rigor científico y las conclusiones del mencionado informe realizado por la licenciada Gabriela Moretti, sobre la base de tres razones.

En primer lugar, los cuestionamientos a los métodos o técnicas empleados para entrevistar a la víctima no se sustentaron más que en las apreciaciones personales del defensor, y no logran hacer mella en la sólida formación profesional en grado y posgrado y la experiencia que acredita aquella profesional para ejercer su función.

En segundo lugar, en cuanto la licenciada Moretti respondió cada uno de los cuestionamientos y preguntas que le realizó la defensa durante el interrogatorio, y explicó que el método que había elegido era la entrevista, método científico por excelencia utilizado en psicología y a partir del cual se realizó una evaluación de urgencia. También explicó que los tests que mencionó la defensa no son utilizados en casos como este, y que en caso de considerarlo necesario ella habría derivado a la víctima al Cuerpo Médico Forense, lo que en el caso no ocurrió.

En tercer lugar, mencionó que conforme al precedente «M.G.B.T.» de esta Sala, las circunstancias que justifican la realización del abordaje e informe por parte del EPI se vinculan con la urgencia propia de las medidas preventivas que habilita la ley 26.485, en su art. 26 –ver registros audiovisuales citados, min. 19:38 a 22:32–. A partir de ello, concluyó que las críticas al informe realizadas por la defensa no permitían afectar su valor probatorio ni impedían tener por acreditado el contexto de violencia de género del caso.

Ninguno de estos extremos ha sido considerado por la defensa en su escrito casatorio, motivo por el cual no puede ser acogida la crítica vinculada a la metodología empleada para realizar el mencionado informe.

4.4.- En cuanto a la **retractación de la víctima**, la jueza sostuvo que debía analizarse el punto a la luz del contexto de violencia de género acreditado.

En este punto, encuentro oportuno y necesario recordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género; y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del Derecho deberán adaptarse a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme he destacado en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

A nivel nacional la ley 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos *«teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos»*, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (**conf. «Galdeano Reyes, Juan José»**).

Expresamente en aquella oportunidad referí que *«[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial **situación de vulnerabilidad**, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género [...]*».

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. En este sentido, *in re «Ontiveros Arancibia»* sostuve que *«[...] si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos*

internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales [...]» (conf. «Ontiveros Arancibia»).

Trasladado ello al asunto que nos ocupa —esto es, la **retractación de la víctima**—, he considerado que «[...] *la retractación de la denuncia realizada por la víctima en su declaración durante la audiencia oral [...] sólo puede ser interpretada adecuadamente desde una cabal comprensión de todas las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los reiterados comportamientos violentos en perjuicio de [la víctima] y su exposición a una escalada de violencia cada vez de mayor riesgo, propia del ciclo de violencia [...]*» (conf. «Díaz Salinas»).

Sentado cuanto precede, entiendo que el Tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, construyendo a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, la convicción que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

En efecto, explicó que durante el debate la víctima se mostró reticente a declarar y que intentó justificar la realización de su denuncia y el actuar del acusado, e incurrió en contradicciones.

Así, al realizar la denuncia, la víctima dijo que lo hacía para solicitar una prohibición de acercamiento y no perder su trabajo, así como para poder estar tranquila. Describió las amenazas del acusado como dejarla sin trabajo, hacerle imposible la vida y causarle la muerte, además de proferirle numerosos insultos. Mientras que en el debate oral sólo expresó que realizó la denuncia para terminar la relación, solicitar una prohibición de acercamiento y no perder su trabajo. No recordó las reiteradas amenazas de muerte proferidas por el acusado, no obstante los numerosos esfuerzos de la representante del Ministerio Público Fiscal en su examen, y terminó por reconocer la existencia de las amenazas de muerte cuando le fueron leídas conforme al **art. 400 del CPP**.

También reconoció que ella aportó capturas de pantalla con el contenido de los mensajes. Otra contradicción fue que al formular la denuncia dijo en relación a los mensajes que el acusado estaba «loco» y que «no sabía si era capaz de hacer algo».

Es decir, en la primera oportunidad manifestó con contundencia que no sabía si el acusado podía cumplir sus promesas de muerte, por lo que hizo la denuncia. Contrariamente, en el juicio oral insistió en que nunca pensó que Santana Devito fuera capaz de cumplir sus recurrentes anuncios de mal hacia su persona —ver registros audiovisuales citados, min. 25:35 a 28:46—.

Lo dicho hasta aquí permite descartar también el agravio vinculado a la incorrección de los criterios de evaluación de la retractación al caso que nos ocupa. Esto por cuanto, resulta establecido con claridad cuáles son los puntos y aspectos en los que la víctima se retractó, sin que la argumentación de la defensa permita considerar que éstos no existieron.

Contrariamente a lo que señala la defensa, la labor de la jueza no se limitó a detallar las versiones contradictorias de la denunciante y las pruebas que abonarían una u otra visión de los hechos, sino que justificó, con base en las pruebas, los motivos que lo llevaron a inclinarse por una en defecto de la otra. En efecto, a partir de las contradicciones señaladas, consideró que su **evaluación a la luz de la perspectiva de género permitía incrementar el valor probatorio de la versión original aportada por la víctima**, donde

el acusado aparecía como aquella persona que, mediante varios mensajes de texto, le anunció a la víctima sucesivos males graves, futuros e inminentes respecto de su persona, lo que motivó a la víctima a solicitar ayuda estatal, recurriendo a la Oficina Fiscal para denunciar penalmente el hecho y pedir una prohibición de acercamiento.

La denunciante precisó el número desde el que le llegaron los mensajes y aclaró que con anterioridad el acusado le había enviado mensajes de esas características cuando se habían peleado y que luego le pedía perdón, pero que no había hecho denuncias porque pensaba que iba a cambiar y no quería que le pasara nada.

Esta última manifestación resultó un indicio de la violencia de género detectado por la licenciada Moretti a la que la víctima estaba sometida, puesto que al reconocer que los hechos habían ocurrido antes pero que no los reportaba porque Santana Devito le pedía perdón y ella pensaba que iba a cambiar y no quería perjudicarlo, lo que demostraba era estar sometida a un ciclo de violencia de género –ver registros audiovisuales citados, min. 29:21 a 31:15–.

Pero, además de dar mayor valor probatorio a esa declaración por sobre la prestada durante el debate por las razones señaladas, la jueza **justificó por qué esa declaración superaba los filtros de credibilidad** establecidos jurisprudencialmente. Así, señaló que un **indicio de credibilidad** fue la inmediatez en realizar la denuncia –esto es, a menos de doce horas de recibidos los mensajes amenazantes–; la inmediata presentación ante el EPI al día siguiente de la realización de la denuncia; la colaboración prestada por la víctima para que se dictara la medida de prohibición de acercamiento y recobrar así su tranquilidad –mediante la aportación de los mensajes de texto–; la persistencia de la denunciante en sindicar al acusado como el autor de las amenazas –ante la Oficina Fiscal y luego ante el EPI–; todo lo cual reforzaba la credibilidad de esta versión –ver registros audiovisuales citados, min. 31:15 a 33:00–.

4.5.- En cuanto a la lectura de los informes por parte de las profesionales antes del ingreso al recinto del debate, la jueza sostuvo que **no le restaba valor probatorio** a sus declaraciones el hecho de que hubieran reconocido la lectura previa, por dos motivos.

En primer lugar, porque es una actitud responsable y profesional la preparación para prestar declaración en el juicio oral, para poder transmitir al debate información de calidad, toda vez que es improbable que las mencionadas profesionales recordaran cada uno de los casos tratados considerando el cúmulo de trabajo diario del Equipo Profesional Interdisciplinario y del Cuerpo Médico Forense.

En segundo lugar, explicó que no debía confundirse la actividad de las profesionales en el proceso con la de los testigos puesto que, si bien ambos aportan información al juicio oral, los testigos declaran en relación a eventos históricos por ellos percibidos, mientras que las primera –con cita de doctrina– por ser las únicas conocedoras de la materia en el debate, declaran en relación con las conclusiones a las que arribó luego de realizar los exámenes que se les encargaron, y son esas conclusiones las que el tribunal debe tomar en consideración.

Por ese motivo, explicó, es distinto que un testigo fuera a declarar con un guión armado previamente, de la situación que se verificó en autos en la que las profesionales revisaron sus propios informes –ofrecidos y admitidos como pruebas– antes de declarar –ver registros audiovisuales citados, min. 40:37 a 43:00–.

Sobre el punto, además de que la defensa no ha controvertido los argumentos brindados por la jueza, entiendo que asiste razón al señor Procurador General cuando señala que la situación no es relevante ni

causa nulidad, habida cuenta de la gran cantidad de informes que la profesional cuestionada realiza por ser esa su función. En esas condiciones, es lógico que le resulte compleja la individualización de cada caso en que interviene, y que haya consultado el informe por ella misma elaborado resulta válido.

Es dable destacar que la defensa no ha controvertido el contenido de las declaraciones en cuestión, sino el procedimiento seguido por las profesionales para prestarla, y, a partir de ello, ha impugnado su peso probatorio.

Este cuestionamiento, sin embargo, no sólo no ha tomado en consideración la justificación que brindó la jueza para no restarles valor probatorio, sino que tampoco tiene virtualidad para invalidar las declaraciones, en tanto no está aunado a la invocación de una **afectación de derechos o intereses**. Dicho en otras palabras, la defensa no puede explicar en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para el acusado. En este punto cabe recordar que, como ya ha dicho este tribunal en otras oportunidades (**«Miranda Sosa», «Luna García», «Yaleva»; entre otros**), *«la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes»*. En dicho precedente, a su vez, se siguió el criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (CSJN, Fallos 323:929, 325:1404, 331:994).

4.6.- En punto a la **idoneidad de las amenazas** y la expresión de la denunciante de no sentir miedo frente a ellas, la jueza interviniente meritó la seriedad del contenido textual de los mensajes –que incluyeron anuncios de violencia económica, laboral, psicológica y física–, así como las expresiones de la denunciante respecto a que consideraba al acusado como «un loco», respecto de quien no sabía cómo podía reaccionar; y atravesó esta interpretación de los hechos por el contexto de violencia de género ya acreditado, y en particular por las conclusiones del EPI sobre el nivel de riesgo. En ese sentido, explicó que según el informe realizado por el EPI el nivel de riesgo era moderado, que esa medición se realiza sobre la base de numerosos parámetros y no sólo con la declaración de la víctima, y que la alegada falta de miedo de la víctima lucía como una consecuencia del ciclo de violencia al que estaba sometida aquélla, así como sus consecuentes alteraciones cognitivas, sin perjuicio de que efectivamente percibía temor de peligro de muerte y de que así lo había manifestado verbalmente –ver registros audiovisuales citados, min. 33:10 a 37:11–.

El rechazo del ofrecimiento del uso de una pulsera dual que la defensa pone de resalto en su recurso también fue abordado por la jueza interviniente, quien consideró que esto no demostraba la falta de idoneidad de las amenazas sino que lucía como un mecanismo propio de la violencia de género que exponía la vulnerabilidad de la víctima y su incapacidad de evaluar situaciones de riesgo –ver registros audiovisuales citados, min. 45:00 a 47:20–.

Según entiendo, las razones expuestas por el recurrente no son suficientes para desvirtuar la argumentación de la jueza de la instancia previa en relación con la idoneidad de las amenazas.

Debe tenerse presente que el bien jurídico tutelado por la norma del art. 149 *bis* del CP es el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima, que a través de la amenaza ve puesta en tela de juicio su posibilidad de elegir su actuar de modo libre de injerencias. Si esto es así, la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima. A su

vez, la vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada» (conf. **«Murcia Lucero»**).

Pues bien, enviar a una ex pareja, a cinco días de la interrupción del vínculo, mensajes de texto con insultos –«*hija de puta*», «*guacha puta traidora*», «*puta*»–, anuncios de causación de lesiones a su integridad física –«*te voy a cortar las piernas*», «*te voy a arrancar la cabeza*»–, y de muerte –«*te voy a matar*», «*hoy te cago matando donde te vea*», «*te voy a cagar matando*», «*donde te vea te mato así que anda con custodia*», «*andate, porque te voy a matar, de una te lo digo andate de Mendoza porque si te encuentro hoy por donde sea nos arruino la vida a los dos*», «*hoy te cago matando sabelo*»–; acompañados de promesas de aseguramiento de la realización de esos males –«*ni aparezcas mañana*»; «*me cago la vida y la tuya*»; «*anda con custodia*», «*denunciame ahora porque donde te vea te mato!*»–, debe ser considerado como una conducta que vulnera los fines que tutela la norma. Por ello, y tal como acertadamente consideró la jueza de la instancia previa, la faz objetiva del tipo endilgado, se encuentra corroborada.

En conclusión, de los argumentos antes expuestos surge que se encuentran satisfechos todos los elementos típicos exigidos por la figura penal endilgada, sin que exista causa alguna que justifique o excluya el reproche al acusado. El sentido comunicativo de cualquier expresión no puede ser aprehendido si no es en relación con el contexto en el que se realiza y el rol objetivo de los interlocutores (conf. **«Díaz Salinas»**). En el caso que nos convoca a decisión es evidente la atmósfera de violencia padecida por la víctima, la cual le da a los dichos vertidos por el condenado la entidad suficiente para generar el temor requerido por la figura penal endilgada.

4.7.- Por otra parte, tampoco puede ser recibido el agravio vinculado a la valoración de la declaración del acusado, puesto que no sólo la jueza interviniente lo meritó, sino que lo hizo sobre la base de consideraciones que no han sido puestas en tela de juicio por la defensa. En efecto, la jueza tuvo en cuenta que el acusado, si bien negó la intención de lastimar a la denunciante, no negó la existencia el envío de los mensajes, lo que describió como una «calentura» producto del estado emocional que transitaba. A partir de ello, como así también de los demás elementos de prueba, valorados conforme a la perspectiva de género, concluyó que no había dudas de en el día y hora denunciados el procesado, Santana Devito, formuló a la víctima las amenazas de muerte acreditadas –ver registros audiovisuales citados, min. 48:30 a 49:30–.

En definitiva, de la reseña efectuada entiendo que, tal como afirma el señor Procurador General, los argumentos defensivos no resultan más que la discrepancia de la defensa en torno a la valoración de los medios de convicción, sin que se verifiquen las falencias que refiere en su recurso.

Contrariamente, considero que la labor de ponderación de los elementos de prueba por parte de la jueza interviniente se llevó a cabo de manera acertada y –como señalé– con respeto de los parámetros fijados por este Tribunal.

4.8.- Por último, en cuanto a la solicitud en subsidio de que el acusado mantenga la modalidad domiciliaria de detención, cabe señalar que tal cuestión excede la competencia este Tribunal, por lo que deberá ser tramitada por vía correspondiente.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, POR SU VOTO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar, en lo pertinente, aplicable al presente caso.

En efecto, en los precedentes mencionados expliqué –entre otras cosas– que en casos donde se investigan hechos vinculados con violencia de género debe ahondarse en las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos para poder considerarse, en consecuencia, que se ha juzgado con la debida perspectiva de género que requiere el caso.

Asimismo, debe destacarse la necesidad de valorar la pretensión de desvinculación del acusado por parte de la víctima con el resto del material probatorio incorporado en la causa a los fines de concluir la existencia del hecho y la participación del acusado (véase una aplicación de este criterio en «**Mercado Orozco**»).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, POR SU VOTO:

Comparto las conclusiones a las que llega el señor ministro preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narvárez Videla**», «**Brancello Urbón**», «**Díaz Salinas**» y «**Montenegro Fisigaro**».

Por ello, estimo que debe ser respondida de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Mauro Santana Devito en autos.
- 2.-** Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

3- SUAREZ HERRERA. 05-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230405_FcSHJ.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 y 5 de la ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Idoneidad. Temor.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor del delito de amenazas simples en un contexto de violencia de género (art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 y 5 de la ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9668, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Morales Quiroga. 24-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Barbosa. 12.06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180612_FcBON.pdf
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf

Parágrafos destacados.

“...Más allá de esta circunstancia, corresponde tener en cuenta que esta Sala ha sostenido en **«Barbosa»** que «[n]o obsta a la aplicación de la figura del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP, la pretendida ausencia de temor de la víctima puesto que al respecto considero que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido»...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06809284-6/1((018502-40536)). F. C/ SUAREZ HERRERA JESUS DANIEL P/ AMENAZAS (40536/20) (43867/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106062928*

En Mendoza, a los cinco días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06809284-6/1 caratulada **“F. C/ SUAREZ HERRERA, JESÚS DANIEL P/ AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Jesús Daniel Suárez Herrera interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9668, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en las causas N° P-40.536/20 y P-43.867/20, a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en un contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del Código Penal, dentro del marco que establece el art. 4 y 5 de la ley 26.485).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado en la causa N° P-40.536/20 que *«[p]ara fecha 22 de mayo de 2020, siendo aproximadamente las 10:30 horas, J.S.P. se encontraba en su domicilio de calle Curupaiti 1260 de Jesús Nazareno, Guaymallén, cuando su esposo Jesús Daniel Suárez Herrera se hizo presente y personalmente entre insultos y empujones le manifestó “ya sabes lo que te va a pasar”. Posteriormente, el 26 de mayo de 2020, siendo las 13:30 horas aproximadamente, Jesús Daniel Suárez Herrera se comunicó telefónicamente con J.S.P., mientras se encontraba en su vivienda, manifestándole “ya sabes lo que te va a pasar, porque me denunciaste?, voy a perder el trabajo, tengo un arma, te voy a buscar donde estés, pensá que vas hacer, estas perjudicando a nuestros hijos, de que vamos a vivir”»*.

Asimismo, en la causa N° P-43.867/20, consideró acreditado que *«[p]ara fecha 9 de junio de 2020, siendo las 10:00 horas aproximadamente, en el domicilio sito en calle Curupaiti 1260 de Jesús Nazareno, Guaymallén, Jesús Daniel Suárez Herrera mantuvo una discusión con su ex pareja J.S.P. por lo que llamó al 911 haciéndose presente una movilidad policial en el lugar, retirándose Jesús Daniel Suárez Herrera que le dijo “si llevo a ir preso voy a salir, cuando salga ya sabes lo que te va a pasar”»*.

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de J.S.P, de Alexis Jeremías Astorga y del acusado, así como la de los funcionarios de la Policía de Mendoza Néstor Darío Videla Nieva, Andrea Fabiana García y Daniela Elizabeth Lucero Guardia. También valoró el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Sostiene que no se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Considera que el juez no valoró la totalidad de los elementos de prueba existentes en la causa y que fundamentó la sentencia en los dichos de la presunta víctima.

Estima que existe contradicción entre la denuncia y lo expresado por la víctima durante el debate. En efecto, sostiene que lo expresado por ésta durante el debate no confirma la existencia de la amenaza. Asimismo, reconoció haber realizado la denuncia porque el oficial que se hizo presente el día del hecho la obligó a realizarla.

Refiere que J.S.P. al momento de ratificar la denuncia, no expresó que efectivamente el acusado la haya amenazado sino que, por el contrario, dio respuestas poco concisas, manifestando que no recordaba lo sucedido con precisión y dando una idea dubitativa y vaga de lo sucedido.

Asimismo, la defensa sostiene que la sentencia se encuentra sustentada por los dichos del testigo Alexis Jeremías Astorga, quien expresó que el día del hecho llamó a la policía por orden de la madre de J.S.P., pero no porque haya presenciado algún tipo de situación violenta o amenaza. Al respecto, indica que es un testigo de oídas o de referencia cuyo testimonio, según su entender, no es propiamente una prueba.

En efecto, afirma que ni del testimonio de Astorga, ni de la presunta víctima se puede arribar a la conclusión que el acusado realizó la conducta típica por la que fue condenado, en tanto nadie lo escuchó ni leyó ningún mensaje que lo corrobore.

En función de lo expuesto, considera que no se cuenta con suficientes elementos probatorios para llegar al grado de convicción necesario para condenar a Suárez Herrera.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que el recurrente pretende una revisión *ex novo* de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa. En este sentido, refiere que la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario reunido y evaluado por el *a quo* en la sentencia.

Argumenta que la sentencia luce debidamente fundada, en tanto surge de manera clara que el juez de la instancia previa contó con los elementos necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al acusado, tal como lo hizo.

Estima que en la fundamentación del fallo el sentenciante efectuó un análisis armónico, completo y contextual, de todos los elementos existentes, donde consideró que las manifestaciones de la víctima eran contestes con los demás elementos existentes, exponiéndose detalladamente los motivos por los cuales así se entendió.

Por las razones expuestas, considera que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

Considero importante destacar, de manera previa al análisis del recurso interpuesto, y en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, en los precedentes **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**; **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **«Vega»**; **«Zurita»**; entre otros.

Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos en aquellos precedentes al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de esas pautas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa.

La defensa cuestiona la credibilidad de los dichos de J.S.P. En este sentido, destaca que el relato expresado en la audiencia de debate no es coincidente con lo denunciado.

Al respecto, se advierte que el sentenciante analizó detalladamente las declaraciones de J.S.P. quien afirmó que Jesús Daniel Suárez Herrera le manifestó personalmente, en una oportunidad, *«ya sabes lo que te va a pasar»* y, posteriormente, *«si llego a ir preso voy a salir, cuando salga ya sabes lo que te va a pasar»*. Luego en forma telefónica le expresó *«ya sabes lo que te va a pasar, porque me denunciaste?, voy a perder el trabajo, tengo un arma, te voy a buscar donde estés, pensá que vas hacer, estas perjudicando a nuestros hijos, de que vamos a vivir»*.

El juez consideró que esa declaración de J.S.P. era coincidente con lo denunciado durante la instrucción de la causa. Argumentó en este sentido que, si bien durante el debate manifestó no poder recordar claramente lo sucedido y que todo fue una discusión de pareja motivo de la separación que transitaba, quedó claro, según sus dichos, que se trató de momentos en los cuales el acusado la amenazó personal y telefónicamente, sintiendo miedo al respecto por ella y por sus hijos, lo que la motivó a denunciar.

Asimismo, el sentenciante afirmó que lo declarado por J.S.P., concuerda con lo manifestado en el debate por los efectivos policiales actuantes, en cuanto a que el comportamiento de Jesús Daniel Suárez Herrera era agresivo, ofuscado, violento para con los uniformados y de manifestaciones absolutamente violentas.

De este manera, la oficial Daniela Elizabeth Lucero Guardia indicó que recibió agresiones verbales por parte del acusado, mostrándose agresivo y violento con ella, como también con su compañera, la oficial Andrea Fabiana Garcia, y J.S.P. Además, hizo referencia que, en el suceso del 9 de junio de 2020, el acusado estaba totalmente ofuscado y culpaba al personal policial y a J.S.P. por los procedimientos anteriores con gritos, amenazas e insultos.

En el mismo sentido, declararon los actuantes, Andrea Fabiana García y Néstor Dario Videla Nieva, quienes manifestaron que al llegar al domicilio encontraban al acusado con actitud agresiva, enojado y violento tanto hacia J.S.P., como hacia el personal policial.

Por tanto, el sentenciante acertadamente argumentó que, la versión del personal policial, no solamente da cuenta de la presencia del acusado en el domicilio J.S.P. y de su comportamiento para con ella y los uniformados, sino también del estado de temor de aquélla, a quien le aconsejaron formular la denuncia de lo sucedido, colocándole una consigna policial en su domicilio como medida de protección.

Por su parte, el auxiliar Néstor Dario Videla Nieva relató que en una oportunidad se encontraba en el domicilio de la víctima una mujer mayor quien, según los dichos de J.S.P. sería su madre, y que se encontraba en su resguardo ante la comparecencia del acusado en el lugar.

De esta manera, el sentenciante acertadamente manifestó que esa circunstancia da cuenta de la magnitud de peligro que debió significar para J.S.P. ese episodio, en tanto tuvo que pedir la compañía de su madre para sentirse segura en su propio domicilio. Asimismo, en una ocasión J.S.P. se dirigió al domicilio de su madre buscando resguardo, siendo advertida la situación por esta última, quien no dudó en pedir ayuda a su sobrino Alexis Jeremías Astorga.

Asimismo, debe resaltarse, que el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) aporta verosimilitud al relato de la víctima. Así, concluye que existe en J.S.P. un riesgo de violencia física grave alto, como así también una relación asimétrica y disfuncional entre el acusado y la víctima, donde aquel ha adoptado un rol dominante y de control sobre ella, con episodios de agresiones físicas recientes.

Al respecto, no comparto el argumento de la defensa, en cuanto refiere que J.S.P. no expresó efectivamente que el acusado la haya amenazado. En este sentido, tal como lo refirió el sentenciante, surge de los dichos de la víctima, tanto en su denuncia como en la audiencia de debate, que manifestó que el acusado la amenazó y sintió temor.

Más allá de esta circunstancia, corresponde tener en cuenta que esta Sala ha sostenido **en «Barbosa»** que *«[n]o obsta a la aplicación de la figura del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP, la pretendida ausencia de temor de la víctima puesto que al respecto considero que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido».*

Por último, considero que tampoco resulta procedente el agravio dirigido, por un lado, a afirmar que no se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo y, por otro lado, a cuestionar los dichos del testigo Alexis Jeremías Astorga, en tanto la defensa no explica concretamente cual es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica como la inclusión, en el razonamiento del juzgador, haría variar la solución adoptada.

No obstante ello, se advierte de los fundamentos, en primer lugar, que las circunstancias de tiempo, lugar y modo se encuentran debidamente acreditadas a partir de los elementos de prueba referidos –las declaraciones de J.S.P., de Alexis Jeremías Astorga y de los funcionarios de la Policía de Mendoza, así como también el informe del EPI–. Y en segundo lugar, que esos cuestionamientos no permiten en modo alguno desvincular al acusado como autor de aquellas amenazas, atento al sólido caudal probatorio que sostiene la acusación y que fueron valoradas debidamente por el juez de la instancia anterior.

A partir de todo lo expuesto, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del sentenciante –la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional–, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Maimone Zabala**», «**Murcia Lucero**» y «**Garay Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Jesús Daniel Suárez Herrera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 5 de abril de 2023*

4- ALVAREZ FUNES. 10-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcAFR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Amenazas simples. Revocación de la condicionalidad de la ejecución de la condena. Unificación de pena. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **un año y dos meses de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP). Por su parte, en esa resolución se revocó la condicionalidad de la condena de dos años de prisión, dispuesta por la Sentencia N° 242 y se unificó la pena impuesta en la pena única de **tres años y dos meses de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 440, pronunciada por el JPC N° 2-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06913949-8/1((028502-128764)). FC/ ALVAREZ FUNES RODRIGO EZEQUIEL P/ COACCIONES (128764) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106160289*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06913949-8/1 caratulada “F. c/ ALVAREZ FUNEZ, RODRIGO EZEQUIEL P/ AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

La defensa oficial de Rodrigo Ezequiel Álvarez Fúnez interpone recurso de casación contra la sentencia n° 440, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP), que se le atribuye en la causa N° P-128.764/21. Por su parte, en esa resolución se revocó la condicionalidad de la condena de dos años de prisión, dispuesta por la Sentencia N° 242 dictada en los autos P-75.149/20 y se unificó la pena impuesta en la pena única de tres años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[e]n la ciudad de General Alvear, Provincia de Mendoza, para fecha 10 de diciembre de 2021, siendo las 13:45 hs aproximadamente, y en circunstancias en que G.B. se encontraba conduciendo su bicicleta por calle Roque Sáenz Peña con dirección de marcha hacia el cardinal oeste, es que al llegar a la intersección con calle Sargento Medina se encuentra con su ex pareja Rodrigo Álvarez el que conduciendo una motocicleta se coloca a la par de la víctima comenzando una discusión en relación a las visitas con sus hijos, siendo que en el transcurso de la misma Álvarez le manifiesta “más vale que no me estés negando los nenes porque ya vas a ver”, para en acto seguido retirarse del lugar».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración de G.B., de la licenciada Johana Santarrosa y del acusado Rodrigo Ezequiel Álvarez Funez.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP.

En primer lugar, considera que el sentenciante aplicó erróneamente el art. 149 bis del CP referido al delito de amenazas simples.

Al respecto, la defensa sostiene que no se encuentra acreditado, con el grado de certeza plena, que el

acusado realizara el hecho tipificado en el art. 149 bis del CP, toda vez que en su declaración negó terminantemente haber sido el autor de la frase que se estimó como una amenaza.

En efecto, sostiene que el hecho no encuadra en el tipo objetivo del delito de amenazas simples, en tanto considera que se trató de un incidente en el contexto de comunicación de los padres por los hijos en común luego de la separación. Esto, con el fin de tener un contacto normal y permitir la adecuada vinculación del padre no conviviente con sus hijos.

Asimismo, considera que la frase que se estima amenazante no reviste la gravedad como para intimidar a G.B. Es decir, el contexto en que fue proferida la frase que se estima amenazante la torna insignificante e inidónea para amedrentar a aquélla.

Refiere que el anuncio futuro que surge de la frase atribuida no contiene ningún mal concreto, como sería, por ejemplo, «te voy a matar», «te voy a pegar». En efecto, sostiene que la frase *«más vale que no estés negando a los nenes porque si no ya vas a ver»* puede significar una actividad legal, como el inicio de acciones en el juzgado de familia.

También manifiesta que el comportamiento atribuido al acusado no encuadra en el tipo subjetivo del referido delito, en tanto argumenta que aquél nunca tuvo la intención de amedrentar a su ex esposa, sino más bien señalar su disconformidad con la circunstancia según la cual no tenía conocimiento de la razón por la que no podía ver a sus hijos. Alude, que sólo en ese contexto es que se acercó el acusado a G.B. a fin de preguntarle por la vinculación con sus niños y en consideración que en mediación le habían manifestado que tanto él, como G.B., podían tener contacto sólo por los niños.

En segundo lugar, estima que se aplicó erróneamente las normas referidas a la individualización judicial de la pena, arts. 40 y 41 del CP.

Argumenta que existen defectos en la motivación, en tanto sostiene que el juez nada dijo respecto de la naturaleza de la acción, ni de circunstancias atenuantes, ni de la forma en que graduó la pena. Agrega que sólo se mencionó, de manera aparente, dos circunstancias atenuantes.

Asimismo, sostiene que al tratarse de un caso de gravedad leve, el sentenciante debería haber partido del mínimo legal de seis meses y de ahí ponderar agravantes y atenuantes.

En efecto, considera que la pena de un año y dos meses escogida y unificada en tres años y dos meses de prisión, es groseramente incongruente con el hecho atribuido, por lo tanto afirma que resulta arbitraria.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, estima que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que los hechos bajo análisis se encuentran probados y que han sido correctamente calificados por el sentenciante.

En este orden, refiere que de los fundamentos dados por el juzgador se desprende claramente el análisis en conjunto realizado de toda la prueba rendida en autos.

Así, señala que dentro del contexto de violencia de género y en base a las pruebas analizadas, se obtuvo la certeza que los hechos se produjeron tal como lo narró la víctima y que la expresión endilgada al acusado tuvo la finalidad de alarmar o amedrentarla.

Por último, considera que el monto de la pena impuesto no aparece arbitrario ni carente de fundamentación. Por el contrario, sostiene que los arts. 40 y 41 del CP han sido debidamente aplicados por el sentenciante.

Por las razones expuestas, estima que el recurso interpuesto por la defensa debe ser rechazado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

Si bien la defensa plantea su impugnación en función del art. 474, inc. 1 del CPP, lo cierto es que algunos de sus planteos se vinculan con la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia previa.

Del escrito recursivo surge que, el primer planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la aplicación del art. 149 bis del CP.

Por un lado, la defensa considera que la expresión «*más vale que no estés negando a los nenes porque si no ya vas a ver*» no reviste la gravedad para intimidar a la víctima, en tanto puede significar una actividad legal.

Sin embargo, el referido planteo no tiene entidad para conmover la decisión del juzgador, en tanto de los fundamentos de la sentencia cuestionada se desprende que se analizó detalladamente el tema vinculado a si tal frase revistió o no el carácter de una amenaza.

De este modo, el juez de la instancia anterior, acertadamente, analizó los dichos del acusado en función del contexto en que fueron expresados y de las circunstancias personales de G. B. y, a partir de allí, analizó si tal frase le generó o no temor.

Por otro lado, se advierte que existen motivos de peso –entre los que se destacan la valoración de la declaración de G.B., principal prueba de cargo– para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones.

Así, luego de un análisis minucioso, el sentenciante argumentó que el relato de G.B. se mantuvo constante, tanto en sede del Ministerio Público Fiscal, como del EPI y durante el debate. Destacó, en este sentido, que G.B. manifestó que, el día de los hechos, observó al acusado enojado y, que al ser preguntada sobre qué entendió por la frase proferida por aquél «*ya vas a ver*», manifestó que entendió que el acusado la iba a matar.

Al respecto, se advierte, tal como lo expresó el sentenciante, que G.B. se encontraba dentro de un contexto de violencia de género y que ya había sido agredida por el acusado con anterioridad. Por esa agresión, Álvarez resultó condenado, a dos años de prisión en suspenso, por el delito de lesiones leves dolosas, privación ilegítima de la libertad doblemente agravada, en dos hechos independientes en contexto de violencia de género, imponiéndosele como regla de conducta la prohibición de acercamiento hacia G.B.

Asimismo, debe señalarse que la declaración de G.B. encuentra sustento en la declaración de la licenciada Johana Santarrosa, quien refirió durante el debate, que el relato de G.B. era creíble, que no tenía una finalidad ganancial y que se encontraba inmersa en un contexto de violencia de género.

A su vez, aparecía corroborada por el informe de valoración de riesgo, del que surgía que G.B. presentaba un riesgo de violencia física grave y un riesgo vital moderado. Además, de ese informe también surge que se detectaron patrones compatibles con violencia psicológica por parte del acusado, consistentes en control de las relaciones sociales de G. B., así como el control de sus movimientos, conductas de acecho y hostigamiento posterior a la separación. A ello, se agrega que G.B. refirió trato hostil, insultos, degradaciones, humillaciones y amenazas de muerte, como así también agresiones físicas consistentes en agarrones, empujones, intentó de asfixia y golpes de puño.

En efecto, se advierte que la denunciante se encontraba en una situación de vulnerabilidad por las situaciones de violencia vivenciadas. Esto, como se dijo, ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez al momento de la valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa con la debida perspectiva de género y en consonancia con las consideraciones que este Tribunal ha realizado para casos como el analizado (ver, al respecto, **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»**; **«Quiroga Morales»**; **«Ojeda Pérez»**; **«Vázquez Tumbarello»**; **«Vega»**; **«Zurita»**; entre otros).

Es en este contexto en el que el sentenciante analizó acertadamente la expresión *«ya vas a ver»*. Esa expresión que descontextualizada puede resultar ambigua, tal como pretende la defensa, si se la contextualiza debidamente, como hizo el juez de la instancia anterior, aparece claro su contenido amedrentador. Es decir, el acusado sabía lo que hacía, tuvo como finalidad amedrentar a G.B.

De lo expuesto, se advierte que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su **conjunta valoración**. En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que *«[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]»* (L.S. 388-219). Y que *«el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados»* (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia del cuestionamiento de la defensa, referido a que no se encuentra acreditado que el acusado sea el autor del hecho, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por último, entiendo que tampoco debe prosperar el agravio que cuestiona la errónea aplicación de las normas referidas a la individualización judicial de la pena. Ello, en tanto el sentenciante consideró las diversas pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del CP a fin de fundamentar la pena impuesta.

De esta manera, por una lado, estableció como circunstancia atenuante ser una persona joven y con trabajo. Por otro lado, analizó como circunstancia agravante, para alejarse del mínimo de la pena, el hecho que el acusado se encontraba condenado por un hecho anterior que afectaba a la misma víctima, y a quien

se le había impuesto una medida de prohibición de acercamiento, que no cumplió.

Conforme lo expuesto, el agravio vinculado con la fundamentación de la pena no puede prosperar.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Maimone Zabala**», «**Murcia Lucero**» y «**Garay Videla**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por Rodrigo Ezequiel Álvarez Funez.
- 2.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de abril de 2023*

5- JURI SUAREZ. 05-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	EGT	A	-	CR	-	-3°	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcJSD.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del CP. Art. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 del CP. Arts. 351, 353 inc. 4 del CPP.

Vox: Amenazas agravadas. Arma de fuego. Prescripción. Sobreseimiento. Causa interruptiva. Actos interruptivos.

Summa:

El **TPC** sobreseyó al sindicado del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del CP) al considerar que ha operado la prescripción de la acción penal, conforme lo dispuesto por los arts. 62 inc. 2, 67 y concordantes del CP, y arts. 351, 353 y concordantes del CPP.

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación. Anuló la sentencia de sobreseimiento y sus fundamentos orales y, en consecuencia, remitió las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la inexistencia de otra causa interruptiva–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3315 (12-04-22), pronunciada por el JPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Actos interruptivos.

- Galfo Ramírez. 16-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf
- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Juri Suarez. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcJSD.pdf
- Abdo BAdui. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06863828-8/1((028501-68665)). F C/ JURI SUAREZ DANTE ALEJANDRO P/ AMENAZAS AGRAVADAS (68665/18) (68665) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106113345*

En Mendoza, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06863828-8/1 caratulada **“F. c/JURI SUAREZ, DANTE ALEJANDRO P/AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 3.315 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, mediante la cual se declara el sobreseimiento del acusado Dante Alejandro Juri Suarez respecto del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del Código Penal) que se le atribuye en el marco de la causa n° P-68.665/18, al considerar que ha operado la prescripción de la acción penal, conforme lo dispuesto por los arts. 62 inc. 2, 67 y concordantes del CP, y arts. 351, 353 y concordantes del CPP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia del tribunal impugnado resolvió declaró la extinción de la acción penal por prescripción en estos autos n° P-68.665/18 y consecuentemente, sobreseyó a Dante Alejandro Juri Suárez por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego habida (art.149 bis primer párrafo, segundo supuesto del C.P.).

Para resolver en tal sentido, consideró que el pedido realizado por el agente fiscal, en cuanto solicitó fecha para realizar la audiencia de acusación, no interrumpía el curso de la prescripción.

Por el contrario, en su consideración, el acto procesal con efecto interruptivo es la realización de la audiencia de acusación fiscal, por ser la oportunidad en la cual se produce la apertura de la causa a juicio. Por lo cual, estimó, que desde la fecha del decreto de fs. 26 y vta. –18/08/2018– había transcurrido el plazo máximo de la prescripción de la acción penal del delito enrostrado al acusado.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

La fiscal de la Primera Fiscalía de Instrucción de la Unidad Fiscal Correccional del departamento de San Rafael, Mendoza, impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por ambos incisos del art. 474 del CPP.

En este sentido, considera que el juez de la instancia previa efectuó una errónea interpretación y aplicación del art. 67, párr. 6, inc c, del CP, al considerar que el pedido o requerimiento de audiencia de acusación

formulado por el Ministerio público Fiscal ,conforme los arts. 417 *quáter* y 417 *quinquies* del CPP en el procedimiento especial de juicio correccional, no tiene efectos interruptivos de la prescripción de la acción penal. Esto, porque no debe ser asimilado al requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio previsto en la norma sustantiva indicada.

Refiere el Ministerio Público Fiscal que ese criterio se aparta de aquel ya sentado por esta Sala en el **precedente «Asat Haltky»**, al desconocer que el requerimiento realizado por el agente fiscal para la realización de la audiencia de acusación, debe ser entendido como requerimiento de elevación a juicio (art. 67 párr. 6 inc. c del CP). Ello, toda vez que manifiesta la voluntad de la fiscalía de continuar la acusación contra el encartado, al concretar objetiva y subjetivamente la pretensión punitiva del órgano acusador.

Por todo ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto, se case la resolución impugnada, y se ordene la continuación de la causa según su estado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 5 corre agregado el dictamen del Procurador, quien mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal Correccional de San Rafael contra la resolución antes referida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por las representantes del Ministerio Público Fiscal, debo anticipar que la vía impugnativa extraordinaria intentada resulta procedente. Ello, por cuanto, y como se explicará, el decisorio cuestionado adolece del vicio sustantivo que se le endilga.

Atento a la naturaleza del planteo formulado, se impone el detalle sucinto de las actuaciones procesales relevantes en la causa.

En ese sentido, debe señalarse que, de acuerdo a las actuaciones que tengo a la vista, surge que el hecho objeto del presente proceso habría sido cometido el 17 de agosto de 2.018 (ver acta de procedimiento obrante a fs.1 del expediente principal).

El día 18 de agosto de 2.018, el fiscal subrogante de la Fiscalía de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal Correccional de la ciudad de San Rafael citó, por existir motivos bastantes de sospecha, a Dante Alejandro Juri Suárez a fin de hacerle conocer la imputación delictiva formulada en su contra, como así también, la prueba de obrante en la causa (fs. 24 y vta.). Como se advierte, éste constituye el primer llamado efectuado al acusado con el objeto de recibirle declaración por el delito investigado.

En esa misma, se realizó la imputación formal de Dante Alejandro Juri Suárez respecto del hecho acaecido en el distrito Las Paredes, del departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, calificado legalmente por el Ministerio Público Fiscal como amenazas agravadas por el uso de arma de fuego habida (art. 149 bis, párrafo 1, segundo supuesto, del CP) contra Cristian Agustín Ayala Romero (fs. 26 y vta.).

Con la imputación formalizada, el 22 de junio del 2.021, el representante fiscal, solicitó audiencia a tenor de lo previsto en el art. 417 *quáter* del CPP. Ello, por estimar la existencia de elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del acusado en el hecho intimado (v. soporte digital LeD, orden n° 2).

El 12 de abril de 2.022, se formalizó la acusación, en la audiencia respectiva, en los términos del art. 417 *quinquies* del CPP. En esa oportunidad, la defensa requirió el sobreseimiento de su representado por

considerar que se había producido la extinción de la acción penal por prescripción. Al respecto, señaló que en el caso concreto el curso de la prescripción que se inició en agosto de 2.018 –fecha del hecho– no se interrumpió hasta la realización de la audiencia de acusación, habiéndose cumplido en exceso el máximo del plazo legal de vigencia de la acción penal, según la calificación legal del delito atribuido (v. registro audiovisual, audiencia del día 12/4/22, mins. 00:16:34/00:17:31).

Al evacuar la vista conferida, el representante del Ministerio Público Fiscal consideró que no correspondía que prosperara el planteo de prescripción incoado por la defensa técnica del acusado.

Para ello, señaló que, en el caso concreto, el curso de la prescripción se interrumpió en dos oportunidades: la primera, para el día 18 de agosto de 2018, momento en que se efectuó el primer llamado para recibir declaración al acusado; la segunda, con el pedido de audiencia de acusación formulado el día 22 de junio de 2021. Por lo tanto, y en virtud de esas actuaciones procesales consideró que, desde el último acto con virtualidad interruptiva, el plazo legal no se encontraba vencido y, por ello, la acción penal se encontraba vigente (mins. 00:17:55/00:25:20).

Frente al planteo, el juez del tribunal de la instancia previa declaró la extinción de la acción penal por prescripción y, consecuentemente, sobreseyó a Dante Alejandro Juri Suárez del delito por el que resultó acusado.

En apretada síntesis, entendió que, desde la imputación formal (sic), el próximo acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal se produjo con la formalización de la acusación, lo que en el procedimiento correccional se materializa cuando efectivamente se realiza la audiencia de acusación fiscal, a tenor de lo previsto en el **art. 417 quinquies del CPP**.

A partir de esa interpretación, consideró que el plazo máximo de vigencia de la acción penal por el delito atribuido al acusado, contado a partir del primer llamado para recibirle declaración, se había extinguido al momento del dictado de la sentencia que hoy es materia de revisión (mins. 00:25:29/00:33:39).

Ahora bien, relevadas de ese modo las constancias de la causa, considero que le asiste razón al recurrente en relación a que la acción emergente del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego no se encuentra prescripta.

En efecto, conforme lo dispone la norma de fondo que regula la materia objeto de la presente impugnación, el primer acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal que ha tenido lugar en autos lo constituye el decreto de fs. 24 y vta., en tanto configura el primer llamado efectuado a Juri Suárez a prestar declaración, el que fue formulado en fecha 18 de agosto de 2.018 (art. 67 párr. 6 inc. b del CP).

El próximo acto contemplado por la ley de fondo con los efectos señalados es «**el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente**» (art. 67 párr. 6 inc. c del CP).

En las presentes actuaciones, ese acto interruptivo ha sido identificado por el juez de la instancia anterior con **la realización, y no con la solicitud**, de la audiencia de acusación fiscal, lo que no se considera acertado, por las razones que se darán a continuación.

En ese sentido, debe recordarse que es criterio mayoritario de esta Sala reconocer que el pedido del agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación, prevista en el art. 417 *quáter* del CPP, tiene capacidad interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal, del mismo modo del

requerimiento del decreto de citación a juicio al Juez Correccional. Ello, desde que ambas actuaciones presentan rasgos comunes que las asimilan y equiparan.

Sobre todo si se tiene en cuenta que el requerimiento de audiencia de acusación lo debe efectuar el representante del Ministerio Público Fiscal una vez que se haya cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como investigación fiscal y siempre que se estimare que existen elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Y que, al efectuarlo, debe contener idénticos recaudos que los del requerimiento fiscal previsto por el Código de Procedimientos vigente (ver, en lo pertinente, «**Asat Haltky**» y «**Galfo Ramírez**»).

Lo dicho confirma el razonamiento expuesto por el recurrente en la presentación del recurso intentado porque, con independencia del día en que efectivamente se fijó y se realizó la audiencia de acusación, el curso de la prescripción de la acción penal se interrumpió por última vez el día 22 de junio de 2021. Por lo tanto, al no haber transcurrido desde allí un período mayor de tres años –plazo máximo de prescripción para el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis párr. 1 segundo supuesto del CP) que le fuera intimado a Juri Suárez–, la acción penal se encuentra vigente.

En definitiva, en las presentes actuaciones no se ha producido la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo, debiendo continuar el trámite procesal según su estado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular la sentencia de sobreseimiento n° 3.315 de fecha 12 de abril de 2022 (orden n° 14) y sus fundamentos orales y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la inexistencia de otra causa interruptiva–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Anular la sentencia de sobreseimiento n° 3.315 de fecha 12 de abril de 2022 (orden n° 14) y sus fundamentos orales y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que –previa verificación de la inexistencia de otra causa interruptiva–, se pronuncie sobre el estado de la acción penal, de acuerdo a la interpretación que aquí se propicia.

Regístrese. Notifíquese. *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 05 de mayo de 2023*

6- GUZMAN RIVEIRA. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcGRR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 239 del CP

Vox: VG. Desobediencia. Amenazas simples. Concurso real. Unificación de pena.

Summa:

El **Juzgado Correccional** condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión** como autor del delito de desobediencia en concurso real con amenazas simples (arts. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 239 del CP). Revocó la condicionalidad de la pena de tres años de prisión aplicada en la causa N° P-46237/17 y su acumulada N° P-34.734/20, mediante Sentencia N° 2054 (28-07-20) dictada por el TPC y fijó la pena única de **tres años y siete meses de prisión en efectivo** (arts. 27 y 58 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5756, pronunciada por el Juzgado Correccional N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Acuña
- Tortosa. 10-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210910_FcDMT.pdf
- Jofré

Dr. Palermo

- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06927408-5/1((038501-119997)). F. C/ GUZMAN RIVEIRA, ROBERTO CARLOS P/ DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES (119997) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106172927*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06927408-5/1 caratulada “Fc/GUZMÁN RIVEIRA, ROBERTO CARLOS P/ DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES (119.997) s/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Roberto Carlos Guzmán Riveira interpone recurso de casación contra la sentencia n° 5.756, y sus fundamentos, emitida por el Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa N° P- 119.997/21, a la pena de siete meses de prisión de ejecución efectiva por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia en concurso real con amenazas simples (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, 55 y 239 del CP).

Asimismo, se revocó la condicionalidad de la pena de tres años de prisión aplicada en la causa N° P- 46237/17 y su acumulada N° P-34.734/20, mediante Sentencia N° 2054 dictada el día 28 de julio de 2020 por el Tribunal Penal Colegiado, que lo había condenado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por la situación de convivencia y por la guarda, atribuido en la causa N° P- 46.327/17; amenazas y lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo, violación de domicilio, todo en concurso real atribuido en la causa N° P- 34.734/20 (art. 167, inc. 2; art. 54 y 41 quater del CP), y se fijó la pena única de tres años y siete meses de prisión en efectivo (arts. 27 y 58 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado el siguiente hecho: «*que entre los días 14 de agosto y 16 de noviembre de 2021, Roberto Carlos Guzmán efectuó reiterados llamados telefónicos desde el número 2634519077 al teléfono de la víctima M.B.A.C. Asimismo, el día 13 de noviembre de 202, aproximadamente a las 04:00 horas se hizo presente en el domicilio donde estaba la víctima en calle Liniers, Barrio Jesús Obrero, manzana D, casa 16, Santa María de Oro, Rivadavia, Mendoza, y se acercó a la víctima. Luego, el día 17 de noviembre de 2021 a las 20:30 horas se detuvo frente a su casa y le dijo: «las vas a pagar, todo lo que me están haciendo, la vas a pagar», y que si lo quería denunciar, que lo denunciara, que él iba a salir y la cosa iba a ser peor, produciendo con estos dichos temor en la víctima. Todo esto lo efectuó el Sr.*

Guzmán a sabiendas que tenía una prohibición de acercamiento dictada por el Juzgado de Familia en el expediente 8080/17 del Tercer Juzgado de Familia de Rivadavia, Mendoza, de la cual esa prohibición él se encontraba debidamente notificado» (ver registro audiovisual de fecha 26 de mayo de 2022, video I, a partir del minuto 05:27 hasta minuto 06:50).

Para así decidir, el sentenciante meritó las declaraciones de la denunciante y del acusado, pruebas instrumentales y testimoniales e informes psíquicos, entre otros elementos probatorios incorporados a la audiencia de debate (ver sentencia, punto II, págs. 2/10 y registro audiovisual de fecha 15 de julio de 2022, a partir del minuto 01:34).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación conforme art. 474 del CPP, por entender que la sentencia contiene motivación arbitraria según lo establecido en el art. 414 inc. 4 del CPP.

Expresa que los delitos atribuidos a su asistido no se acreditaron con el grado de certeza suficiente para arribar a un pronunciamiento condenatorio. En tal sentido, expone los siguientes cuestionamientos:

a.- En cuanto al motivo de los llamados telefónicos realizados por el acusado a la denunciante, critica que el juzgador afirmó que existió hostigamiento y control por parte de Guzmán Riveira debido a la reiteración y exigua duración de las comunicaciones telefónicas y lo avanzado del horario –noche y madrugada–. Expone que del listado de llamadas que figura como anexo de sentencia, en diecisiete días del mes de agosto de 2021 se registraron cuatro llamados que duraron menos de cinco segundos y cuarenta y cuatro mensajes, es decir, un llamado cada cuatro días y dos mensajes por día, de lo que infiere que no hubo comunicación o diálogo para concluir que hubo hostigamiento, y en cuanto a los mensajes afirma que fueron para saber cómo estaba su hija. Agrega que la misma interpretación lógica aplica a los llamados y mensajes realizados por su asistido a la denunciante en meses siguientes –septiembre, octubre y noviembre de 2021–, a lo que debe sumarse que la víctima borró todos, prueba fundamental para apoyar su relato.

b.- Señala que es prueba insuficiente el relato de la denunciante para tener por acreditado que Guzmán Riveira se presentó en el domicilio de aquella y le profirió amenazas. En tal sentido, expresa que frente a la casa de la víctima hay un destacamento policial con guardia permanente según testimonial del funcionario policial Emanuel Ignacio Aranda, quien también manifestó en la audiencia que el día 13 de noviembre de 2021 entre las 2 y 4 horas de la madrugada nadie se presentó en el destacamento, por lo que el argumento del juzgador que pudo haberse encontrado en el baño y no escuchar la puerta es arbitrario.

c.- Aduce que el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) no otorga fuerza probatoria al razonamiento del juez de la instancia previa, porque la fuente de conocimiento del mismo es el relato de la víctima, de la que no puede inferirse el hostigamiento y el control de parte del acusado hacia aquella con grado de certeza.

d- Indica que la testigo Natalia Merenda –madrina de la hija de la víctima– manifestó que nunca presenció situación alguna de violencia entre la denunciante y Guzmán Riveira y que la Fiscalía no insistió en la declaración del hermano de aquella que era el único testigo presencial.

e.- Por último, esgrime que la arbitrariedad de la sentencia se evidencia también porque si bien se tuvo por acreditado el segundo hecho controvertido –presentación del acusado en el domicilio de la víctima y

dichos amenazantes— omitió sustentar que dicha circunstancia es constitutiva del delito de desobediencia a la prohibición de acercamiento del Juzgado de Familia.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que si bien el recurso de casación procede formalmente, corresponde desestimarse sustancialmente y confirmarse la sentencia impugnada.

En tal sentido, expone que el juzgador interpretó debidamente los hechos relatados por la víctima y arribó a la certeza de los mismos en tanto encuentran apoyo en prueba objetiva, tal como el listado de comunicaciones y mensajes provenientes del teléfono del acusado con destino a aquélla.

Unido a lo anterior, señala que en la sentencia se explicó que de las ochenta y cuatro llamadas telefónicas, sesenta y dos duraron menos de cinco segundos en promedio con proximidad temporal inmediata y en altas horas de madrugada durante meses, a lo que sumó ciento cuarenta y dos mensajes de texto con proximidad temporal inmediata entre estas comunicaciones, cuya insistencia por parte de Guzmán Riveira respondía a conductas de acoso y dirigidas a causar molestias a la destinataria.

Agrega que el juez de la instancia anterior valoró también el informe del EPI, en el que intervino una profesional especialista en valoración de situación de violencia de género, más allá que contiene el relato de la denunciante.

Asimismo, expone que el juzgador valoró como creíble la declaración de la denunciante también en relación con el segundo hecho controvertido, por no encontrarse afectada en sus facultades y no se probó que obrara movida por un móvil espurio, en razón que su declaración se mantuvo incólume y sin contradicciones.

Finalmente, indica que el sentenciante valoró la declaración del acusado al afirmar que desde la separación no fue más al domicilio de la denunciante, y sostuvo que carecía de veracidad la afirmación según la cual respetó la medida de prohibición de acercamiento, en razón que en la causa nº P-34.734/20, por aplicación de un procedimiento abreviado —después de la separación y con la existencia de medida de prohibición de acercamiento vigente— admitió haber ingresado al domicilio de la víctima, amenazarla y lesionarla con un cuchillo y fue condenado por estos hechos mediante Sentencia N° 2054 dictada el día 28 de julio de 2020.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa técnica de Guzmán Riveira, anticipo opinión en el sentido que corresponde desestimarse sustancialmente la impugnación, porque en la sentencia en crisis se observaron las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración de las pruebas incorporadas al debate, y por tanto, contiene motivación suficiente que la valida como acto jurisdiccional. Paso a exponer las razones en que sustentó mi decisión.

a.- Consideraciones preliminares

Previo a todo, téngase presente que de conformidad con los hechos contenidos en la acusación y por los que fue condenado el acusado, la revisión de los agravios presentados por la defensa debe realizarse a partir del sistema de la sana crítica racional y los parámetros en materia de valoración de prueba con perspectiva de género.

Al respecto he subrayado la importancia de partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros).

También en el pronunciamiento en pleno «Hisa» hice referencia al estándar, punto de partida, del *derecho a la igualdad y no discriminación* que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del *derecho a la vida libre de violencias* que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de *Belém do Pará*– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la *debida diligencia reforzada* con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México» y «Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala»; al estándar del *derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades* que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y, al estándar de *amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género* incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

b.- Cuestionamientos de la defensa relacionados con la valoración de la prueba

En cuanto a la valoración de los llamados telefónicos realizados por el acusado a su ex pareja M.B.A.C., la defensa afirma que fueron motivados para comunicarse con la hija de ambos, menor de edad, mientras que en la sentencia el juez de la instancia previa tuvo por acreditado que resultaron típicos del delito de desobediencia a una orden judicial de prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Familia.

En la sentencia se argumentó que existía una medida de protección a favor de M.B.A.C. y de su hija «M» dictada en autos N° 8080/17 por el Tercer Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial contra Guzmán Riveira –cuya lectura se realizó en la audiencia– en la que se dispuso que aquél «*deberá abstenerse de provocar situaciones de violencia física, verbal y/o psicológica contra la Sra. M.B.A. y su hija M. sea de forma personal o por cualquier medio electrónico (telefónico, informático y/o redes sociales) y se aclara que la medida de protección le impone el deber de observancia irrestricta, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial*» (ver sentencia, segunda cuestión, págs. 2/3).

Seguidamente, el juzgador aclaró que no era materia de disputa el llamado telefónico en sí mismo como comportamiento prohibido, «*sino la provocación del tipo de violencia física, verbal y/o psicológica, sea en forma personal o por cualquier otro medio, y aquí se incluyó, expresamente el teléfono*», y que si bien en la prohibición no fue incluida la hija en común con Guzmán Riveira –individualizada en la sentencia como Z.– expuso el sentenciante que el acusado podía comunicarse por teléfono con su hija Z., en la medida que respetara el sentido de la prohibición de no provocar situaciones de violencia en perjuicio de M.B.A.C. (ver sentencia, segunda cuestión, pág. 2).

En este razonamiento, el juez de la instancia anterior valoró la declaración en la audiencia de M.B.A.C. en cuanto relató que si bien tuvo conversaciones con Guzmán Riveira por arreglos de dinero, le propuso que fuera a cambio que tuviera relaciones sexuales con él o reanudara la relación de pareja, las llamadas

telefónicas no eran para la hija sino para dónde estaba ella todo el tiempo, cuando no contestaba la seguía llamando incluso hasta las cuatro horas de la mañana y también le enviaba mensajes. *«Que por vía de mensajes de texto también le hacía la propuesta de mantención de la hija [por] acostarse con él. Por vía de los mensajes también le preguntaba dónde estaba, qué estaba haciendo, le ordenaba que atendiera (atendé, atendé, dijo en su declaración), también que hubo amenazas e insultos. Pero todos estos mensajes, respondió a la defensa, los borró. Que ahora padece ataques de pánico, siente que no tiene vida y realiza tratamiento psicológico»* (ver sentencia, segunda cuestión, pág. 3 y declaración de M.B.A.C. en registro audiovisual de fecha 26 de mayo de 2022, video II, a partir del minuto 04:00).

Vinculado con lo anterior, el juzgador meritó un listado de comunicaciones salientes del teléfono del acusado con destino a M.B.A.C., en base a una tabla que elaboró de comunicaciones salientes del número perteneciente a Guzmán Riveira al número de M.B.C.A. durante el período comprendido entre el 14 de agosto de 2021 y el 16 de noviembre de 2021 con información relativa al tipo de comunicación –llamadas telefónicas, mensajes– fecha, hora y duración de las comunicaciones (ver anexo incorporado a la sentencia en págs. 12/18). Con sustento en el análisis de las comunicaciones contenidas en la tabla referida, argumentó: *«existieron ochenta y cuatro (84) llamados telefónicos –dos de treinta minutos aproximadamente y ochenta y dos (82) llamados telefónicos restantes de menos de cinco segundos de duración promedio, con proximidad temporal inmediata y en horarios inadecuados. Así también, señaló el juzgador que existieron ciento cuarenta y dos (142) mensajes de texto, cuyo contenido es desconocido, pero en este caso no deja de ser contacto prohibido, con proximidad temporal inmediata entre estas comunicaciones. Más que una conversación telefónica con la hija, el comportamiento encuentra mejor explicación en conductas de control y hostigamiento»* (ver sentencia, segunda cuestión, pág.4 y págs. 12/18).

Junto con la prueba anterior, el juzgador valoró la declaración de M.B.C.A. en la audiencia en cuanto manifestó que *«no tenía vida, que Roberto Guzmán se le presentaba en su domicilio, en el patio, en la ventana, que la seguía, que donde ella estaba, él se aparecía. Que le habían dado arresto domiciliario y esa noche se le presentó en la casa y que por la proximidad del domicilio en que cumplía ese arresto, cuando llegó la policía, él ya había vuelto al domicilio. Agregó que frente al domicilio había una finca y que Roberto Guzmán se quedaba a dormir toda la noche allí para vigilarla. Se le aparecía en la ventana, amenazaba con matarse en la ventana. Que tienen una hija en común y a veces la familia de él interviene para que la niña vea a su padre, pero también explicó que se presenta en el domicilio y se lleva la nena o se queda con la nena en la vereda, en la garita, hasta las doce de la noche, con frío, sólo por vigilarla a ella. Que se cambió de casa hace un año aproximadamente, el día 18 de mayo de 2021 y que igualmente iba a este domicilio, donde sucedieron los hechos, en las fechas reseñadas»* (ver sentencia, págs. 8/9 y declaración de M.B.A.C. en registro audiovisual de fecha 26 de mayo de 2022, video II, a partir de minuto 06:40).

Dado lo que antecede, el sentenciante también ponderó el informe del EPI y concluyó que la exagerada cantidad de contactos telefónicos del acusado hacia M.B.A.C., entre los meses de agosto a noviembre del año 2021, provocaron dos resultados prohibidos: violencia verbal y violencia psicológica, conforme lo previsto en el art. 5 inc. 2 de la ley 26.485 en tanto incluye la violencia verbal, el hostigamiento, el control y los insultos. Además, aclaró que rechazó la hipótesis defensiva según la cual los contactos del acusado fueron para saber sobre la salud de la hija Z., debido a la cantidad, reiteración, horarios inadecuados y tenor de llamados y mensajes de texto destinados a M.B.A.C., la medida de protección a favor de la misma

y su relato en la audiencia con apoyo del informe del EPI (ver sentencia, segunda y tercera cuestión, págs. 4/5).

En efecto, de la revisión de los segmentos de la sentencia referidos, advierto que el juez de la instancia anterior valoró la declaración de M.B.A.C., el informe psíquico del EPI y las comunicaciones telefónicas provenientes del teléfono de Guzmán Riveira destinadas a su ex pareja, conforme el sistema de la sana crítica racional y parámetros de valoración de prueba en contexto de género y relaciones intrafamiliares, según lo expuesto en el punto a.

Dicho de otro modo, en la sentencia se expuso con claridad y suficientes argumentos el proceso valorativo con una perspectiva de género de los elementos probatorios incorporados al debate, los que fueron meritados en forma individual y en conjunto dentro del marco convencional, nacional y provincial vigente y jurisprudencia en la materia. En consecuencia, el agravio analizado debe desestimarse.

c- Credibilidad del testimonio

c.- Con respecto a los agravios b, c y e reseñados en el apartado 2, la defensa cuestiona la motivación de la sentencia en crisis, por entender que el juzgador otorgó credibilidad a la declaración de M. B.A.C. vertida en la audiencia de debate con apoyo en el informe psíquico del EPI el que, a su vez, contenía el relato de aquélla al ser entrevistada por el equipo interdisciplinario mencionado, y omitió sustentar que la presentación del acusado en el domicilio de la denunciante es constitutiva del delito de desobediencia a la prohibición de acercamiento del Juzgado de Familia. Al respecto caben las siguientes consideraciones.

Por un lado, el sentenciante argumentó en cuanto al hecho controvertido que Guzmán Riveira se presentó en el domicilio de M.B.A.C. y que la amedrentó diciéndole que se las iba a hacer pagar y que si quería que lo denunciara que cuando saliera iba a ser peor, si bien no existió prueba directa sino la declaración de la denunciante y la negación del acusado, según el proceso valorativo resultante de la sana crítica racional y aplicación del principio de amplitud de la prueba dispuesto en los arts. 16 letra i y 31 de la ley 26.485, debía tenerse en cuenta indicios graves, precisos y concordantes. Aclaró que ello no significaba relajar el estándar conviccional requerido para el dictado de una sentencia ni sustituir la sana crítica racional. En este razonamiento, el juzgador meritó como creíble el relato de la víctima en cuanto manifestó que el acusado se presentó en su domicilio el día 13 de noviembre de 2021 en horas de madrugada y en estado de ebriedad, oportunidad en que aquélla se reunió a cenar con su hermano e hijos y la Natalia Merenda para celebrar el cumpleaños de su hija M. (ver sentencia, tercera cuestión, pág. 5).

Relacionado con ello, el juez de la instancia anterior expuso que no se pudo contar en el debate con la declaración del hermano de M.B.A.C. –testigo directo– porque la Fiscalía desistió del medio probatorio, la defensa anticipó su oposición a la incorporación de su testimonial por lectura y la Fiscalía no propuso su incorporación (ver sentencia, tercera cuestión, pág. 5).

Se argumentó en la sentencia que la denunciante declaró que cuando Guzmán Riveira se puso agresivo corrió hasta el destacamento de policía ubicado frente a su vivienda, llamó y no salió nadie, regresó y no comentó nada de lo sucedido, y cuando fue a guardar la moto el acusado, ubicado detrás de la tela verde del patio apareció, y le dijo «*ya me las vas a pagar*». Se indicó que el funcionario policial Emanuel Ignacio Araunda declaró en la audiencia que estuvo en funciones el día del hecho y que si golpeaban la puerta del destacamento se podía demorar en atender si se encontraba en el baño; y que la testigo Natalia Merenda manifestó que en el Destacamento Policial mencionado a veces la policía está, pero hay veces que no está. Se expuso que Guzmán Riveira negó haber concurrido al domicilio y proferido dichos amenazantes a su ex

pareja, y que «desde que se separaron siempre respetó la medida de protección, por eso el contacto con su hija se realizaba con ayuda de familiares que concurrían a retirar o entregar a la niña a su mamá» (ver sentencia, tercera cuestión, p. 6; y declaración de M.B.A.C. en registro audiovisual de fecha 26 de mayo de 2022, video II, a partir de minuto 11:05).

Advierto que las valoraciones realizadas de las pruebas testimoniales referidas no se apartaron de la sana crítica racional. En efecto, el auxiliar de la policía Emanuel Ignacio Araunda también declaró en la audiencia que estuvo poco tiempo en el Destacamento referido, que su condición era la de chofer y no recordaba si el día del hecho golpeó la puerta una persona de género femenino, que en caso de haber ocurrido habría atendido, pero puede ocurrir que un policía esté en el baño aunque tiene que salir a atender (ver declaración de Emanuel Ignacio Aranda en registro audiovisual de fecha 10 de junio de 2022, video II, a partir del minuto 08:03).

Por su parte, la testigo Natalia Merenda manifestó en la audiencia –a pregunta de la Fiscalía– que el día 13 de noviembre de 2021 fue al cumpleaños de la hija de M.B.A.C. de nombre M., ocasión en que cenó con ellas y se retiró aproximadamente a las 11.30 hs. Agregó que M.A.B.C. le contó que Guzmán Riveira fue ese día después de la una de la madrugada a molestarla, que sabía que habían conflictos entre el acusado y M.A.B.C., que la molestaba, que iba a su casa, que M.A.B.C. lo había denunciado a él, que la veía triste y mal, que lo denunció porque quiso lastimarla con un cuchillo, que M.A.B.C. le tenía miedo a Guzmán Riveira. En respuesta a pregunta de la defensa, la testigo declaró que en el destacamento policial que estaba frente a la casa de M.B.A.C., hay veces que estaban los policías y otras que no estaban los policías, que no se veía nadie (ver registro audiovisual de fecha 10 de junio de 2022, video IV, a partir de minuto 02:12).

Sentado cuanto antecede, el juzgador tuvo por probado el hecho de la presentación del acusado en el domicilio de M.B.A.C. al valorar como creíble su declaración por la ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud del relato. A lo que también argumentó que un funcionario policial que se encontraba solo de guardia en un turno de veinticuatro horas, pudo haberse quedado dormido o haber ido al baño o ser requerido por urgencia y no estar disponible cuando M.B.A.C. llamó a la puerta que encontró cerrada y el destacamento con luces apagadas en horas de madrugada, según declaró en la audiencia. A lo dicho expuso, que si bien familiares del acusado colaboraban en retirar a la niña Z. por existir una medida de protección a favor de su ex pareja y madre de la niña, no era verdad que nunca incumplió con la medida presentándose en el domicilio de aquélla. Pues, en el juicio abreviado realizado en fecha 28 de julio de 2020 fue condenado por el delito de violación de domicilio, lesiones calificadas y amenazas, al admitir que el día 2 de mayo de 2020 a las 1:30 horas ingresó a la vivienda donde se encontraba su ex pareja, le manifestó que no tenía nada que perder, sacó un cuchillo, le provocó una herida cortante en cuarto dedo de mano izquierda y una herida superficial en flanco izquierdo del abdomen (ver sentencia, tercera y cuarta cuestión, págs. 6/9).

Por otro lado, y sumado a lo expuesto, el sentenciante valoró los exámenes psíquicos realizados a M.B.A.C. elaborados por el EPI e incorporados en autos N° P-34.734/20 y P-119.997/21, los que informaron que presentaba una valoración de riesgo «ALTO». El primero de ellos –realizado en fecha 15 de mayo de 2020– describió una víctima agobiada por la situación de violencia en que se encontraba inmersa y destacó factores tales como consumo abusivo de alcohol por el acusado con mayor propensión a hechos de agresiones físicas (ahorcamiento, golpes de puño, golpes con elementos, arrastramientos y empujones) y daños a su propiedad. El segundo –realizado en fecha 18 de noviembre de 2021– informó acerca de la

continuación de conductas violentas después de la separación asociada a actitudes de celos incrementados, control y posesividad de parte del acusado, quien se mostraba reticente a aceptar la separación, insultos, seguimientos, merodeos, intimidaciones, insistencias para retomar el vínculo, irrupciones en el domicilio de la examinada, acusaciones recurrentes de infidelidad y roturas de elementos del hogar, quebrantamiento de la prohibición de acercamiento en reiteradas oportunidades. A ello, agregó que la denunciante en la audiencia manifestó que sufría ataques de pánico y estaba haciendo tratamiento psicológico (ver sentencia, tercera y quinta cuestión, págs. 8 y 10; declaración de la Lic. Juliana Vélez en registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir del minuto 05:35 y declaración de M.B.A.C. en registro audiovisual de fecha 26 de mayo de 2022, video II, a partir de minuto 04:18).

Así pues, con apoyo en los informes psíquicos referidos y la declaración en la audiencia de la licenciada Juliana Vélez –profesional del EPI– el juzgador afirmó que los dichos de M.B.A.C. eran coincidentes con las conclusiones de los informes y la declaración de la testigo en relación con el consumo abusivo de bebidas alcohólicas, la relación asimétrica y disfuncional, la tendencia de Guzmán Riveira para reanudar la relación de pareja a pesar de la ruptura y la existencia de medidas de protección a favor de la denunciante (ver sentencia, quinta cuestión, pág. 8 y declaración de la Lic. Juliana Vélez en registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir de minuto 04:04).

Asimismo, en la sentencia se meritó el examen psíquico realizado a Guzmán Riveira por el licenciado Diego Vega del Cuerpo Médico Forense (CMF), en cuanto en la audiencia no descartó el consumo de alcohol por parte del examinado, ni maltratos por parte de éste a su ex pareja, como también, destacó un vínculo disfuncional de larga data con tendencia a restablecer la relación, hizo referencia a que Guzmán Riveira bajo estados de intoxicación podía pasar al acto y reaccionar de manera impulsiva y agresiva, presentaba baja tolerancia a la frustración y dificultades en el control de los impulsos, limitados recursos internos que lo podían llevar a responder de forma impulsiva y agresiva, dificultades para realizar un adecuado *insight* y era propenso a poner la culpa en los demás. Además, se señaló que, interrogado el testigo por las partes sobre las características de su personalidad, concluyó que el examinado presentaba una falta de predisposición para acatar las determinaciones de la prohibición de acercamiento (ver sentencia, cuarta cuestión, pág. 8 y declaración del Lic. Diego Vega en registro audiovisual de fecha 10 de junio de 2022, video I, a partir del minuto 03:40).

Conforme los argumentos de la sentencia reseñados, considero que los cuestionamientos defensivos no pueden prosperar, ya que las pruebas mencionadas fueron meritadas dentro de la sana crítica racional y parámetros de valoración de prueba en contexto de violencia por razones de género en el ámbito familiar.

A lo mencionado en el punto 4.a. destaco también, que he afirmado que en el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias» (ver, al respecto, «Alaniz Pineira», «De Miguel Tortosa», «Jofré», entre otros).

Asimismo, según la jurisprudencia de esta Sala Segunda recaída en el caso «Cruz Caporiccio», se afirmó que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en

conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Ligado a lo anterior, señalo también en cuanto al valor probatorio de los informes psíquicos elaborados por el EPI, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia sostuvo en el caso «C. Ch.» que el objetivo de dicho informe es «[...] *adecuar la investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (ver ley 26.485, ver arts. 2, 3, 26 y 29) 22*». Por su parte, en el caso «Mc Garry Bevan» se afirmó que *«el hecho de que dicho informe [del EPI] se haya basado en datos obtenidos a través de una entrevista psicológica, es decir, en «conocimientos científicos» del psiquiatra que intervino, no altera su naturaleza convirtiéndolo en un dictamen pericial y, en consecuencia, no pueden serle aplicables los recaudos que regulan la producción de las pericias».*

De tal manera, la valoración del riesgo de violencia física grave en la pareja y contra mujeres que realiza el EPI, se lleva a cabo inmediatamente de realizada la denuncia con el fin de evaluar el riesgo de violencia física contra mujer y poder disponer de medidas protectorias para hacer cesar las violencia de pareja contra mujeres y prevenirlas a futuro. Es decir, es un informe psíquico que evalúa el riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital contra mujeres, a través de un procedimiento de evaluación de riesgo de juicio clínico estructurado, técnicas administradas de entrevista psicológica forense semi-estructurada y guías de valoración de riesgo «Escala de predicción de violencia física grave en la pareja revisad (ERV-R), *Spousal assault risk assessment guide* (SARA)». Este informe psíquico recaba la mayor información posible sobre diversas circunstancias por la que atraviesan las mujeres en situaciones de violencias y arroja un resultado de riesgo en una escala de alto, moderado o bajo, según los indicadores detectados y evaluados por el equipo profesional interdisciplinario dependiente de la Unidad Fiscal de Violencia de Género del Ministerio Público Fiscal. Ello así, los informes de valoración de riesgo realizados a M. B.A.C. evaluaron diversas variables e indicadores que arrojaron un resultado de riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «ALTO».

Así, en la evaluación de M.B.A.C realizada por el EPI, la licenciada Juliana Vélez a preguntas de la Fiscalía, respondió en la audiencia que se arribó a un resultado de riesgo vital «ALTO», *«teniendo en cuenta los siguientes factores: el historial de violencia en la pareja que había caracterizado a la pareja en todos los años que habían estado juntos, violencia física agravada, varios episodios con el uso de armas cortantes, en el cual la examinada ha estado realmente en un riesgo vital, la persistencia de las conductas de acoso y hostigamiento que habían durado aproximadamente tres años, el incumplimiento sostenido a las medidas de protección que habían sido tomadas y las intimidaciones al momento actual de ocasionarle daños vitales a la examinada, teniendo en cuenta todos esos factores se llegó a la conclusión de sostener un riesgo alto»* (ver registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir de minuto 05:28).

Además, la licenciada Vélez declaró en la audiencia que el relato de M.B.A.C. durante la entrevista fue evaluado como creíble, *«porque había un correlato afectivo que acompañaba todo lo que la señora iba comentando, un sentimiento de cansancio, de frustración y de sentirse acorralada, una sensación de que esto no iba a tener resolución».* A pregunta de la defensa sobre qué técnicas utilizó además de la entrevista, la profesional mencionó el *«juicio clínico estructurado que combina la entrevista psicológica con una escala que es valorada internacionalmente, que es la del ERV-R creada por [...] que tiene en cuenta esto de los*

factores de riesgos» (ver registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir de minuto 07:37).

Con todo lo dicho, téngase presente también, que en la sentencia impugnada se argumentó en forma clara y suficiente que los hechos ocurrieron en un contexto de violencia por razones de género. En tal sentido, se expuso que Guzmán Riveira: *«ha negado con sus conductas el derecho de su ex pareja a tener una vida libre de violencias, sólo porque entendió que podía hacerlo, pese a las medidas de protección vigentes y que había sido condenado como autor de delitos cometidos en perjuicio de la misma víctima y de la hija mayor de la víctima. En este caso, los llamados telefónicos persistentes y merodeos en el domicilio al que no puede acercarse bajo ninguna circunstancia han configurado conductas de hostigamiento y control que perturban la tranquilidad, la seguridad y libertad de determinación de quien había sido su ex pareja y madre de su pequeña hija. Además, hubo otros comportamiento de elevado contenido misógino y que califican como tipos de violencia económica y psicológica, como fueron los llamados telefónicos y mensajes den los que condicionaba al aporte económico para mantención de la hija común al hecho de reanudar la relación de pareja o prestarse a tener relaciones sexuales»* (ver sentencia, cuarta cuestión, págs. 9/10).

Por lo tanto, los agravios analizados deben desestimarse.

d.- Finalmente, resta analizar los agravios relativos a la situación del único testigo presencial y hermano de M.B.A.C. y la declaración de la testigo Natalia Merenda.

Con relación a la falta de la declaración en la audiencia del hermano de M.B.A.C. –de nombre J.A.– en la sentencia se abordó la situación conforme expuse en el punto anterior, a lo que resta agregar que también el juez de la instancia previa argumentó que la Fiscalía no propuso la incorporación por lectura de su declaración, e incluso, señaló que *«la calificación legal seleccionada por la acusación ha sido parca, porque la redujo a un delito de desobediencia y a un delito de amenazas simples»* que no cubrían la totalidad de la plataforma fáctica presentada en la acusación (ver sentencia, excurso, pág. 10). De tal manera, el cuestionamiento de la defensa referido en este sentido no puede prosperar.

En cuanto a la declaración de la testigo Merenda, en la sentencia se valoraron sus manifestaciones en aspectos considerados relevantes por el juez de la instancia anterior y de acuerdo con el conocimiento que la testigo tenía sobre los hechos que se investigaron y juzgaron en el presente proceso legal. De tal manera, la circunstancia que la testigo haya declarado que no presencié hechos de violencias por parte del acusado contra M.B.A.C. no torna en arbitraria la motivación de la sentencia, ya que la decisión a la que se llegó en la misma fue suficientemente apoyada en las pruebas antes analizadas, valoradas dentro de la sana crítica racional y parámetros con perspectiva de género mencionados.

Dicho esto, entiendo que los cuestionamientos defensivos en revisión tampoco pueden prosperar.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Sin embargo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto del deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos. Así, me remito, en relación con ello, a

lo expresado en los precedentes «Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita», entre otros.

En función de ello, estimo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Carlos Guzmán Riveira.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Dr. Adaro. Dr. Palermo. *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).*
Secretaría, 10 de mayo de 2023.-

7- BUCCA PARADA. 16-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230516_FcBPN.pdf

Lex: Art. 5, 45 y 149 bis, 1° párrafo, 183 y 55 del CP

Vox: VG. Amenazas. Daño simple. Concurso real. Individualización de la pena. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión en forma condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas, daño simple y daño simple en concurso real, La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1703, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Córdoba, Jorge Antonio.
- Maldonado Quiroga. 29-3-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220329_FcMQM.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06890829-3/1((028601-53543)) FC/ BUCCA PARADA P/DAÑOS DE UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE - ART. 183 PÁRRAFO 1 (53543) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106138609*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06890829-3/1 caratulada “F. C/ BUCCA PARADA, NORBERTO LUCIANO P/ AMENAZAS, DAÑO SIMPLE Y DAÑO SIMPLE EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

La defensa de Norberto Luciano Bucca Parada interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.703, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de tres años de prisión en forma condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas, daño simple y daño simple en concurso real (art. 5, 45 y 149 bis párrafo primero, 183 y 55 del CP) en los autos n° P-53543/20 y acumulados.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de anterior instancia ha tenido acreditado que en febrero del año 2.020, entre las 15y 16 hs, Norberto Luciano Bucca Parada se encontraba en la vivienda de N.S.L.R., ubicada en calle Pueyrredón N° 2.016 de San Rafael, Provincia de Mendoza. En esa ocasión, cuando ambos estaban en la habitación de la víctima comenzaron a discutir, y en un momento dado Norberto Luciano Bucca Parada ejerció violencia física y psicológica en contra de N.S.L.R., la tomó del cuello arrojándola sobre la cama y se subió encima de ella, manifestándole «no te hagas la viva, sabés bien que si yo te meto una piña te mato».

De igual modo, consideró acreditado que el 18 de julio de 2.020, a las 23 hs aproximadamente, en el domicilio ubicado en Av. Hipólito Yrigoyen n° 1.407 de la ciudad de San Rafael, Luciano Bucca Parada, mediante la utilización de un elemento contundente –posiblemente con una baldosa o escombros–, provocó en el vehículo marca Peugeot, modelo 207, color blanco, dominio ISJ-670, de propiedad de N.S.L.R. –con quien había mantenido una relación de pareja en el marco de la cual el denunciado ejerció violencia física y psicológica–, la rotura del espejo retrovisor izquierdo, daños en dos ópticas delanteras, trizadura de parabrisas y rotura del vidrio trasero costado izquierdo.

Finalmente, el juez de la instancia previa entendió acreditado que el día 19 de julio de 2.020, en horas no determinadas, Norberto Luciano Bucca Parada se hizo presente en el domicilio ubicado en calle Ceferino Namuncurá 623 de San Rafael, perteneciente a J.Y.L.R. (hermana de su ex pareja), lugar en dónde se encontraba N.S.L.R. y mediante la utilización de materiales de combustión (ver informe de bomberos de fs. 163/165), y de manera intencional prendió fuego el vehículo Peugeot, modelo 207, de color blanco, dominio ISJ-670. Al advertir el siniestro N.S.L.R., junto con su hermana J.Y.L.R. y Matías Nicolás Giannone lograron sofocar el incendio que causó daños en el vehículo.

Para así decidir, el tribunal valoró las declaraciones testimoniales de N.S.L.R., J.Y.L.R., Carlos de los Ríos, María Eugenia Sosa, Matías Gianone, Florencia Azcarate, Roberto Cesario, Claudio Habijan, Sebastián Olmedo y Laura Cecilia Hidalgo, entre otros elementos probatorios.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El recurso de casación de la defensa se sustenta en el art. 474 inc. 2 del CPP.

Ello, por considerar que la sentencia adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

La defensa reconduce su reclamo respecto del monto de la pena impuesta que, a su criterio, evidencia un apartamiento de los principios de proporcionalidad, humanidad pro homine e in dubio pro reo; todos, a su criterio, aplicables a la interpretación de los arts. 40 y 41 del CP.

Esto, en razón de que el juez de la instancia previa se apartó considerablemente del mínimo de la escala penal correspondiente. En este orden, refiere que «el delito del art. 149 bis del C.P. en la modalidad impetrada en la acusación es la de Amenaza Simple la escala penal va desde los 15 días a los 2 años [sic] y para el delito de Daño art. 183 del C.P. en la modalidad impetrada en la acusación Daño Simple es la de 15 días a 1 año».

Expresa que el agravio radica en la errónea o excesiva interpretación del contenido del injusto penal en el hecho acaecido y culpabilidad del autor. Cuestiona que se ponderara como agravante «la propia amenaza, amenaza que es característica propia del tipo y que contiene mayor injusto por ser proferida a su pareja, ya que desprende el Sr. Juez que esta se sintió temor y se ha dejado entrever y por probado que “lo cree capa[z] de cualquier cosa”».

También critica que se considerara, en relación con el delito de daño ocasionado el 18 de julio de 2.020, un plus de injusto. Entiende, al respecto, que no existe en el tipo penal el plus de intencionalidad. En cuanto, al delito de daño al vehículo de N.S.L.R. producido el 19 de julio de 2.020, estima que el juez valoró cuestiones ajenas al tipo penal, no intimadas de acuerdo con el principio acusatorio.

En este sentido, refiere que no surge de las constancias de la causa el peligro considerado por el juez, a raíz del hecho, y que al acusado no se le imputó el delito de violación de domicilio, por lo que esta circunstancia tampoco debió ser valorada. Considera que en el caso concreto existen más elementos atenuantes que circunstancias que agravan la situación del acusado, que no fueron adecuadamente valoradas. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el Procurador aconseja el rechazo del remedio intentado.

Considera que no pueden prosperar los agravios expuestos por la defensa de Bucca Parada, en la medida que a la luz de los hechos perpetrados por el acusado y por los que resulta condenado y la fundamentación expuesta en la instancia anterior, el monto de la pena aplicado no aparece desproporcionado.

Estima, además, que no ha existido doble valoración al individualizar la pena, habida cuenta que el juzgador al momento de imponerla tuvo en cuenta el contexto de violencia de género de los hechos.

Esto, en un análisis global de toda la situación en consideración de la intimidación que sufría la víctima, la modalidad de ejecución de los delitos y los mensajes dañinos y perjudiciales que pretendían transmitirse con su accionar.

Agrega que en casos como el presente se debe asegurar la protección de la mujer, debiendo ser considerada la situación como pauta valorativa al determinarse el monto de la pena.

En función de lo expuesto, entiende que el juzgador ha aplicado en forma detallada y fundada los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP con un pormenorizado análisis.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, debe señalarse que los agravios recursivos se dirigen a cuestionar tan sólo la determinación de la pena impuesta a Norberto Luciano Bucca Parada, sin formular agravio concreto respecto de los hechos tenidos por acreditados.

Aun así, debe decirse que del análisis integral de la sentencia cuestionada no se advierte arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba ni error en la calificación legal atribuida a los hechos objeto del proceso.

De tal manera, aquellos aspectos no cuestionados en el acto impugnado devienen firmes.

Circunscripto al tratamiento de los agravios relativos a la determinación judicial de la pena, entiendo que se impone su rechazo, en tanto la fundamentación de la pena exhibe un minucioso análisis de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP.

En este orden, y de manera preliminar, debe señalarse que el juez de la instancia previa, para individualizar el monto de pena construyó sus argumentos conforme la postura doctrinaria que sugiere dividir la escala penal conforme el criterio de gravedad continua.

En este sentido, el juzgador consideró como circunstancias atenuantes que el acusado carecía de antecedentes computables, que había **reparado** los daños ocasionados en el vehículo de propiedad de la víctima, la inexistencia de episodios o incidentes posteriores a los hechos investigados y la vida que ha desarrollado –productiva en el seno de su familia como en la sociedad, en tanto había trabajado como un serio comerciante–.

Ahora bien, dicha valoración no fue efectuada con el alcance pretendido por la defensa, desde que al haber sido confrontadas aquellas circunstancias atenuantes con las agravantes, el juzgador ofreció las razones por las que consideró que la pena debía alejarse del mínimo de la escala correspondiente a los delitos concursados.

En este orden, el juzgador consideró que «la[s] amenazas que provocan la angustia de la víctima, precisamente informada en las pericias oficiales, resultan de mayor gravedad cuando se las formula hacia una persona a quien se debe mayor respeto y con quien se tienen mayores deberes de solidaridad e incluso de protección, por caso por resultar su pareja, que cuando se expresan a personas desconocidas. Tengo muy en cuenta en este sentido que la víctima expresó que tenía miedo porque lo “cree capaz de cualquier cosa”, es decir que no sólo teme por una futura agresión física, sino que, a pesar de mantener una relación de pareja, está convencida del poder agresivo del acusado.

Luego, en lugar de tener confianza en él, sentimiento que abriga toda pareja, el anuncio del mal la ha perturbado, máxime si la amenaza estuvo precedida de una agresión física, consistente en la toma del cuello de la mujer.

En resumidas palabras, el contenido de injusto de una amenaza proferida a una pareja es considerablemente mayor a la que se anuncia a persona con quien ningún vínculo se ha establecido; luego, la sanción no puede mantenerse dentro de los mínimos previstos en el art. 149 bis párrafo primero del Código Penal, sino en **el tercio superior de la escala»**.

Por otra parte, tuvo en consideración, en relación con los daños ocasionados al vehículo de N.S.L.R., que «[...] su valor económico, no despreciable por cierto, constituye apenas una arista de las circunstancias a considerar, pues la gravedad de los hechos dañinos se extiende al significado que tienen para la psiquis

de la víctima. En efecto, el desarrollo de violencia material sobre el automotor conforma tanto un ataque material como moral, pues se inicia en presencia de la víctima, justamente para que ella visualice un comportamiento que resulta intimidante para su psiquis. Aquí, más que el daño material lo que importa es el contenido del mensaje que emerge del comportamiento, que no es otro que la posibilidad de que ella misma sufra una agresión de naturaleza violenta. Se justifica así la propia percepción de la víctima relativa a que el autor es “capaz de cualquier cosa”, por caso dañar el vehículo a la vista de la propietaria e incluso de la sociedad. Es evidente en este sentido que la conducta dañosa del automotor también tiene un mensaje intimidatorio hacia la psiquis de la mujer».

En cuanto al daño ocasionado al vehículo a través del incendio provocado en su interior, estimó que ese comportamiento «también importa una conducta verdaderamente pluriofensiva de bienes jurídicos, que denota la total ausencia de límites del imputado en el desarrollo de conductas agresivas.

En efecto, es de conocimiento vulgar que la provocación de fuego en el interior de un automóvil puede provocar un peligro concreto para personas indeterminadas, al tiempo que puede resultar incontrolable en caso de que conduzca a una explosión del mismo.

Luego, si bien el hecho no fue caratulado bajo la figura de **incendio en grado de tentativa, conforme a los arts. 186 y 42 del Código Penal**, lo cierto es que la acción resulta **peligrosa** no sólo para la víctima sino para terceras personas.

En otras palabras: el método empleado para causar el daño al automotor no sólo afecta su materialidad sino también, lo que resulta más grave, constituye un peligro concreto para las personas presentes en el interior de la vivienda, a la que por otro lado el autor ingresó para iniciar el fuego, violando así un domicilio ajeno. En este orden el delito de daño tiene implicancias pluriofensivas, al haber afectado tanto la propiedad de la víctima como la intimidad del domicilio de su hermana [...]».

Al respecto, la defensa entiende que se valoraron circunstancias no contempladas por la ley e, incluso, algunas propias de los tipos penales, con lo cual sugiere la existencia de un supuesto de doble valoración. En particular, lo refiere respecto a las amenazas que se encontraron acreditadas y respecto del delito de daño ocasionado el día 18 de julio de 2020.

Lejos de valorar doblemente la misma circunstancia –para considerar acreditado el tipo penal correspondiente y al momento de la determinación de la pena– el juez de la instancia previa ponderó la intensidad del injusto configurada en el caso analizado.

Tales apreciaciones, ni las relacionadas con la acreditación del hecho, ni las respectivas a la determinación de la pena, nada tienen de arbitrarias pues, como ha dicho este Tribunal, es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho.

Así, por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse **el grado de violencia** utilizado (ver, al respecto, «**Córdoba, Jorge Antonio**», y su **doctrina**; «**Maldonado Quiroga**»; entre otros).

En este orden, y por un lado, en el supuesto de las amenazas consideró un injusto más intenso, por el mayor respeto que debía tener el acusado para con la víctima, en función de la existencia de deberes de protección y solidaridad –circunstancia expresamente prevista por el art. 41, inc. 2 del CP, cuando refiere a los vínculos personales y la calidad de las personas, con circunstancias para considerar–.

Por otro lado, respecto de los daños ocasionados, consideró una mayor intensidad del injusto por el mensaje intimidatorio que ellos implicaban respecto de la víctima, dado el contexto de violencia de género que rodeaba su realización.

En este aspecto, debe tenerse presente que el **art. 41, inc. 2 del CP prevé**, como pauta de individualización de la pena, la calidad de los motivos que determinaron a delinquir.

Tal como explicó el juez al momento de considerar acreditados los hechos, «[m]ás que un daño a la cosa la agresión del acusado constituye una verdadera advertencia hacia la mujer, y en este sentido no sólo estamos en presencia de hechos ejecutados en un marco de violencia patrimonial sino, especialmente, de violencia psíquica sobre la mujer en los términos previstos en la Ley 26485, pues las acciones no sólo afectan el valor material de sus pertenencias sino, en especial, su tranquilidad y libertad.

Son acciones violentas que se ejecutan para lograr el control de la mujer, a través de castigos desarrollados gradualmente para que acomode su conducta a los deseos del agresor.

Así, el contexto de violencia de género en el caso surge a mi juicio evidente, pues a través de acciones que el acusado presenta como inocuas respecto de la integridad física de la mujer, al mismo tiempo constituyen violencia psíquica tendiente a controlar su conducta tal como lo han advertido los peritos oficiales al concluir que “se observan indicadores de violencia de género” tales como “situaciones asimétricas y de desigualdad...sobre todo en conductas agresivas por parte del señor cuando ve peligrada la supremacía de la relación” (psiquiatra Claudio Habijan), y el padecimiento de “angustia, llanto fácil, ansiedad y miedo” hacia el hombre, a quien “cree capaz de cualquier cosa”, generándole una “percepción de peligro potencial” que ha provocado lo que describe como un “proceso de victimización” a través de un “vínculo de maltrato verbal y psicológico frecuente” (Licenciada Florencia Azcárate)».

A lo que agregó que «[...] [e]n el caso concreto las circunstancias tenidas en cuenta por la ley surgen patentes tal como lo advierten los peritos en cuanto a que la génesis de la violencia surge en los momentos en que la mujer decide interrumpir la relación, evento que el acusado lejos está de tolerar y, por tal razón, reacciona de manera violeta sobre la libertad de ella y sobre la materialidad de sus bienes». En el mismo sentido, y ya en el ámbito de la determinación de la pena, expresó que correspondía «[...] reparar además sobre la banalidad de los motivos que impulsaron al autor a delinquir, conformados por la intención deliberada de controlar la vida social de la víctima, castigada por el acusado por la simple conducta de mantener un contacto social público francamente inocuo para los sentimientos de una pareja razonable (por caso, sentarse en una confitería a dialogar)».

En otro orden, tampoco considero procedente el cuestionamiento vinculado con el temor referido por el juez por parte de la víctima respecto del acusado. Ello, por cuanto, el juez de la instancia anterior para tener por acreditado el hecho consideró no sólo «[...] la precisión de la declaración sino, también, el apoyo que su contenido tiene en la pericia psicológica practicada, de la que surge que para todos los peritos, incluso la profesional de parte, el discurso es creíble y carece de fines gananciales (puntos 6 y 8 respectivamente), sino también que lo ha expresado de manera acorde con el estado de anímico de temor que ha generado la recepción de la amenaza. Dicho estado se pudo advertir en varios pasajes de su declaración y fue a su turno confirmado por los peritos oficiales en sus testimonios».

En este orden, debe recordarse que esta Sala ha referido, en relación con la declaración de la víctima en casos de violencia de género que tal testimonio resulta de valor relevante, más aún cuando como en el presente caso, se encuentra corroborado por diversos elementos periféricos.

Por su parte, y en relación con el cuestionamiento vinculado con el delito de daño ocasionado el día 19 de julio de 2.020, tampoco se advierte arbitrariedad alguna por parte del juez de la instancia previa. En este sentido, resulta acertada la apreciación, como circunstancia agravante, de la provocación de fuego en el interior del vehículo como una acción peligrosa no sólo para la víctima sino para terceras personas.

Esto, de conformidad con el **art. 41, inc. 1 del CP que prevé como pauta a considerar el peligro causado por el comportamiento.**

La misma conclusión se extiende en relación con el cuestionamiento vinculado a que el juez consideró que el acusado ingresó al interior de la vivienda, para iniciar el fuego, con violación de un domicilio ajeno. Nuevamente, aquí lo que se ponderó es el grado de injusto, y las circunstancias de su realización y no sucesos o delitos no imputados.

En la plataforma fáctica, oportunamente atribuida al acusado, y luego considerada como acreditada, aquellas circunstancias estaban presentes por lo que, en consecuencia, fueron conocidas por el acusado y su defensa. De tal manera, no es procedente la pretensión de violación del principio contradictorio.

Por su parte, debe tenerse en cuenta que ni la provocación del fuego, ni la violación de domicilio, fue considerada con un delito autónomo a tener en cuenta, sino como una circunstancia propia de la naturaleza de la acción –art. 41, inc. 1 del CP–.

Con estas consideraciones formuladas entiendo haber demostrado que la sentencia resistida no exhibe falencias que conduzcan a su anulación sino que, por el contrario, entiendo que la pena impuesta en la instancia anterior se encuentra sólidamente fundada, de acuerdo con las circunstancias del caso, en particular el contexto de violencia de género en que ocurrieron los hechos, y de conformidad con lo dispuesto por los art. 40 y 41 del CP –especialmente, las referentes a la naturaleza de la acción, el peligro causado, los vínculos personales, y la calidad de los motivos y de las personas–.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Valerio. Preopinante

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Norberto Luciano Bucca Parada.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, 16 de mayo de 2023.-

8- HASI GARCIA. 17-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcHGJ.pdf

Lex: Art. 239, 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: VG. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Amenazas simples.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **diez meses de prisión en suspenso** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en concurso real con amenazas simples (arts. 239, 55 y 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 379, pronunciada por el JPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Lorente
- Cabañez
- Guajardo Seput: 03-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210903_FcGuajardo.pdf

Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi: 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Dr. Palermo

- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf

- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Mercado Orozco: 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06848007-2/1((028502-19017)) F C/ HASI GARCIA JORGE LEONEL P/ AMENAZAS (19017) (19017/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106098671*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06848007-2/1 caratulada “F. c/ H. G., J. L. P/ DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de J. L. H. G. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 379, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear, Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa N° P-19017/21, a la pena de diez meses de prisión en suspenso por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en concurso real con amenazas simples (arts. 239, 55 y 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[e]n la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza, para fecha 21 de febrero de 2021, siendo las 23:30 horas aproximadamente, en la vereda del Local Comercial que gira bajo la razón social de “...”, sito en ... dicha ciudad, J. L. H. G., desobedeciendo la prohibición de acercamiento y todo tipo de contacto hacia su ex pareja, C.B.R., debidamente ordenada y notificada por el Juzgado de Familia de General Alvear el 20 de octubre de 2018, en el marco de las actuaciones N° 26.493/18, se acercó a la misma y le manifestó que la iba hacer cagar y le hizo seña con las manos haciéndole entender que le iba a pegar».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de C.B.R., de la licenciada Johana Santarrosa, de A. J. C., de L. R., de M. B., de J. H. y de R. A. A., la copia simple de la notificación de la prohibición de acercamiento y todo tipo de contacto de J. L. H. G. respecto de C.B.R. dictado por el Juzgado de Familia de General Alvear en el marco del Expte. n° 26.493/18.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Estima que la sentencia no se ajusta a derecho ni a la situación fáctica-jurídica relatada, en tanto sostiene que se condenó al acusado solamente con la denuncia de la presunta víctima y el testimonio de su pareja, sin haber probado el delito y existiendo una orden de restricción recíproca.

Al respecto, manifiesta que del relato de la víctima y de los testigos surge que el acusado se encontraba en el lugar de los hechos, con sus amigos, cuando pasó por allí C.B.R., por lo que, según su entender, quien infringió la orden de prohibición de acercamiento hacia el acusado fue C.B.R. y no a la inversa.

Así, en cuanto a la declaración de los testigos, la defensa sostiene que: 1) la víctima manifestó que estaba paseando por el centro de General Alvear, cuando se paró en el local «...» y H. les hizo señas; 2) A. J. C. expresó que vio a H. parado con un amigo; 3) L. R. hizo referencia que C. llamó a H. provocándolo, que el acusado no hizo nada, que se quedaron en el cordón de la calle; 4) M. B. mencionó haber encontrado al acusado junto con sus amigos y que el que provocaba era C.; 5) J. H. refirió que le dijo a su hermano, el acusado, que hiciera la denuncia porque él llegó primero.

Asimismo, considera que el informe de la licenciada Johana Santarrosa adolece de imparcialidad, en tanto el acusado no tuvo la oportunidad de ser entrevistado para un correcto diagnóstico de su psicología conductual.

Por el contrario, argumenta que el acusado fue evaluado a través de las manifestaciones de C.B.R. y por ende la licenciada basó sus conclusiones en lo expresado por una presunta víctima que desgranó sobre al acusado innumerables acusaciones.

Por otra parte, la defensa considera que la sentencia es nula, en tanto en el punto c no se consignó el nombre del acusado J. L. H.G., sino el de otra persona, siendo esta S. D. R. H.. Luego, la defensa hace referencia que: 1) C.B.R. al realizar la denuncia no mencionó haber sufrido agresiones, ni haber realizado denuncias de violencia familiar, ni tampoco querer realizar acciones penales en tanto manifestó no estar lesionada; 2) se libró orden de aprehensión contra el acusado sin tener aún probados los hechos y solamente teniendo en cuenta la declaración de la pareja de la presunta víctima, quien estaba involucrado en los hechos; 3) al realizar el análisis de la causa y decidir la aprehensión del acusado, no se tuvo en cuenta que C.B.R. tenía dos denuncias por parte del acusado (exptes N° 2901/21 y N° 2975/21) por violencia de género en su contra.

Por último, cita un artículo en el que se plantea, entre otras cosas, que no existen instituciones que protegen al hombre cuando es víctima de una mujer violenta. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, estima que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Sostiene que el recurso gira en torno a desacreditar los dichos de la víctima e intentar demostrar que el acusado es quien sufría hechos de violencia por parte de quien fuera su pareja y que él se encontraba en el bar, no configurándose el delito de desobediencia.

En efecto, considera que el testimonio de la víctima fue apreciado en el marco del debate, contando el tribunal con los beneficios de la inmediación a los fines de su correcta valoración, habiéndose tenido en cuenta el resultado del examen realizado oportunamente y del que se desprendía la disfuncionalidad de larga data que existía en la pareja y la violencia psicológica y física que sufría la denunciante, como la posición de dominio y poder que ejercía el nombrado luego de la separación.

Al respecto, estima que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada está contradictoriamente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

En función de lo expuesto, estima que el recurso no debe prosperar y que debe convalidarse la sentencia cuestionada.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de realizarse la audiencia para que la defensa informara el recurso interpuesto, esa parte expuso sus argumentos, conforme los agravios expuestos en el apartado 1 y 2. Por su parte, el Ministerio Público Fiscal brindó las razones por la que consideró que debía rechazarse la impugnación de la defensa.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que, por los motivos que a continuación se exponen, no corresponde hacerle lugar. Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

De manera preliminar al análisis del recurso interpuesto, estimo relevante destacar, en atención al caso analizado, que este Tribunal se ha pronunciado sobre valoración probatoria con perspectiva de género en diversas oportunidades. En particular, en los precedentes **«Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»;** entre otros. Así, entiendo plenamente aplicables al caso las consideraciones allí expresadas, por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde, como se explicará, el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros referidos en aquellos precedentes al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En función de esas pautas es que analizaré las impugnaciones formuladas en la presente causa. En primer lugar, la defensa sostiene que el acusado no infringió la orden de prohibición de acercamiento, en tanto considera que del relato de la C.B.R. y los testigos surge que el acusado se encontraba en el lugar del hecho antes que llegara aquélla.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sostiene la defensa, estimo que asiste razón al juez de la instancia previa cuando consideró demostrado que J. L. H. G. increpó a C.B.R profiriendo amenazas y desobedeciendo con su accionar la prohibición de acercamiento que fue dictada por el Juzgado de Familia de General Alvear. Así, C.B.R. manifestó durante el debate que el día del hecho paseaba por el centro de la ciudad de General Alvear junto con A. J. C., cuando decidieron ingresar en el local «...». Luego llegó al lugar J. L. H. G. quien le hizo señas y entonces, ella junto con A. J. C. decidieron irse de lugar.

En ese momento, el acusado la tomó a ella del brazo y les gritó que los iba a matar y que a ella la iba «hacer cagar». Aclaró que estos dichos le generaron temor. Ante preguntas de la defensa, expresó que cuando llegó al lugar no había nadie.

En el mismo sentido, declaró A. J. C., quien expresó que el día de los hechos habían ido al centro de General Alvear con C.B.R. Agregó que fueron hasta el bar «...» y que se sentaron en la vereda. J. L. H. G. estaba parado con un amigo cerca de ellos y les empezó a gritar cosas y hacer señas. Cuando se cruzaron de vereda, el acusado se fue detrás de ellos, les empezó a gritar y le manifestó a C.B.R que la iba «hacer recagar», que la iba a «cagar matando». También expresó que cuando ellos llegaron al lugar J. L. H. G. no

estaba allí y que apareció aproximadamente a los 5 o 10 minutos. En este sentido, el sentenciante acertadamente consideró que, no existen fisuras en las declaraciones de C.B.R y su pareja A. J. C., tal como lo refirió la defensa, en tanto ambos testigos fueron contestes al momento de declarar que los hechos ocurrieron de la forma que fueron denunciados y luego en el debate volvieron a ratificarlo. Por otra parte, el juez también valoró las declaraciones de los testigos de descargo, L. R., M. B. y J. H., quienes manifestaron que J. L. H. G. llegó primero al lugar y que fue A. J. C. quien empezó a agredir a aquél. Sin embargo, el sentenciante explicó, a mi modo de ver acertadamente, la razón por la que los dichos de estos testigos no lograron desvirtuar la prueba de cargo. Al respecto, refirió que existieron contradicciones en cuanto al horario en que habría llegado el acusado al lugar del hecho.

Así, M. B. manifestó que llegó al bar junto a su esposo L. R. entre las 19hs. y las 20hs., mientras que este último afirmó haber llegado entre las 20:30hs. o las 21hs. Asimismo, M. B. expresó que el acusado llegó más tarde, como a las 20hs o las 21hs, sin embargo L. R. lo ubicó luego de las 21:30hs. De tal manera, el juez consideró que las declaraciones de estos testigos fueron vertidas con el fin de favorecer al acusado, por lo que las estimó gananciales.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el testimonio de C.B.R. fue corroborado por el informe de valoración de riesgo de violencia física y por la declaración de la licenciada Johana Santarrosa prestada durante el debate. De ello surge, que se detectó en la relación de la víctima con el acusado una modalidad vincular asimétrica, en la que el varón tenía una posición de superioridad con respecto a la mujer, relacionado con celos y conductas controladoras.

Por su parte, se observaron conductas de sometimiento y acomodación a modo de controlar conflictos y agresiones, tanto verbal como físicamente. Asimismo, violencia psicológica contra la mujer, consistente en obstaculización de relaciones sociales, control de horario, prohibiciones para acercarse a grupos y familiares, impedimento para desarrollarse laboralmente, en el tiempo que se encontraba en relación.

Específicamente, se refirió que luego de la separación de C.B.R. y el acusado, existió una conducta de acomodamiento, en donde la primero refirió que el denunciado nunca habría cumplido con la prohibición de acercamiento y habría realizado en diferentes momentos amenazas, insultos como también mandó mensajes para restablecer el vínculo.

En relación con la violencia física, se expresó que ella consistió en golpes de puño, cachetadas e intento de asfixia de J. L. H. G. hacia C.B.R.

Asimismo, la licenciada Santarrosa aludió a que la valoración del riesgo era alta, en tanto C.B.R. había realizado con anterioridad dos denuncias por golpes, la última vez había intentado asfixiarla y también existían agresiones físicas delante de los hijos.

Con respecto al relato de la víctima manifestó que éste era creíble, espontáneo, que no había presentado contradicciones, que fue coincidente tanto al momento de la evaluación de riesgo como en el examen, por lo que consideraba que no puede ser «armado» sino que era algo vivenciado, de su recuerdo. Por último, refirió que existía concomitancia emocional con lo que relató C.B.R. y que esta manifestó que le generaba un malestar significativo recordar los sucesos vivenciados.

De tal manera, consideró que la declaración de C.B.R. cumplía con los criterios de credibilidad. De lo antes referido surge que la situación de convivencia de la víctima con el acusado era de una clara violencia de género. Igualmente, se desprende del testimonio de R. A. A. que C.B.R. era maltratada y golpeada por el

acusado, en tanto manifestó haberla visto con moretones en el cuerpo. También refirió que el acusado era muy obsesivo, que siempre le hacía algún problema por algo y que no cumplía con los deberes de un buen esposo, como así tampoco como un buen padre que se preocupa por el bienestar de sus hijos, en tanto cuando la víctima fue intervenida quirúrgicamente la testigo la cuidó durante el posoperatorio, al igual que a sus hijos.

Este relato coincide con el relato de C.B.R., como así también por lo manifestado por la licenciada Johana Santarrosa, en tanto no solo existió violencia psicológica sino también existieron hechos de violencia física, incluso en presencia de los hijos.

En relación con la pretendida nulidad solicitada por defensa respecto a que en el punto c de los fundamentos de la sentencia se mencionó a otra persona, considero que no resulta procedente, en tanto resulta evidente que se trató de un error material, ya que a lo largo de los fundamentos se menciona al acusado, individualizando correctamente su nombre, este es J. L. H. G..

En este sentido, debe considerarse que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en materia de nulidades procesales, debe primar un criterio restrictivo de interpretación, es decir, que «sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público» (Fallos 325:1404, considerando 7º; y, en el mismo sentido, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

Este criterio ha sido también aplicado por esta Sala en diversos pronunciamientos, al resolver que no resulta admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes, lo que persigue un doble interés: por un lado, evitar el establecimiento de nulidades puramente formales; y, por otro, admitir solamente las que resulten idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese interés.

El interés debe consistir en un fin práctico, real y positivo, no pudiendo ser declarada la nulidad en el solo beneficio de la ley puesto que, declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal. Así, la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes (ver, en lo pertinente, LS 147-166, 307-184, y más recientemente, «Lorente», «Cabañez», «Guajardo Seput», entre muchos otros).

Por último, estimo que tampoco resulta procedente el agravio dirigido a cuestionar que el sentenciante no tuvo en cuenta que C.B.R. tenía dos denuncias (exptes N° 2901/21 y 2975/21) por violencia de género en su contra por parte del acusado, en tanto no explica cómo ese cuestionamiento permitiría en modo alguno desvincular al acusado como autor de la desobediencia y las amenazas, atento al sólido caudal probatorio que sostiene la acusación y que fue valorado debidamente por el juez de la instancia anterior.

Por otra parte, es importante resaltar que tales denuncias no resultan decisivas para descartar la autoría del acusado en el hecho investigado y, además, se advierte que no fueron ofrecidas como prueba, por lo

que no podrían ser valoradas por el sentenciante.

A partir de todo lo expuesto, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del sentenciante –la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional–, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado.

En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**Galdeano Reyes**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**» y «**González Sosa**», entre otros). ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Di Césare Meli**», «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. En función de lo expuesto, estimo que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por J. L. H. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

9- ABDO BADUI. 12-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 59 inc. 3, 62 y 67, 6° párrafo inc. b, c, d y e del CP y 353 inc. 4 del CPP. CEDAW. Art. 4, 3 inc. g), 10 inc. c) y 25 de la ley 26485; art. 30 de la ley 8008; art. 3 de la ley 8.653/2014, art. 7 de la Convención de Belém do Pará, art. 2 de CEDAW, Recomendación General n° 33 de la CEDAW.

Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. EPI. Informes. Pericias. Actos interruptivos. Prescripción.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión en ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y art. 4 de la ley 26485). Asimismo, se le impuso al acusado reglas de conducta bajo apercibimiento de ley, conforme lo dispuesto por el art. 27 bis del CP por el término de dos años, una prohibición de acercamiento a favor de A.M.R.S. y tratamiento psicológico con perspectiva de género.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 10588, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Actos interruptivos.

- Galfo Ramírez. 16-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf
- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Juri Suarez. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcJSD.pdf
- Abdo Badui. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>
- Di Cesare. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf

- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- Rodriguez, Manuel.
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- De Miguel Tortosa: 10-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210910_FcDMT.pdf

Informe.

- Quiroga
- Gatica Toledo
- Zubieta Duchén
- Di Garbo. 04-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf
- Mc Garry Bevan. 14-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf

b-CIDH

- Caso González y ot. Vs. México. Campo algodónero. 16-09-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. 19-05-14.
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=460&lang=es

Precedentes relacionados

- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Rivero Gutiérrez. 19-02-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=280>
- Ojeda Pérez. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

Parágrafos destacados

“...Además, en los casos «**Asatt Haltky**» y «**Galfo Ramírez**», por mayoría, se afirmó que por aplicación de la reforma dispuesta por la ley 8.829, el pedido del agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal, ya que «[...] no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia...”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06869646-6/1((018502-28580)) F C/ ABDO BADUI JOSE MANUEL P/ AMENAZAS (28580) (28580/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106118788*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06869646-6/1 caratulada "F. C/ A. B., J. M. P/ AMENAZAS (285809) (28580/19) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN".

La defensa del imputado J. M. A. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10.588 y sus fundamentos, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en cuanto lo condena a la pena de seis meses de prisión en ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y art. 4 de la ley 26.485; arts. 5, 26, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP; y arts. 415, 557, 560 y conc. del CPP) que se le atribuye en la causa N° P-28.580/19.

Asimismo, se le impuso al acusado reglas de conducta bajo apercibimiento de ley, conforme lo dispuesto por el art. 27 bis del CP por el término de dos años, una prohibición de acercamiento a favor de A.M.R.S. y tratamiento psicológico con perspectiva de género.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «el día 24 de abril de 2019, siendo las 18:00 hs. aproximadamente, J. M. A. B. se hizo presente en el domicilio de su ex pareja A.M.R.S. sito en calle [...] de Las Heras, y sin el consentimiento expreso ni presunto de esta última ingresó a la vivienda. Posteriormente la víctima se dirigió a la vereda para hablar por teléfono y pedir auxilio, siendo en ese momento que A. cerró la puerta de entrada, quedando aquella fuera del domicilio. Minutos después arribó al lugar el hermano de la Sra. A.M.R.S. en auxilio de la misma, y en el momento que J. M. A. B. se percató de su presencia manifestó desde el interior del domicilio «al puto de tu hermano que venga que lo voy a matar, te voy a matar», todo ello en un contexto de violencia de género» (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 06:50 hasta 07:45).

Para así decidir la sentenciante ponderó la declaración del acusado, el testimonio de A.M.R.S., la videograbación aportada por la defensa, las diversas declaraciones testimoniales, los informes psíquicos, así como las pruebas instrumentales incorporadas al debate (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 06:05).

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa invoca los dos incisos que contempla el art. 474 del CPP.

Peticiona se absuelva a A. B. por el delito de amenazas simples en contexto de género –punto II de la sentencia– y, en subsidio, se declare la prescripción de la acción penal por el delito atribuido al acusado – punto 4 del recurso de casación–.

El impugnante expresa que, tanto la fiscal como la jueza interviniente, mutaron la plataforma fáctica e introdujeron hechos nuevos respecto de los cuales no pudo ejercer el derecho de defensa, por lo que la sentencia es arbitraria, incongruente y contraria a derecho.

Afirma que los fundamentos de la sentencia son incongruentes para dar credibilidad al relato de A.M.R.S. en la denuncia, ya que ésta no ratificó ciertas palabras amenazantes.

En efecto, la defensa señala que en la denuncia A.M.R.S. sólo dijo que vio que el acusado sacó un cuchillo y lo guardó, y en la audiencia de debate no recordó que le hubiera dicho que iba a matarla a ella y a su hermano.

Agrega que la jueza no tuvo en cuenta el examen psicológico realizado a A.M.R.S. en fecha 17 de septiembre de 2020 por la Lic. Mathus –mediante nota interna n° 111598– en la que se expuso que a aquélla le cuesta ajustarse a pautas y límites externos y puede exagerar la realidad ante vivencia amenazante.

Expone que carece de total valor probatorio el informe emitido por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), al que le otorga trascendencia la juzgadora porque no fue controlado por la defensa.

Indica que existe contradicción en los fundamentos de la sentencia al otorgarle credibilidad a los hechos denunciados en cuanto al momento del hecho amenazante, porque modificó arbitrariamente el momento de los hechos al sostener que ocurrieron cuando la víctima se quedó fuera de la casa y llamó a la policía, porque según la declaración de fs. 4/7 y la imputación ocurrieron cuando llegó la policía y el hermano de A.M.R.S. ingresó al domicilio.

Cuestiona también la valoración efectuada a la testimonial de T. E., porque éste manifestó que su hermana le dijo que cuando llegó al domicilio A. B. sacó el cuchillo y le dijo que viniera y lo mataba. Señala que la sentenciante apoya la credibilidad del relato de la A.M.R.S. en episodios ocurridos en el baño, sin precisión de la fecha, para acreditar una relación de dominación de su asistido sobre A.M.R.S., respecto de los cuales no pudo ejercer el derecho de defensa.

Por último, en este ámbito, afirma que no se valoró la videograbación de los hechos realizada por el acusado en el momento del hecho del que no surge ninguna amenaza.

En otro orden, la defensa solicita la extinción de la acción penal conforme **arts. 59 inc. 3, 62 y 67 del CP y 353 inc. 4 del CPP**, porque conforme el art. 69 del CP el último hecho que interrumpe la prescripción de la acción es de fecha 25 de abril de 2019 (audiencia de acusación según documentos cargados en el LED). Relativo a ello, agrega que la juzgadora incurrió en error al considerar como acto interruptor de la prescripción de la acción el decreto que fijó fecha de debate de fecha 9 de noviembre de 2020 –según constancia del sistema LED– de la que infirió que la causa no estaba prescripta.

Afirma que según lo dispuesto por el art. 67 inc. d del CP corresponde tener en cuenta la fecha de la **audiencia de acusación**, porque el instituto de la prescripción debe interpretarse como un límite al poder

punitivo del Estado de derecho y limitarse temporalmente.

Agrega que la amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente, porque la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho que es más fundamental, como es la definición del proceso penal en plazo razonable.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General se pronuncia por el rechazo del recurso de casación planteado, en razón que la sentencia en crisis no adolece de arbitrariedad y las pruebas fueron valoradas dentro del sistema de la sana crítica racional.

En tal sentido, expone que se trata de un hecho ocurrido en contexto de género y por tanto rige el principio de amplitud probatoria, y que el hermano de A.M.R.S., si bien no fue un testigo presencial, ratificó los dichos de la víctima en relación a las amenazas vertidas por el acusado.

Afirma que la credibilidad del relato de A.M.R.S. fue corroborado por el examen psíquico que obra en la causa del cual surge que conservaba su juicio crítico, discriminaba las acciones valiosas y disvaliosas y era responsable de sus actos, aspectos que la defensa no tuvo en cuenta.

Sostiene que en situaciones de violencia de género es comprensible la tendencia a morigerar la situación procesal del acusado en la audiencia, por lo que hay que tener en cuenta que A.M.R.S. ratificó en el debate los hechos denunciados, lo cual fue debidamente explicado por la sentenciante.

En cuanto al informe del EPI indica que da cuenta de la relación disfuncional y asimétrica existente en la pareja y roles de dominación del varón y control mediante violencia psicológica, acusaciones de engaño, humillaciones, entre otros aspectos y que el examen arrojó un riesgo alto de violencia física.

Agrega que se trata de un informe y no de una pericia, que fue realizado por una dependencia especializada del Ministerio Público Fiscal que alude a un estado situacional o de cosas al momento del hecho y sobre el riesgo de violencia física, que no requiere notificación a la defensa porque no es una pericia y se realiza para la prevención de la integridad física y moral de la mujer.

Con respecto al examen psicológico realizado a A. B. esgrime que es compatible con el hecho imputado y rasgos de personalidad consignados en la misma. Indica que las videgrabaciones aportadas por el acusado sí fueron valorados por la jueza y que, en base a ello, A. B. fue absuelto por el delito de violación de domicilio.

Finalmente, y en cuanto al planteo de prescripción de la acción, entiende que el último acto interruptor se corresponde con la fijación de fecha para debate equivalente a la citación a juicio que existía en el proceso anterior (art. 364 del CPP, ley 6730) y que desapareció en el actual procedimiento correccional.

Agrega que, por ello, el día 9 de noviembre de 2020 debe considerarse como la fecha a tener en cuenta a aquellos fines, por lo que la acción penal no se encontraba prescripta al momento del dictado de la sentencia en fecha 4 de abril de 2022, por no haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc. 2 del CP.

4.- Audiencia de informe oral

En la audiencia oral para informar el recurso de casación, la defensa técnica del acusado solicitó la casación parcial de la sentencia citada –punto 2– y la prescripción del delito de amenazas simples en contexto de

violencia de género.

Expuso que el planteo de prescripción fue rechazado sin la debida fundamentación en la sentencia cuestionada, porque se señaló la fecha del decreto de fijación de fecha para debate –9 de noviembre de 2020– sin tenerse en cuenta que la defensa indicó como último acto interruptivo la audiencia de acusación de fecha 25 de abril de 2019 (ver registro audiovisual de fecha 30 de mayo de 2023, a partir del minuto 00:40).

Seguidamente, el recurrente expresó que la juzgadora no respetó el principio de congruencia, ni la correcta valoración de la prueba rendida en autos y dictó una sentencia arbitraria en violación al derecho de defensa, porque no logró probar con certeza la autoría de su asistido causándole un grave perjuicio.

Agregó que la sentenciante otorgó credibilidad al testimonio de la víctima, quien no ratificó en ningún momento la denuncia de fecha 24 de abril de 2019 en cuanto a la amenaza del acusado hacia ella o hacia su hermano, y que en la audiencia de debate manifestó que sólo recordaba que A. B. la insultaba mucho.

Afirmó que la jueza solo se basó en un informe del EPI que la defensa no pudo controlar y que no tuvo en cuenta la pericia realizada a la víctima por la Lic. Mathus (ver registro audiovisual de fecha 30 de mayo de 2023, a partir de minuto 07:21).

Posteriormente, la representante del Ministerio Público Fiscal expuso que debía rechazarse el planteo de prescripción, ya que el **último acto interruptivo de la prescripción fue el decreto del pedido de audiencia** de debate de fecha 9 de noviembre de 2020, según art. 67 inc. d del CP.

Asimismo, afirmó que los hechos se enmarcaron en contexto de violencia de género y que la juzgadora aplicó perspectiva de género y principios de amplitud probatoria y debida diligencia reforzada en la valoración del relato de la denunciante y del resto de las pruebas.

Agregó que la víctima ratificó y confirmó los hechos denunciados cuando se leyeron en la audiencia, y que fueron corroborados con la declaración de su hermano en el debate.

Afirmó que no se vulneró el principio de congruencia, que el informe del EPI es una herramienta de diagnóstico de riesgo para brindar protección y poder detectar el contexto de género, y que los videos aportados por la defensa solo mostraron un tramo del hecho que fue valorado por la jueza y en base a ellos absolvió al acusado del delito de violación de domicilio.

Solicitó el rechazo del recurso de casación (ver registro audiovisual de fecha 30 de mayo de 2023, a partir del minuto 15:00).

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa, y realizada la revisión de los agravios esgrimidos, de las pruebas recibidas en la audiencia y de las argumentaciones de la jueza de la instancia previa, anticipo opinión en el sentido que corresponde el rechazo de la impugnación.

Ello, en tanto los agravios no logran desvirtuar la validez de la sentencia cuestionada.

En razón que el hecho denunciado y la sanción impuesta a A. B. aconteció en contexto de género, procederé a la revisión del caso conforme estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal.

Sobre el particular, me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que destacué la importancia de

partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros).

También en el pronunciamiento en **pleno «Hisa»** hice referencia al estándar, punto de partida, del derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «**Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**» y «**Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**»; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y, al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

Conforme lo expuesto, procederé al análisis de la sentencia cuestionada y así resolver si contiene o no motivación válida y con perspectiva de género y se ajusta al derecho aplicable al caso. Veamos.

a-Valoración de la prueba.

a.- De una recapitulación de los cuestionamientos la valoración de la prueba efectuados por la defensa, advierto que ellos se enfocan en la credibilidad del testimonio de A.S. y en el momento del hecho amenazante acreditados en la sentencia impugnada, conforme la valoración efectuada de prueba instrumental, exámenes psíquicos, testimonios brindados en la audiencia y el video aportado por la defensa en la causa N° P-28.580/19.

Al respecto la juzgadora afirmó que las pruebas incorporadas en la audiencia debían valorarse según las reglas de la sana crítica racional (art. 206 del CPP), con perspectiva de género y amplitud probatoria (art. 16, ley 26.485), por tratarse de una causa en la que se investigó un hecho caratulado en un contexto de género, y por tanto, la ponderación del testimonio de A.M.R.S. lo realizó según jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia recaída, por ejemplo, en **los casos «Manuel Rodríguez» y «Galdeano Reyes»**, entre otros (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 12:19).

De tal manera, en relación con la meritación de los hechos denunciados por A.M.R.S. y de su declaración en la audiencia, la sentenciante expuso que: «si bien la señora, la testigo en un primer momento de esta causa comenzó siendo quizás un poco reticente con respecto a los hechos que se estaban investigando, se la notó angustiada, como que no quería hablar, luego a medida que se le fueron leyendo los distintos párrafos de la denuncia, fue ratificando los hechos que se habían denunciado, y esto entiendo que es importante, porque la señora estaba angustiada por esta situación [...]. Quería que esto ya se terminara, toda esta situación que ella estaba viviendo, obviamente que le ha causado una angustia importante, la

he visto afectada en su estado emocional y ese estado emocional [...]. Justamente los profesionales del EPI, del equipo interdisciplinario que la examinaron han dejado constancia de ese estado de angustia que tenía la señora al momento de ser examinada, y manifestó también de estas constancias los distintos episodios de violencia que ya había referido con respecto a la situación con su pareja» (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 10:50).

En cuanto al momento del hecho amenazante, en la sentencia se argumentó que A. B. ingresó al domicilio de A.M.R.S. para ir a buscar al hijo que tenían en común, discutieron en el living de la casa, estaban alterados, se dijeron muchas cosas y en un momento ella se asustó y salió afuera –a la vereda– y llamó a la policía.

Agregó que A.M.R.S. refirió que no recordaba episodios de violencia física, por lo que se procedió a dar lectura de las partes pertinentes de la denuncia y confirmó hechos denunciados.

La jueza de la instancia previa expresó que la primera versión de los hechos de A.M.R.S. vertida en la denuncia fue espontánea, y le otorgó credibilidad por tratarse de una mujer víctima de violencia de género que en el primer momento se presentó en la Fiscalía, manifestó lo que pasó y lo que sintió en ese primer momento.

Aclaró también que a esa primera versión de los hechos le atribuyó credibilidad porque con el transcurso del tiempo –más de dos años desde que realizó la denuncia– no pudo recordar detalles del suceso y manifestó que estaba cansada, se sentía muy angustiada y quería terminar con esa situación, además de haber sido corroborada su declaración con pruebas de la causa (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 16:50).

En relación con este segmento de la sentencia, advierto que según constancias del registro audiovisual de la audiencia de fecha 17 de noviembre de 2021, durante la declaración de A.M.R.S., en modalidad virtual, se encontraba A. B. presente con su imagen de la transmisión, por lo que A.M.R.S. declaró en un escenario judicial virtual condicionado por la presencia del acusado en un primer plano y la de su defensor, sin imagen de la Fiscalía que por problemas técnicos no pudo conectar la cámara, y sin patrocinio especializado en violencia por razones de género contra mujeres.

Así pues, en ese contexto judicial, A.M.R.S. expuso en respuesta a preguntas de la Fiscalía que fue pareja del acusado por más de diez años, que tuvo un hijo en común que a la fecha de los hechos estaba por cumplir cuatro años, que discutieron dentro del domicilio, en el living.

Reiteró que su ex pareja estaba alterada, gritaba, insultaba, se alteraron, discutieron y ella en un momento salió afuera, a la vereda, llamó a la policía y a su hermano T.A.E. que vivía cerca de su casa.

Agregó que volvió a ingresar a su domicilio con la policía, cuando A. B. le abrió la puerta (ver registro audiovisual de fecha 17 de noviembre de 2021, a partir de minuto 08:13 hasta 14:31).

Asimismo observo de los registros citados, que A.M.R.S. también manifestó visiblemente emocionada y con llanto: «quisiera olvidarme de todo, porque este último tiempo ha sido como yo sentir que estoy en una guerra con una persona que es el padre de mi hijo, y sinceramente no estoy en condiciones de seguir pasando por todas estas cosas, yo tengo un hijo con esta persona que tiene autismo y a mí esto me ha afectado bastante en cuanto a mi estabilidad emocional» (ver a partir del minuto 16:15).

Luego la Fiscalía solicitó autorización a la juzgadora y procedió a dar lectura de hechos puntuales consignados en el acta de denuncia relativos a las amenazas, y A.M.R.S. reiteró que el acusado estaba

«enojado, sacado», que antes de los hechos denunciados la maltrataba verbalmente, que era una persona desequilibrada que consumía alcohol y drogas, que la amenazaba por mensajes y WhatsApp, que estaba molesto porque ella salía con una persona después de la separación (ver a partir del minuto 20:25).

A continuación, la Fiscalía procedió a dar lectura al siguiente tramo de la denuncia: «también me ha pateado o empujado contra pared en muchas oportunidades.

En julio del año pasado o en agosto estábamos discutiendo en la casa tenía mi hijo en brazos y yo me quería ir de la casa y me quería quitar a mi hijo y yo lo tenía agarrado al nene, me empujó, me pateó, me metió al baño, él hacía fuerza desde afuera agarrando el picaporte para que yo no pudiera salir, eso duró unos veinte minutos», hechos de violencia que A.M.R.S. ratificó en la audiencia (ver a partir del minuto 29.28).

Posteriormente, A.M.R.S. reconoció otros hechos amenazantes denunciados y leídos por la fiscalía en la audiencia (ver a partir de minuto 30.37).

Sobre el particular, téngase presente que en el caso «Jofré» afirmé que la presencia virtual del acusado mientras declara la mujer denunciante acerca de hechos de violencia en contexto de género y familiar, se encuentra condicionada por la presencia del acusado en la audiencia, sobre todo si carece de patrocinio letrado especializado en violencia por razones de género, conforme lo dispuesto en el **art. 3 inciso g), art. 10 inciso c) y art. 25 de la ley 26.485; art. 30 de la ley 8.008; art. 3 de la ley 8.653/2014**, en concordancia con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, art. 2 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n° 33 de la **CEDAW**, entre otras normativas convencionales y constitucionales.

Además, sostuve en los **casos «González Sosa»** y en el mencionado precedente **«Jofré»**, que «[n]o debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género [...]. Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciantes al momento de recordar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad».

También expuse en los casos **«Alaniz Pineira»** y **«De Miguel Tortosa»** que operadores y operadoras del derecho, «[...] tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género. Para ello resulta necesario que el juzgador[a] comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos[as] los[as] operadores[as] del derecho para su efectiva aplicación».

En los precedentes jurisprudenciales citados, también he referido que en el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para juzgadores y juzgadoras

de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias».

Asimismo, en la jurisprudencia de esta Sala Segunda recaída en el caso «**Cruz Caporiccio**», se afirmó que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Sentado cuanto antecede, considero que en la sentencia se valoraron los hechos denunciados y la declaración de A.M.R.S. en la audiencia dentro de la sana crítica racional, estándares probatorios de mujeres víctimas de violencia por razones de género en el ámbito familiar y jurisprudencia reseñada.

En efecto, –reitero– A.M.R.S. declaró sobre hechos de violencia psicológica y física y amenazas padecidas por parte de su ex pareja en el ámbito doméstico, sin disponer de un patrocinio especializado, con imagen presente de su ex pareja, en un estado de angustia emocional que subrayó la juzgadora y con llanto visible registrado también en el soporte audiovisual mencionado.

En cuanto a la valoración de la declaración del testigo T.A.E. –hermano de A.M.R.S.– en la sentencia, la jueza afirmó que aquél corroboró la versión de los hechos denunciados con relación a las amenazas, en cuanto declaró que su hermana lo llamó diciéndole que el acusado estaba en su domicilio, que estaba en una crisis de nervios, que estaba llorando cuando llegó y aclaró que no fue testigo presencial sino que llegó después de acontecidos los hechos y lo que supo fue por lo que le manifestó A.M.R.S.

Argumentó también que el testigo declaró que su hermana le dijo que el acusado le manifestó: «decile a tu hermano que venga, que venga, que lo voy a matar», que hizo referencia a reiterados llamados telefónicos de A. B. a su hermana en el último tiempo, en los que había recibido amenazas hacia ella y al resto de la familia, y que si bien no presencié agresiones físicas, sí tomó conocimiento de maltratos, agresiones verbales, insultos, restricciones a que su hermana tuviera relaciones sociales (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto a partir del minuto 28:35).

En efecto, T.A.E., declaró en la audiencia de fecha 9 de diciembre de 2021 que vivía a doscientos metros de la casa de su hermana A.M.R.S., ese día recibió un llamado de su hermana, diciéndole que nuevamente estaba en su domicilio su ex pareja armando problemas, una situación reiterada en los últimos tiempos, que había entrado sin autorización y se quería llevar al niño (ver a partir del minuto 05:35).

Declaró el testigo que cuando llegó al domicilio vio a su hermana en una crisis de nervios, que el niño estaba llorando y que su ex pareja se encontraba dentro de la casa, quien iba por cualquier motivo o excusa, su hermana le comentó que ese día fue para llevarse el hijo, discutieron, que cuando A.M.R.S. lo llamó por teléfono el acusado tomó un cuchillo y le dijo que viniera, que lo iba a matar (ver a partir del minuto 07:51).

A pregunta de la Fiscalía, el testigo respondió que últimamente recibía llamados reiterados de su hermana diciéndole que su ex pareja estaba en el domicilio haciéndole problemas, que le mandaba mensajes

amenazantes hacia ella, el cuñado, a otra hermana, a amigos, que las amenazas las hacía personalmente presentándose en el domicilio o por mensajes y llamados telefónicos, «por todos los medios posibles» (ver a partir del minuto 10:48).

A pregunta de la Fiscalía, el testigo respondió que el día de los hechos denunciados A. B. le dijo a su hermana «decile que venga que lo voy a matar exhibiendo un cuchillo», y agregó que tomó conocimiento a raíz de la denuncia, que su hermana sufrió maltrato verbal e incluso físico, celos, desvalorización, desde que estuvo en pareja con el acusado durante diez años (ver a partir del minuto 16:01).

Atento lo expuesto, entiendo que la declaración del testigo mencionado también fue valorada en la sentencia según la sana crítica racional y en conjunto con el testimonio de A.M.R.S. por lo que el agravio tampoco puede admitirse.

En relación con el examen del acusado dispuesto a tenor del art. 97 del CPP, la juzgadora argumentó que del mismo surgió que era imputable y que, dadas las características de su personalidad, era importante a los fines de acreditar el contexto de violencia de género, la valoración conjunta del informe psíquico del EPI realizado a la denunciante.

Con respecto a este último, se consignó que profesionales del EPI, «[...] específicamente dan cuenta de esta relación disfuncional, esta relación asimétrica que existía en esta pareja [...].

Este vínculo asimétrico en el cual el varón ha adoptado un rol dominante y de control de la relación, dice que de la relación surge que esta pauta relacional estaba ligada en forma predominante a cualquier conducta o hechos de la examinada que no se ajustaban a las expectativas, deseos o a lo esperado por su pareja, ello daba lugar a interacciones compatibles con violencia psicológica. Los indicadores son restricciones a la participación social, acusaciones de engaño, insultos, descalificaciones, humillaciones, trato hostil y refiere comentarios intimidatorios y amenazantes asociados a producir la muerte. Y en este marco describe hechos de agresiones físicas consistentes en empujones, patadas, arrinconamiento, tirones de cabello y apretones de cuello».

También expuso la jueza en la sentencia en cuanto al informe del EPI que «[...] de las circunstancias actuales también surge que se encuentran separados desde hace cuatro meses, la examinada describe la conducta por parte del varón, hace referencia a los hostigamientos, a la intención de restablecer del vínculo, a presentarse en el domicilio de la examinada, de irrumpir en la misma, de llamados, mensajes, reclamos, recriminaciones, y que todo esto también se habría visto intensificado a partir de que él se había enterado de una relación que ella habría estado manteniendo y eso es justamente lo que dijo también la señora A. en la audiencia de debate con respecto a que esta agresividad que tenía el imputado se había enterado que ella tenía una relación con otra persona».

Asimismo, se subrayó la importancia del alto riesgo de violencia física grave detectado en el informe citado, como la historia de violencia psíquica y física en la pareja, celos, la insistencia por parte del varón en reestablecer el vínculo de pareja a pesar de la negativa de la mujer, comportamientos violentos y el consumo obsesivo de alcohol y cocaína en A. B., y «sistemáticos comentarios intimidatorios y amenazantes asociados a producir la mujer y percepción de la examinada de encontrarse en peligro de muerte» (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir de minuto 37:42 hasta 36:00; informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra las mujeres del EPI de fecha 25 de abril de 2019 agregado a fs. 46/47 del Expte. N° P28.580/19).

Afirmó también la juzgadora que lo informado por el EPI resultó a su vez concordante con lo que A.M.R.S. denunció en un primer momento y que reconoció en su declaración en la audiencia, cuando hizo mención a un episodio de violencia física que habría sucedido en el baño cuando se encontraba con su hijo en brazos.

De modo entonces que del informe psíquico del EPI surgió que A.M.R.S. tenía un historial de violencia psicológica y física con su pareja A. B., en una relación asimétrica y desigual de poder en la que el acusado adoptaba un rol de dominación y control sobre A.M.R.S., la que continuó incluso después de la separación de la pareja, porque A. B. con hostigamientos, recriminaciones, reclamos, celos, llamados telefónicos y mensajes insistía en restablecer la relación de pareja, a pesar de la negativa de A.M.R.S. que había comenzado a relacionarse con otra persona.

Los indicadores de violencia detectados en A.M.R.S., descritos y explicados en el informe psíquico valorado en la sentencia, se enmarcan en la definición, tipo y modalidad de violencia contra la mujer aplicable al caso establecida en los **arts. 4, 5 incs. 1 y 2 y art. 6 inc. a de la ley 26.485 y arts. 4, 5 incs. 1, 2 y 6 inc. a del Dec. Regl. 1011/2010**, que hacen referencia a la conceptualización de la «relación desigual de poder» (art. 4), a los tipos de violencia psicológica y física contra mujeres (art. 5 incs.1° y 2°) y al ámbito doméstico en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres (art. 6 inc. a), respectivamente.

De tal manera, que el cuestionamiento defensivo relativo a la ausencia de fundamentación en cuanto a la relación dominante desplegada por A. B. contra A.M.R.S. antes de los hechos denunciados –episodio sucedido en el baño– y después de la denuncia que acreditaron el contexto de género, no puede prosperar en razón que fue acreditada por el informe psíquico del EPI que arrojó un resultado de «riesgo alto de violencia física grave» en A.M.R.S. por los hechos de violencia padecidos por parte de A. B.. Ahora bien, la defensa también cuestiona el valor probatorio del informe psíquico del EPI atribuido en la sentencia, al no haber sido controlado en su realización por esa parte. Sobre el particular caben las siguientes consideraciones.

En primer lugar, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia se pronunció en los casos «F.Q.H.» y «**Zubieta Duchén**» acerca de la distinción entre la producción de prueba pericial y la elaboración de informes o exámenes técnicos.

Al respecto se sostuvo que en tanto «la pericia supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos que permitan avanzar en la generación de certeza –razón por la que el valor de un dictamen pericial deviene de su naturaleza valorativa y por la que el acusado y su defensa tienen derecho a controlar y contradecir las bases sobre las que se funde– en el **examen técnico** supone la constatación de cosas, personas y o lugares por parte del personal policial o de auxiliares especialistas sin realizar algún tipo de valoración –es decir, tiene un carácter de **tipo descriptivo** y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia-» (ver al respecto, «**Quiroga**», «**Gatica Toledo**», «**Zubieta Duchén**» y «**Di Garbo**»).

En segundo lugar, en cuanto al informe del EPI y un contexto de género, esta Sala Segunda sostuvo en el caso «C. Ch.» que el objetivo de dicho informe es «[...] adecuar la investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (ver ley 26.485, ver arts. 2, 3, 26 y 29) 22» (ver «**Mc Garry Bevan**», entre otros) [...] Así, el hecho de que

dicho informe se haya basado en datos obtenidos a través de una entrevista psicológica, es decir, en «conocimientos científicos» del psiquiatra [psicólogo y/o psicóloga] que intervino, no altera su naturaleza convirtiéndolo en un dictamen pericial, y en consecuencia, no pueden serle aplicables los recaudos que regulan la producción de las pericias.

A lo expuesto, entiendo oportuno aclarar en esta ocasión, que la valoración del riesgo de violencia física grave en la pareja y contra mujeres que realiza el EPI, se lleva a cabo inmediatamente de realizada la denuncia con el fin de evaluar el riesgo de violencia física contra mujer y poder disponer de medidas protectorias para hacer cesar las violencia de pareja contra mujeres y prevenirlas a futuro. Es decir, es un informe psíquico que evalúa el riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital contra mujeres, a través de un procedimiento de evaluación de riesgo de juicio clínico estructurado, técnicas administradas de entrevista psicológica forense semi-estructurada y guías de valoración de riesgo «Escala de predicción de violencia física grave en la pareja revisad (ERV-R), Spousal assault risk assessment guide (SARA)» –ver punto D del informe del EPI–. Este informe psíquico recaba la mayor información posible sobre diversas circunstancias por la que atraviesan las mujeres en situaciones de violencias y arroja un resultado de riesgo en una escala de alto, moderado o bajo, según los indicadores detectados y evaluados por el equipo profesional interdisciplinario dependiente de la Unidad Fiscal de Violencia de Género del Ministerio Público Fiscal.

Ello así, el informe de valoración de riesgo realizado a A.M.R.S. en fecha 25 de abril de 2019 –al día siguiente de la denuncia– evaluó diversas variables que se detallaron en el punto F y arrojó un resultado de riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «ALTO» – ver punto D–. Además, debe señalarse que el Juzgado de Familia interviniente dispuso en fecha 26 de abril de 2019 la prohibición de acercamiento de A. B. hacia A.M.R.S. a su residencia y a cualquier otro sitio al que habitualmente concurriera –ver fs. 70 y vta. Expte. P-28.580/19–.

Unido a lo anterior, advierto que el informe del EPI no sólo fue valorado por la juzgadora en forma particular, sino conjuntamente con la denuncia de fecha 24 de abril de 2019 agregada a fs. 04/07, con los hechos reconocidos por A.M.R.S. en la audiencia de debate, con el testimonio de T.A.E., con el informe psíquico realizado a A. B. en fecha 26 de abril de 2019 por el CMF y con el resto del material probatorio incorporado a la audiencia.

Con respecto al examen psíquico realizado a A. B. por el Cuerpo Médico Forense, la jueza en la sentencia refirió que aquel elemento se incorporó como prueba instrumental y destacó que en el informe respectivo se daba cuenta que el acusado presentaba una personalidad inmadura, con dificultad en el manejo de las frustraciones cuando las cosas no se daban según sus deseos, con dificultades de autocrítica, y proceder desajustado que colocaba su responsabilidad en el entorno (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 38:30 e informe psíquico agregado a fs. 74 y vta. Expte. N° 28.580/2019).

Asimismo, la Dra. Ana Cecilia Interlandi, médica psiquiatra del CMF –quien realizó el examen referido– declaró en la audiencia que una persona que tiene dificultades en manejar las frustraciones puede reaccionar de un modo desajustado, desadaptativo y puede utilizar la violencia (ver registro audiovisual de fecha 9 de diciembre de 2021, a partir de la hora 1:16:20).

En la sentencia, la jueza también valoró las declaraciones del progenitor del acusado, M. O. A., en cuanto expuso que vio el video que filmó su hijo en el que se veía que A.M.R.S. le abrió la puerta y le permitió el ingreso al domicilio para que fuera a buscar al hijo en común.

También consideró la jueza que el testigo expuso que el niño tenía T.E.A. y que tenía muy buena relación con A.M.R.S. quien le brindaba los cuidados debidos.

Aclaró la juzgadora que el testigo no aportó otra información relevante para la causa, ya que del video sólo se veía el ingreso de A. B. al domicilio y un móvil policial (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 25:40 y registro audiovisual de fecha 17 de noviembre de 2021, a partir del minuto 50:30).

Con respecto a la progenitora del acusado, E. S. B. N., se argumentó que la testigo hizo referencia a problemas que tenía la pareja, que el día de los hechos su hijo la llamó, que estaba el hermano de A.M.R.S. en el domicilio de ésta, y que vio el video en el que observó que A.S. le abrió la puerta a su hijo para que ingresara al domicilio (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir de minuto 32:40 y registro audiovisual de fecha 9 de diciembre de 2021, a partir del minuto 29:48).

Téngase presente también, a partir de la valoración de esta prueba, la jueza de la instancia previa absolvió al acusado del delito de violación de domicilio por el que también fue imputado en la presente causa. De tal manera, entiendo que no pueden prosperar los agravios de la defensa vinculados con la valoración de la prueba realizada por la jueza de la instancia anterior.

Ello, en tanto considero que no existe vicio alguno en las consideraciones realizadas por la jueza en relación con la acreditación de los hechos amenazantes denunciados a partir de la debida ponderación conjunta y con perspectiva de género de las pruebas instrumentales y testimoniales (ver registro audiovisual de fecha 4 de abril de 2022, a partir del minuto 39:12).

b- Prescripción. Actos interruptivos.

b.- En otro orden, la defensa solicita la extinción de la acción penal conforme **arts. 59 inc. 3, 62 y 67 del CP y 353 inc. 4 del CPP**, porque conforme el art. 69 del CP el último hecho que habría interrumpido el curso de la prescripción de la acción sería de fecha 25 de abril de 2019, al que individualiza como audiencia de acusación según documentos cargados en el LED.

Previo a todo, cabe aclarar que en la audiencia de fecha 4 de junio de 2019 la Fiscalía formuló acusación contra A. B., las partes no arribaron a ningún criterio de oportunidad y la juzgadora solicitó fecha de audiencia de debate.

En la audiencia fijada para debate en fecha 27 de noviembre de 2020, la defensa solicitó la suspensión o reprogramación de la audiencia de debate en razón que su asistido se encontraba en la provincia de Catamarca desde el mes de febrero o marzo y por la situación de pandemia por Covid-19 tuvo dificultades de traslado hacia la provincia de Mendoza, a lo que la juzgadora resolvió que tramitadas las medidas dispuestas en la audiencia a través de la OGAP se fijara nueva fecha de audiencia de debate según modalidad vigente en atención a la pandemia y restricción de traslado entre provincias existente.

Con respecto al instituto de la prescripción de la acción penal en el ámbito del procedimiento correccional, según jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia recaída en el caso **«Asatt Haltky»**, se sostuvo que la prescripción fue establecida en forma genérica en el CP, sin distinguirse determinados procesos y supeditada a las formas que establezca «la legislación procesal correspondiente» [**art. 67, sexto párrafo, inc. c) del CP**], teniendo en cuenta la coexistencia en el país de diversos sistemas procesales: mixtos y acusatorios, de primera y segunda generación.

En consecuencia, lo esencial de la disposición analizada es la finalidad del acto que se considera

interrumpitivo del curso de la prescripción, es decir, **la voluntad del Estado de ejercer o continuar ejerciendo la acción penal**, que puede ser instrumentada del modo que establezca la ley de forma de cada provincia, ya sea de un modo genérico para todos los procesos o bien de un modo específico para los procedimientos especiales que regule, tal como surge en el caso de la provincia de Mendoza.

Además, en los casos **«Asatt Haltky» y «Galfo Ramírez»**, por mayoría, se afirmó que por aplicación de la reforma dispuesta por la ley 8.829, el pedido del agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal, ya que «[...] no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia.

Tal es así, que en el requerimiento de decreto de citación y en la **solicitud de audiencia de acusación** deben observarse idénticos requisitos, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (**art. 417 quater**)».

De este modo, debe considerarse que esos actos son equivalentes y poseen la misma virtualidad interruptiva, de conformidad a lo establecido por el art. 67 sexto párrafo, inc. c) del Código Penal, con independencia del día en que efectivamente se fijó y se realizó dicha audiencia».

Asimismo, en el **caso «Galfo Ramírez»** se resolvió, por mayoría, que el último acto con entidad para interrumpir la prescripción se produjo durante la audiencia en que se rechazó el pedido de prescripción, se controlaron las pruebas presentadas por las partes, la juzgadora dispuso la radicación de los autos en la OGAP, se encomendó actualización de antecedentes del acusado y se fijó **«fecha oportunamente a los efectos de la realización de la audiencia de debate»**, según lo dispuesto por el art. 67 sexto párrafo inc. d) del C.P.

Ahora bien, de la compulsión de las presentes actuaciones observo que el primer acto interruptivo del curso de la prescripción es de fecha 25 de abril de 2019, en tanto se dispuso hacer conocer la imputación delictiva formulada en contra de A. B. y todos sus derechos conforme arts. 7, 271, 317 y conc. del CPP (fs. 45 Expte. N° 28.580/19) –art. 67, sexto párrafo, inc. b del CP–.

Por su parte, **el segundo acto interruptivo está constituido por el requerimiento o pedido de audiencia de acusación** de fecha 9 de mayo de 2019 (fs. 120/121 vta.) –art. 67, sexto párrafo, inc. c del CP–.

El tercer acto interruptivo resulta de la audiencia de acusación realizada el día 27 de noviembre de 2020 en que la jueza de la instancia previa ordenó a la OGAP se fijara **fecha para debate** (n° de orden 38 del Sistema LED) –art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP–.

Finalmente, el cuarto acto interruptivo es de fecha 4 de abril de 2022 en que se dictó la sentencia cuestionada –art. 67, sexto párrafo, inc. e del CP.

Como se advierte, entre cada uno de los actos procesales referidos no transcurrió un periodo de más de dos años– plazo máximo de prescripción para el delito de amenazas simples, previsto por el art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP, que le fuera intimado a A. B.– por lo que entiendo que el curso de la prescripción se ha interrumpido de tal modo que la acción penal continúa vigente.

Sentado cuanto antecede, me pronuncio por la confirmación de la sentencia y el rechazo del recurso de

casación. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DOCTOR OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Asimismo, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala sobre el deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos.

Así, me remito, en relación con ello, a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», entre otros.

En cuanto al planteo de la defensa, vinculado con la extinción de la acción penal, considero pertinente remitirme a mi voto en el precedente «**Galfo Ramírez**».

A partir de ello, y de acuerdo con la calificación legal de los hechos realizada, y lo dispuesto por el art. 62, inc. 2 del CP –todo de conformidad con la reseña de las actuaciones que se realiza en el voto preopinante– entiendo que la acción penal se encuentra vigente.

En función de ello, el agravio expuesto en este sentido debe ser desestimado.

Por lo expuesto, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. M. A. B.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro. Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2023.

10- TABOADA ALEMAN. 03-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par. FS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	N	474 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcTAE.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 2 del CPP. Ley 26485. CEDAW.

Vox: VG. Amenazas simples. Violencia de género. Absolución. Nulidad de la sentencia.

Summa:

El JPC absolvió al nombrado del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y ley 26.485, de conformidad con el art. 2 del CPP).

El MPF interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El Procurador General mantiene el recurso casatorio promovido por la Fiscalía.

La SCJM hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al JPC N° 1, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2405, pronunciada por el JPC N° 1- 4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Adaro

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi: 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Lago Prima.
- Rodríguez Vázquez.
- Tizza.
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Dr. Valerio.

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

Dr. Palermo

- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Di Cesare Melli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Mercado Orozco: 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

b- CIDH

- Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Precedentes relacionados

- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Paz Parra. 03-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=415>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

Doctrina citada

GIBERTI, E. Mujeres y violencias.1a.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico. 2017. pp. 221-223

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06956782-1/1((048501-132134)) "F.C/ TABOADA, EXEQUIEL P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO", P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106200867*

En Mendoza, a los tres días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06956782-1/1 caratulada "F. c / T. A., E. E. P/AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.405 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto absolvió a aquél, en la causa P- 132.134/21 del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y ley 26.485, de conformidad con el art. 2 del CPP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada absolvió a T. A. por los hechos contenidos en la acusación, según los cuales «[...] el día 7 de diciembre del año 2021, entre las 16 y 17 horas aproximadamente, el ciudadano E. T. A., policía en actividad, mientras se encontraba en el interior del domicilio que compartía con su pareja, la ciudadana N.R., sito en Barrio ..., provincia de Mendoza, le manifestó: «te voy a matar, te voy a meter en una bolsa y te voy a tirar al río», causando temor en la víctima. Posteriormente, [...] el día 19 de diciembre del año 2021, a la hora 11, el ciudadano T. llegó al domicilio mencionado ut supra, le revisó el celular propiedad de la Sra. N., la zamarreó y le manifestó: «sos una puta, hija de puta, malparida, te acostaste con mi amigo, agradecé que no te planto un tiro», causando temor en la víctima, destratos que eran habituales por parte del ciudadano E. T. siendo estos hechos presenciados por su hijo menor de 12 años A.V.T.». Estos hechos fueron oportunamente calificados como amenazas simples en contexto de violencia de género, dos hechos en concurso real por el art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto y 55 del CP y ley 26.485 (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, a partir del minuto 02:30 hasta 03.40).

Para así decidir, el juez de la instancia anterior meritó declaraciones de la denunciante y del acusado, testimoniales brindadas en la audiencia, pruebas instrumentales e informes psíquicos incorporados al debate (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 03:10).

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal (MPF) interpone recurso de casación según inc. 1 y 2 del

CPP, por entender que el juez de la instancia anterior valoró parcialmente y sin perspectiva de género la prueba incorporada al debate e interpretó erróneamente el derecho. Solicita se case la sentencia, se aplique la normativa constitucional y procesal correspondiente y se declare la nulidad de la misma con remisión de la causa al tribunal que corresponda. 2.1.- Cuestiones relacionadas con la valoración de las pruebas La recurrente afirma que el sentenciante absolvió por la duda al acusado al valorar parcialmente la prueba y sin perspectiva de género, con apoyo en la declaración de la denunciante R. N. brindada durante el debate, en la cual negó los hechos por encontrarse inmersa en el círculo de violencia de género donde es habitual la retractación, y no meritó hechos de violencias que surgen de las declaraciones anteriores y contenidos en el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI). Señala que el juzgador argumentó en forma contradictoria que los dichos del acusado serían atípicos, al afirmar que «de haber existido las mismas [amenazas], éstas se producen en un estado de violencia moral y ofuscación [...] lo cual a su criterio no reviste las exigencias previstas por el Art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP». En tal sentido, señala que el juzgador omitió ponderar debidamente las siguientes pruebas que obraban en la causa:

a.- El acta de procedimiento de fecha 19 de diciembre de 2021 de la que surge que a las 15:45 hs. aproximadamente, personal policial fue desplazado por el CEO al domicilio de Barrio ..., Mendoza, donde se estaría produciendo una discusión de pareja y entrevistaron a R.N. y a su pareja T. A.. Que R.N. manifestó que cuando su marido –T. A.– llegó del trabajo mantuvieron una discusión en presencia de sus hijos menores de edad y por este motivo ella se fue con los niños a la casa de su tía, que luego regresó para hablar con su pareja pero nuevamente comenzaron a discutir y como T. A. lo hacía a los gritos los vecinos llamaron a la policía, y que ella pidió no hablar delante de su marido. Agregó que T. A. manifestó que se desempeñaba como policía y al llegar del trabajo vio un mensaje de texto en el teléfono de su esposa que decía «bueno mi amor», y como habían tenido problemas de pareja comenzaron a discutir sin agresiones físicas.

b.- La denuncia de R.N. en sede policial en la que manifestó haber existido otros episodios de violencia con su pareja, quien rompía cosas de la casa para no golpearla a ella y solicitó expresamente medida de prohibición de acercamiento, le sacaron el arma reglamentaria porque era policía en actividad, a raíz de ello la culpaba y expuso tener «miedo porque está re loco», que era sumamente celoso con actitudes como «acercársele cuando llegaba del gimnasio para ver si tenía olor a hombre y respecto del día del hecho que se investiga menciona que ella estaba durmiendo cuando su marido la despertó zamarreándola y diciéndole «sos una puta, hija de puta, malparida, te acostaste con mi amigo [...] agradecé que no te planto un tiro». c.- La denunciante compareció espontáneamente y aportó su teléfono celular en el que figuraba una foto con el desorden que ocasionó T. A. el día de la discusión, y el audio que le envió a M. R. amenazándolo al considerar que mantenía una relación con la misma (fs. 26). d.- La declaración testimonial de R.N. en la que expuso que antes del día 19 de diciembre de 2021 hubieron otros hechos de violencia, ya que el día 7 de diciembre del mismo año le dijo frente a sus hijos menores de edad que «si la pillaba con un hombre, la iba a matar y la iba a meter adentro de una bolsa con cal y la iba a tirar al río». e.- La declaración testimonial de M. R. en la que manifestó que en el audio T. A. le decía que si se acercaba a la casa le iba a pegar un tiro, que mantenía una relación de amistad con la pareja desde antigua data porque era el padrino de uno de sus hijos, y que conocía los malos tratos que T. A. le prodigaba a R.N. por lo que tuvo que acudir en varias ocasiones a la casa para calmarlo – incluso a pedido de uno de sus hijos– que presencié un mal trato en que la denigró delante suyo y rompió cosas de la casa y le pidió que no la dejara

sola porque le tenía mucho miedo. f.- La declaración testimonial de A. B. –pareja de M. R.– quien manifestó haber tomado conocimiento de lo sucedido porque su pareja se lo contó y escuchó el audio que el acusado le había enviado. g.- La declaración de A. E. B. ratificada en la audiencia, vecina que llamó al 911, quien expuso que escuchó gritos y golpes y que R.N. le contó que T. A. era muy celoso y desde hacía bastante tiempo soportaba humillaciones, celos y malos tratos. h.- La declaración de R.N. en la audiencia de debate en cuanto expuso con énfasis que no realizó una denuncia con la auxiliar Paola Aldunate y ante el Ayudante Fiscal y desconoció la firma inserta en la misma, al tiempo que aclaró que el número de documento y el nombre que figura le pertenecían, a raíz de lo cual se ordenó un cotejo caligráfico. También declaró que si ella denunciaba a su marido le quitarían el arma o se quedaría sin trabajo. i.- La declaración en la audiencia de debate de la auxiliar Paola Aldunate, quien manifestó que ese día vio angustiada y enojada a R.N. por la situación que vivía, y en cuanto a la forma de tomar la declaración expuso que leía a medida que escribía y finalizada la hizo firmar en cada una de las hojas por R.N. j.- La declaración del Ayudante Fiscal Nicolás Muñoz en la audiencia, quien expresó que había hablado con la denunciante y le dijo que su denuncia se originó por una escena de celos por un mensaje que su marido vio y ratificó la presencia de R.N. en sede policial. k.- El informe de la División Documentología de Policía Científica, en cuanto concluyó que «es posible que las rúbricas mencionadas hayan sido realizadas mediante una maniobra de AUTOFALSIFICACIÓN por la Sra. R.N.». l.- La declaración en la audiencia de la oficial Belén Escudero Pérez, quien intervino en el procedimiento de fecha 19 de diciembre de 2021, en cuanto manifestó que el día del hecho fue desplazada por el CEO por un problema familiar, que la señora relató que había tenido un problema con su marido por un mensaje que había visto, que la llevó a una habitación para hablar más tranquila y le relató que su marido era muy celoso, la controlaba siempre, estaba cansada de los celos y que la controlaba permanentemente e iba a denunciar, como también, que la observó muy nerviosa y llorando. Señala la recurrente que la testigo expuso que R.N. manifestó que «no deseaba seguir hablando delante de su marido» –lo cual dejó en claro el temor que le causaba tal situación– y que al estar a solas con la oficial relató la situación que había vivido, que cuando su marido vio el mensaje «le había apuntado con el arma y le había dicho agradecé que no está cargada», y destacó que el acusado estaba vestido de policía y tenía el arma en su poder, la que le fue retenida por protocolo. m.- Los exámenes psíquicos realizados a R.N. por el EPI que informó sobre un importante indicador de vulnerabilidad, como es la escasa red familiar y socio-económica de contención, la existencia de hechos no denunciados, violencia física, psicológica, física y sexual, lo que arrojó un «RIESGO DE VIOLENCIA FÍSICA GRAVE ALTO». Señala que el referido informe se realizó en el mes de diciembre de 2021 y luego a pedido del juzgador se realizó una nueva evaluación en la que se consignó que R.N. no realizó el tratamiento psicológico sugerido y solicitó el levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento con intención de recomponer el vínculo con el acusado, lo que indicó que el riesgo vital seguía siendo ALTO, sumado a la gravedad de la presencia del arma de fuego en el contexto de intimidación lo que tornaba más vulnerable a la víctima. Indica también que la licenciada Salinas refirió en cuanto a características psicológicas de R.N., «[l]a presencia de mecanismos tales como negación, minimización y justificación se encuentran a la base de motivaciones para conductas de retractación. En este caso se detecta que están vinculadas al deseo de continuar el vínculo amoroso con el denunciado. Los mecanismos asociados a los procesos de retractación constituyen factores significativo de vulnerabilidad, ello restringe la capacidad personal de valorar situaciones de riesgo y de instrumentalizar conductas de autocuidado y protección así como de solicitar ayuda externa». Afirma que en dicho informe también se hizo referencia a situaciones violentas vividas con anterioridad por el fuerte control que T. A. ejercía sobre su persona, «presentando conductas tales como olerla cuando

ella volvía del gimnasio para determinar si tenía olor a sexo o a hombre». n.- El examen psíquico realizado a T. A. por el médico Profili, del que surgió que presentaba «una personalidad con predominio de rasgos obsesivos y un funcionamiento rígido y omnipotente con elevado monto de tensión interna. Por ello, puede resultar arbitrario y descalificante ante disidencias o desacuerdos», las que se asocian a los hechos denunciados en la primera oportunidad por R.N. y no lo relatado por ésta en la audiencia de debate, y destaca que el acusado es policía en actividad. o.- Expone que en los fundamentos de la sentencia se menciona que existe una incoherencia y contradicción que no es tal, entre el pedido de absolución por el beneficio de la duda del primer hecho atribuido en fecha 7 de diciembre de 2021 y el pedido de condena por el segundo hecho del día 19 del mismo mes y año, porque el MPF entendió que en el primer hecho existió orfandad probatoria. Afirma que se resolvió el caso en forma sesgada, sin perspectiva de género ni entender los distintos motivos por los cuales las víctimas de violencias se retractan como en el caso que puede explicarse a través del ciclo de violencia, en la etapa de reconciliación de la pareja en la que existe una promesa de cambio por parte del denunciado y la mujer lo cree; y que puede ocurrir que las mujeres se sientan culpables por obstruir el vínculo con los hijos en común o teman sufrir represalias, o que exista dependencia económica –como en el caso– o falta de alternativa que afectan la autonomía, o estar desamparadas que les impide tomar decisiones. Agrega que también influye en la desconfianza de las mujeres y las desalienta a continuar con el proceso penal, el desempeño de la administración de justicia al citarlas en reiteradas ocasiones a declarar y se les brinda poca información sobre el proceso penal y sus derechos.

2.2. Cuestiones relacionadas con la calificación legal Señala que como consecuencia de la valoración parcial y sin perspectiva de género de la prueba antes mencionada, el sentenciante no aplicó el art. 75 inc. 23 de la CN; el art. 7 inc. b de la Convención de Belém do Pará y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso J. vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre de 2012, párr. 350, que obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; el art. 19 de la CADH; el art. 24 del PIDCyP; los arts. 1 a 16 de la CEDAW; las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad; la ley 26.485; entre otras normativas. Al respecto expresa que la tutela efectiva debe ser garantizada a toda persona por imperativo constitucional/convencional, y en base a ello el derecho al acceso a la justicia gratuita, a la jurisdicción, el derecho al debido proceso, el acceso a una defensa técnica, el derecho a ser oído, el derecho a la prueba y al dictado de la sentencia correspondiente. Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la titular de la Fiscalía Correccional y de Instrucción N° 3 de la Unidad Fiscal de Valle de Uco contra la sentencia mencionada (arts. 470 y 482 del CPP).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal (MPF), una recapitulación de los agravios planteados indica que los cuestionamientos versan en la omisión de valorar con perspectiva de género pruebas de la causa e incorporadas al debate, de lo que derivó la aplicación errónea del principio in dubio pro reo y la absolución de T. A. del segundo hecho contenido en la acusación por el que solicitó condena.

De conformidad con ello, previo al análisis de los agravios expuestos en el punto 2, debe tenerse presente estándares internacionales en materia probatoria con perspectiva de género en el proceso penal

aplicables a hechos denunciados por mujeres en contexto de género y de familia, como acontece en el presente caso.

4.1.- Consideraciones preliminares

Esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en el **caso «Tizza»** afirmó que «[...] juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento.

Por esta razón nuestro país ha asumido el compromiso político, legislativo y constitucional de no reproducir, [sino] erradicar y sancionar las violencias contra las mujeres.

Constituye entonces un deber del sistema de justicia adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros. Ese deber surge de modo indiscutible de la normativa constitucional y legal nacional, así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos– (v. «**Zurita Ábrego**»).

En definitiva, en nuestro sistema jurídico, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencias en sus distintas manifestaciones, es necesario adoptar un punto de partida crítico, que ponga en evidencia que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación que reproducen la discriminación de las mujeres» (voto del doctor Palermo).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aclara que «la perspectiva de género es un método de análisis de la realidad que permite visibilizar la valoración social diferenciada de las personas en virtud del género asignado o asumido, y evidencia las relaciones desiguales de poder originadas en estas diferencias».

Agrega que «la perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y las personas LGBTI, ya que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres por razón de su género; erradicar la falsa premisa de la inferioridad de las mujeres a los hombres y visibilizar y abordar estereotipos y prejuicios que facilitan la discriminación por motivos de orientaciones y características sexuales, identidades de género diversas; lo anterior, en el contexto del sistema hetero-cis-patriarcal predominante en la región» (Comunicado de Prensa. La CIDH llama a los Estados de la región a aplicar el enfoque de género como herramienta para combatir la discriminación estructural en contra de las mujeres y personas LGBTI. OEA. 2021. 198. https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/19_8.asp).

En tal sentido, en el caso «Rodríguez Vázquez» hice referencia a anteriores precedentes, en los que señalé la importancia de partir del análisis de patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género y de los que mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimiento, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», «**Reyes Cortelezzi**», «**Di Césare**», «**Acuña**», entre otros).

En el precedente citado, también reseñé los estándares mencionados en el **pleno «Hisa»**, a saber: derecho a la igualdad y no discriminación que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22º

y aprobada por ley 23.179 (1985); estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «**Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**» y «**Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**»; estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

En cuanto a roles asignados a las mujeres y estereotipos, en el caso «**Scifo Ruffini**» mencioné la normativa convencional (art. 5 inc. a de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y art. 6 inc. b de la Convención de Belém do Pará) y legal (art. 2 inc. e del Dec. Regl. N° 1011/2010) relativa a los estereotipos de género, como también pronunciamientos de la Corte IDH al respecto.

Así, la Corte IDH se refirió a los estereotipos de género como «una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (Caso González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 401).

Esta jurisprudencia es reiterada y ampliada en el **Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C. No 307, párrafo 180, al afirmar «[...] que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes.

En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales».

En el mismo sentido se ha pronunciado en el **Caso López Soto y otros vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 235. En este último fallo agregé que «[l]os estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes» (párr. 236), y que prácticas estatales «[...] tendientes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvalorización de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos» (párr. 239).

A lo expuesto, destaco también que la Corte IDH en el «**Caso Manuela y otros vs. El Salvador**» – Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No 441, párr. 133– a lo afirmado en los anteriores precedentes, resaltó además «que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad».

En el ámbito nacional, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, «[...] establece criterios amplios en la interpretación de las pruebas, que si bien constituyen pautas generales, importan

un compromiso para juzgadores y juzgadas de valorar las pruebas con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática y análisis de las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrollan los hechos de violencias» (ver, al respecto, «**Alaniz Pineira**», «**De Miguel Tortosa**», «**Jofré**», entre otros).

Asimismo, esta Sala Segunda en el caso «**Cruz Caporiccio**», sostuvo que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia.

Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Unido a lo anterior, cabe recordar que en el caso «**González Sosa**», sostuve que en la valoración de la prueba con perspectiva de género, «[n]o debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciantes de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género [...]. Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciantes al momento de recordar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad».

De tal manera que la revisión de los cuestionamientos presentados por la representante del MPF y de las argumentaciones de la sentencia las realizaré según la sana crítica racional y los estándares que surgen de la normativa convencional, legal y jurisprudencial mencionada.

4.2.- Cuestiones relacionadas con la valoración de las pruebas

a.- En cuanto a los agravios mencionados en el punto 2.1 a, b, d y h, relativos a las declaraciones de R.N. contenidas en el acta de procedimiento de fecha 19 de diciembre de 2021, en la denuncia realizada en sede policial, en la declaración testimonial de fecha 21 de diciembre de 2021 y en la declaración en la audiencia de debate, encuentro que asiste razón a la recurrente en cuanto dichas pruebas no fueron valoradas por el juzgador dentro de la sana crítica racional y estándares en materia probatoria con perspectiva de género antes referidos. Paso a dar las razones.

La representante del MPF expone que R.N. denunció en sede policial que antes del hecho denunciado en fecha 7 de diciembre de 2021 existieron otros episodios de violencia, e incluso que el acusado rompía cosas de la casa para no golpear a R.N., por lo que ésta solicitó una medida de prohibición de acercamiento y le retuvieron el arma reglamentaria a T. A. porque era policía en actividad.

Agregó que también denunció que cuando llegaba del gimnasio su pareja se acercaba para oler si tenía «olor a hombre» porque era muy celoso y que le envió un audio a M. R. –quien era amigo de ambos– diciéndole que no se acercara a la casa porque le pegaría un tiro, lo que fue corroborado con la declaración testimonial del testigo R. en la audiencia y de la pareja de éste A. B..

Por su parte, el sentenciante argumentó que el incidente del día 19 de diciembre de 2021, se originó cuando el acusado «advirtió un mensaje inapropiado dirigido a su esposa de parte de un amigo suyo, el

Sr. M. R., también funcionario policial. La lectura del mensaje fue lo que ocasiona la discusión entre las partes y de acuerdo a los primeros dichos de la denunciante las amenazas en su contra. El asunto del sospechoso mensaje queda absolutamente demostrado no solo con el relato de la denunciante sino también con el del denunciado.

La primera, vale decir, la Sra. N., refiere que se trató de un error de parte del emisario quien al declarar en la sala de debate reconoce el hecho y aduce que todo se debió a una confusión y que su intención era enviarle este mensaje a su novia, la Sra. A. [...].

La denunciante generó muchos inconvenientes durante la audiencia, en primer lugar, se contradice con lo expresado ante funcionarios policiales y el Ministerio Fiscal al negar en forma parcial el contenido de su denuncia que glosa a fs. 05/07, como así también, argüir que las firmas insertadas en su denuncia de fs. 05/07 no le pertenecen. Esto generó que se practicara una pericia caligráfica a través de Policía Científica la que glosa a fs. 177/177 de autos» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2021, a partir del minuto 04:48).

En relación a la ponderación de las manifestaciones de R.N. en otro segmento de la sentencia se afirmó: «la denunciante agrega que no era su intención denunciar sino que todo se activa a través de un llamado al 911 formulado por una vecina, niega haber sido amenazada por el imputado y entre tantas cosas refiere lo siguiente: -y esto cuando declaró en la sala de debate-“yo no declaré todo eso, nunca dije lo de las calzas y de los celos, sí hubieron insultos, pero nada más, nunca me dijo agradecé que no te planto un tiro, me dijo que era una puta”, niega haber manifestado que lo creía capaz de dañarla porque estaba loco, solo fue una discusión de pareja» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2021, a partir del minuto 10:27). Concluyó el juzgador que el relato de R.N. era «confuso» porque «se desgran[a]ó al deponer ante el tribunal» (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 24:00).

De los segmentos de la sentencia caben las siguientes revisiones.

Por un lado, de las constancias audiovisuales de la audiencia de debate de fecha 17 de mayo de 2022, surge que el juez de la instancia previa hizo pasar a R.N. junto con todos los testigos presentes y les tomó juramento a todas las personas en el mismo momento, luego le pidió a R.N. que permaneciera en la sala y al resto de los testigos que esperaran afuera.

Seguidamente, sin ser R.N. informada sobre su derecho a declarar sin la presencia del acusado en la sala, ni estar representada con patrocinio letrado especializado en la materia –leyes 8008 y 8653– le indicó a las partes que la interrogaran (ver desde minuto 04:37 hasta 07:17).

A continuación, a preguntas de Fiscalía R.N. declaró que el día 19 de diciembre de 2021 mientras dormía llegó T. A., vio en su celular un mensaje de WhatsApp que por confusión M. le había enviado a su novia A. y discutió con ella porque le había sido infiel.

Expuso que le decía «dame una explicación, dame una explicación» y no la dejaba hablar, ella le decía que estaba sorprendida por ese mensaje y no tenía nada que ver, le dijo que no había sido infiel ni lo había engañado, trató de calmarlo y le explicaba que R. se había equivocado pero no quería escucharla porque «estaba en un momento de euforia».

Agregó que llamó a M. R. para que le explicara, quien trató de hacerlo pero T. A. no quería escuchar a nadie, hacían dieciséis años que se conocían y cuatro que nuevamente convivían porque estuvieron separados, que no quería denunciarlo y solo dio una declaración testimonial «porque si yo lo denuncié a

él, puede quedar sin trabajo, le sacan el arma, todo el protocolo que yo ya lo sé».

Manifestó que estaba muy nerviosa cuando declaró en la policía y no se acuerda de nada, salvo que le había llegado ese mensaje.

Posteriormente, manifestó que Paola Aldunate le tomó declaración, y si bien reconoció la letra con su nombre, apellido y documento de identidad en la denuncia que le fue exhibida, no reconoció su firma en la denuncia, por lo que se dispuso un cotejo caligráfico que concluyó que las rúbricas podrían haber sido realizadas por R.N. a través de una maniobra de autofalsificación de la misma.

A pregunta de la defensa declaró que T. A. era su marido porque en ningún momento inició el divorcio y que la intención de ella y del acusado era retornar como pareja (ver registro citado, a partir de minuto 07:20 y registro audiovisual de fecha 29 de junio de 2022, video I, a partir del minuto 01:03).

Asimismo, durante la audiencia, la Fiscalía dio lectura del siguiente pasaje de la denuncia, en la que R.N. expresó que «desde hace cuatro años me encuentro en pareja con E. T. con quien tengo un hijo en común de nombre A.T. de doce años y tengo dos hijas L.V. de ocho años y A.V. de seis años.

Desde hace cuatro meses E. comenzó a celarme, siempre me hostiga, me dice que me va a matar, si me pongo una calza o un vestido me cela, últimamente cuando llego del gimnasio no puedo bañarme, tengo que acostarme al lado de él, me huele para saber si tengo olor a hombre o sexo o perfume de hombre y después me puedo bañar, me amenazó, me dijo que si me ve con otro hombre [te voy] me va a matar, me va a meter en una bolsa y me va a tirar al río.

En fecha en que me encontraba durmiendo en la cama, él llega del trabajo, me revisa el teléfono que se encontraba arriba de la mesita de luz, encontró el mensaje de un amigo de nombre M. R. que decía “que lindo mi amor”, al ver el mensaje me zamarreó, yo me desperté asustada y empezó a insultarme, me decía “sos una puta, hija de puta, malparida, te acostaste con mi amigo, agradece que no te planto un tiro”».

A pregunta de Fiscalía si declaró el contenido de la denuncia a la que se dio lectura, respondió que no dijo que cuando se ponía calza él la celaba ni que le apuntó con el arma, sí manifestó que la insultó y «que no fue para tanto» (ver registro audiovisual de fecha 1 de agosto de 2022, video I, a partir del minuto 21:02).

Analizadas las argumentaciones de la sentencia referidas a la luz de la sana crítica racional y los estándares con perspectiva de género en materia probatoria reseñados en el punto anterior, advierto que se encuentran atravesadas por sesgos de género del juez de la instancia anterior, como consecuencia del proceso valorativo al no analizarlas con perspectiva de género, sino a partir de una posición centrada en el acusado.

Ello, derivó en la falta de ponderación del contexto de género y familiar en el que T. A. vertió las expresiones contenidas en la acusación, la relación desigual de poder por razones de género y por la condición de policía en actividad con disponibilidad de arma reglamentaria 9 mm, que colocaba a la denunciante en situación de mayor vulnerabilidad ante su pareja (art. 4 y conc. de la ley 26.485).

Unido a ello, la posición de desventaja procesal de R.N. frente al acusado en el proceso penal, al no haber tenido acceso al derecho de patrocinio letrado gratuito especializado en la materia –leyes 8008 y 8653, entre otras– (ver al respecto, «**González Sosa**»).

Pues bien, si las pruebas mencionadas son analizadas con perspectiva de género, será posible la comprensión y valoración de la retractación de R.N. al momento de declarar en la audiencia de debate. Al respecto, en el precedente «**Rodríguez Vázquez**», sostuve que mujeres con historial de violencias por

razones de género y en contexto familiar en busca de soluciones inician un proceso interactivo denominado ruta crítica por Sagot, en el que se presentan factores impulsores, inhibidores y precipitantes vinculados con sus situaciones personales, las acciones que emprenden y la respuesta institucional y social encontrada.

Asimismo, expuse –con cita de la experta argentina Eva Giberti– que hay que conocer las diversas variables que influyen en la retractación y no hay que tratar a las mujeres en forma hegemónica sino en sus diversidades.

En tal sentido, hice referencia a explicaciones de Giberti en cuanto a que «[e]n los historiales de violencia familiar, la persona que se retracta después de haber instalado la denuncia es la mujer. Esta retractación es un paradigma de la historia de esta índole de violencia.

Para estudiarla y evaluarla es preciso conocer la situación de la mujer, así como características básicas de su subjetividad y, sin que para ello sea preciso realizar un psicodiagnóstico, es posible llegar a considerar cuál sería la validez de dicha retractación [...] Las mujeres que se atreven a denunciar después de diez años de maltratos no equivalen a las que lo hacen ante el segundo episodio violento.

Existe una diferencia entre quien solicita ayuda coyunturalmente y quien lo hace después de muchos años, “acostumbrada” a no reconocerse como víctima, ajena a la idea de sometimiento. No sabe qué quiere decir esa palabra ni ese estado que le es propio, y supone que no solo es normal y natural, sino que todo depende de ella, ese sentirse así y aceptarse maltratada (Giberti, 2013), **(Giberti, E. Mujeres y violencias.1a.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico. 2017. pp. 221-223)»**.

A lo expuesto, cabe considerar también que en casos de investigación y juzgamiento de ilícitos penales ocurridos en el ámbito familiar y de violencia doméstica, en que equipos profesionales especialistas en la materia detectaron todos los tipos de violencias previstos en la ley 26.485 en la mujer denunciante (arts. 4, 5 y 6 ley 26.485) –como ocurrió en el presente caso en el informe del EPI de fs. 163/165– debe indagarse y probarse los motivos por los cuales después de realizada la denuncia penal la mujer denunciante presenta una manifestación de retractación en sede penal.

Ello, porque puede atravesar al momento de la retractación la fase de «luna de miel o amor arrepentido» en la dinámica del «ciclo de violencia» en la que se minimizan hechos graves de violencia denunciados y se peticiona el retiro de la denuncia para el recupero de la libertad de su ex pareja, y/o por temor a padecer nuevos actos de violencias como respuesta del denunciado por haber sido detenido por la denuncia penal y haber tomado la mujer la iniciativa de la ruptura de la pareja e incluso estar en pareja con otro hombre (cfr. Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres. Dirección General de Políticas de Género. Ministerio Público Fiscal. CABA. 2016, p. 16), (ver al respecto, «**Rodríguez Vázquez**»).

Sobre estos aspectos ampliaré en los puntos siguientes, en la revisión de las argumentaciones de la sentencia conforme agravios planteados por la representante del MPF. Sentado lo que antecede, considero que los agravios analizados deben ser admitidos sustancialmente. b.- En cuanto a los agravios relativos a la valoración de los testigos M. R y A. B. –punto 2.c y e– observo que el juez de la instancia previa también omitió ponderar pruebas relevantes de sus declaraciones. Veamos.

En primer término, el testigo A. M. R. declaró en la audiencia que conocía a T. A. de toda la vida, que estaba

de guardia porque era funcionario de la policía y recibió un mensaje de audio del acusado amenazándolo que le iba a pegar un tiro si se acercaba por su casa, el que le envió desde su teléfono particular y porque lo habría estado engañando con su mujer.

Agregó que estaba en pareja con A. B., que habían estado en una fiesta la noche anterior en Lavalle y como retornaba el día domingo a la guardia le envió un mensaje que decía «que lindo mi amor», el que por error no se lo mandó a A. sino a R.N. sin darse cuenta, porque a R.N. y a T. A. los tiene como contacto frecuente porque eran amigos.

A pregunta de fiscalía respondió que R.N. le dijo que tenía problemas con T. A. porque era celoso y venía nervioso, y que por ese motivo trató de distanciarse (registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2021, a partir del minuto 46:57).

Luego Fiscalía procedió a dar lectura de la declaración del testigo brindada en Fiscalía (fs.36/37), reconoció firma y ratificó su declaración en cuanto se leyó: «el vínculo que yo tengo con esa pareja es de hace mucho, más de un año y medio, que R. viene sufriendo este tipo de situaciones en la cual ella me manifestaba que no la dejara sola, que tenía muchos problemas con T., que ella tenía miedo de él, que no le dejaba plata para darle de comer a sus hijos» (ver registro audiovisual citado, a partir del minuto 57:25).

De tal manera, M. R. manifestó que el acusado en el audio le decía que si se acercaba a la casa le pegaría un tiro, que conocía malos tratos de aquél hacia R.N. y por este motivo R.N. le pidió que no la dejara sola.

A preguntas de la defensa, el testigo manifestó que se comunicaba por teléfono y no tenía contacto personal frecuente con R.N., quien lo llamaba para preguntarle si cobraban servicios y que en una ocasión que su hijo tuvo una crisis fue a su casa y él trató de calmarlo (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo, a partir del minuto 58:21).

Las pruebas referidas fueron omitidas en su análisis por el sentenciante, quien enfatizó desde una perspectiva androcéntrica que «el incidente se originó cuando el encartado advirtió un mensaje inapropiado dirigido a su esposa de parte de un amigo, el Sr. M. R.» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 04:48), quien «acorralado por la defensa oficial [...] reconoció mantener comunicación periódica con la denunciante, esto a espaldas del denunciado. Es atendible el sentimiento de doble traición que ha atrapado al imputado, por un lado creerse engañado por su esposa y en segundo lugar, por su gran amigo. Casos como éstos tenemos a diario y las consecuencias son muy diferentes, más agresivas, más hostiles, más severas» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 14:03).

De los segmentos de las argumentaciones de la sentencia, nuevamente advierto el recorte de aspectos relevantes de las manifestaciones del testigo M. R. –indicados por la recurrente– para privar de entidad a la expresión contenida en el hecho denunciado: «sos una puta, hija de puta, malparida, te acostaste con mi amigo, agradecé que no te planto un tiro».

Esto, como consecuencia de afirmar que el acusado «advierde» un mensaje «inapropiado» y «sospechoso» de WhatsApp que M. R. envió a R.N., al suponer el juzgador desde su íntima convicción una relación sexual entre M. R. y R.N., y por tanto, una infidelidad de R.N. hacia T. A. y una traición por parte de R., para justificar las expresiones de éste, sin meritar que según las declaraciones de M. R. y R.N. en la audiencia, el mensaje fue enviado por error a R.N. ya que la destinataria era A. B.. Unido a ello, conforme abordaré más adelante, el análisis de los exámenes psíquicos realizados a R.N. y a T. A. en el punto d, según las

conclusiones de los realizados a R.N., T. A. le ejercía violencia psicológica a R.N. –entre otros tipos de violencias– a través del control de su teléfono celular y de su persona.

Esto así, debe repararse en la deferencia que existe entre la acción de «controlar» y la de «advertir» un mensaje de WhatsApp en un teléfono celular ajeno, como denunció de R.N. y relató en las entrevistas ante la profesional del EPI.

En segundo término, en cuanto a la ponderación de la testigo A. B., la representante del MPF indica que manifestó que tuvo conocimiento de lo sucedido por medio de su pareja –M. R.– quien se lo contó y escuchó el audio que T. A. le había enviado (ver registro audiovisual de fecha 2 de junio de 2022, a partir del minuto 34:40).

Por su parte, el sentenciante afirmó que la testigo declaró y ratificó la hipótesis vertida por M. R. y que no continuó con su relación con el testigo porque le habría mentido (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 04:48).

En la audiencia, la testigo B., a pregunta de la defensa declaró, que M. R. le había comentado que era amigo de la familia de T. A. y de su esposa, a quienes ella no conocía, que solo sabía de la relación de amistad.

Agregó la testigo que se enviaba mensajes con frecuencia con M. R. que el día del hecho por la mañana se enviaron mensajes como lo hacían permanentemente y recordó que le envió un mensaje con un tema musical (registro audiovisual de fecha 2 de junio de 2022, a partir del minuto 41:55).

De acuerdo con ello, de las argumentaciones del segmento de la sentencia antes mencionadas, surge también sesgos de género del juzgador para restar validez probatoria a la declaración de B. en cuanto al objeto acusatorio y de juzgamiento consistente en las expresiones vertidas por el acusado el día 19 de diciembre de 2021, por lo que excede del mismo la referencia en la sentencia en cuanto al motivo por el que pudo interrumpirse la relación de pareja entre M. R. y B. a la fecha del debate.

Por tanto, de las declaraciones vertidas en la audiencia por R.N., M. R. y B., surgió que M. R. era amigo del acusado y de R.N., que a la fecha del hecho éste estaba en pareja con B., quienes se enviaban permanentemente mensajes, incluso el día 19 de diciembre de 2021. Por tanto, la destinataria del mensaje fue B., tal como manifestó R.N. y los testigos en las declaraciones aludidas.

Aún más, en la revisión del proceso valorativo del sentenciante, además de analizarlo a través de la sana crítica racional y jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte IDH antes reseñada, téngase presente que en el Caso Velásquez Paíz y otros vs. Guatemala citado, también se afirmó que «[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos.

Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

Es así que según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por

lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género» (párr. 170).

c.- En relación a los cuestionamientos vinculados con las declaraciones de la auxiliar Paola Aldunate, Ayudante Fiscal Nicolás Muñoz, oficial Belén Escudero Pérez y A. E. B. –punto 2. g, i, j y k– anticipo que también corresponde admitir los agravios por las razones que a continuación expondré.

En primer lugar, el sentenciante valoró la declaración de la auxiliar Paola Aldunate, y afirmó que la testigo refirió «recordar que la denunciante le manifestó que su pareja le habría dicho que la iba a tirar al río, destacándose que sobre estas amenazas fiscalía no mantuvo la acusación, pero por sobre el hecho ocurrido el día 19 de diciembre la funcionaria policial nada dijo» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 07:26).

La recurrente afirma que el juez de la instancia previa no valoró esta declaración con perspectiva de género al omitir considerar que la testigo expuso que el día del hecho vio a R.N. angustiada y enojada por la situación que vivía.

En efecto, en la audiencia la testigo Aldunate reconoció la firma inserta en el escrito de denuncia y declaró que R.N. llegó a la comisaría y manifestó que había tenido una situación con su pareja, que la vio angustiada y enojada por la situación que atravesaba, que la entrevistó y le tomó la denuncia.

Declaró que R.N. le manifestó que por un mensaje que su marido encontró en su celular comenzó la discusión y que su pareja le dijo que le iba a hacer daño y la iba a tirar al río.

Expuso que cuando recepcionó la denuncia le leyó a la denunciante lo que escribió y que R.N. firmó todas las hojas de la denuncia al pie de la página (ver registro audiovisual de fecha 1º de agosto de 2022, a partir del minuto 02:54).

En segundo lugar, en lo relativo a la declaración del Ayudante Fiscal Nicolás Muñoz, en la sentencia se argumentó que manifestó que R.N. «estampó la firma en la denuncia y no otra persona» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 07:26).

Por su parte, la recurrente cuestiona la valoración de la prueba testimonial porque el juez no ponderó que también declaró que R.N. le dijo que su denuncia se originó por una escena de celos por un mensaje que su marido vio en su celular (ver declaración de Nicolás Muñoz en registro audiovisual de fecha 1 de agosto de 2022, a partir del minuto 11:45).

En tercer lugar, la representante del MPF cuestiona la sentencia porque el juez de la instancia anterior no meritó la declaración en la audiencia de la oficial Belén Escudero Pérez, quien intervino en el procedimiento de fecha 19 de diciembre de 2021 y a quien R.N. le relató que había tenido un problema con su marido por un mensaje de texto, que era muy celoso, que siempre la controlaba, que estaba cansada de los celos y los controles que le hacía y que lo iba a denunciar.

Que también manifestó la testigo que vio a R.N. muy nerviosa y llorando, le dijo que no quería hablar delante de su marido y por ese motivo la oficial Escudero Pérez la llevó a una habitación para que pudiera hablar sin la presencia de T. A, y que R.N. también le relató que cuando su marido vio el mensaje «le había apuntado con un arma y le había dicho agradecé que no está cargada», motivo por el cual según el protocolo le retiraron el arma reglamentaria.

Al respecto, el juez de la instancia previa –con apoyo en las declaraciones de los funcionarios policiales

Cristian Solís y María del Valle Fernández que entrevistaron a R. N.– argumentó que R.N. manifestó no haber llamado a la policía, que había tenido una discusión con su pareja, y que el acusado tuvo una actitud colaborativa.

Enfatizó en este sentido que «es así que la sospecha primaria se comienza a desdibujar, toda vez que si bien existió una denuncia inicial en la cual la Sra. R.N. pone de manifestó haber sido amenazada por el imputado de autos, luego este relato se va desfigurando, toda vez que va minimizando y llenándose de contradicciones a punto tal que no tenemos certeza acerca de lo acontecido.

Si bien es sabido que una mujer en contexto de violencia de género suele minimizar la situación y acomodarse a las vivencias siempre aceptando promesas de cambio de parte de su agresor, también es cierto que esta no es una regla absoluta y en algunos casos resulta justo tener una mirada diferente o de excepción» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 12:05).

Cabe aclarar que el funcionario policial Cristian Solís intervino en el procedimiento consignado en el acta correspondiente con la oficial Belén Escudero Pérez, y no erróneamente como se consigna en la sentencia con María del Valle Fernández quien era la tía de R.N., declaración testimonial que omitió valorar lisa y llanamente, a pesar que fue quien entrevistó a R.N. inmediatamente de ocurrido el hecho.

Así pues, la testigo Escudero Pérez declaró que intervino en el procedimiento de fecha 19 de diciembre de 2021, desplazada por el CEO por un problema de pareja en el lugar, que R.N. con la presencia de su pareja le explicó que el problema había sido por un mensaje que había recibido, que se despertó cuando llegó de guardia T., leyó el mensaje y empezó la discusión, ella se fue a llevar los hijos a casa de su tía para que no presenciaran la discusión y continuó después la discusión por el mensaje.

Declaró la testigo que no podía entrevistarla porque estaba junto al acusado y se interrumpían, por lo que ingresó a la habitación con la R.N. para que pudiera hablar y entonces le dijo que era muy celoso, muy perseguido, que la controlaba mucho, le preguntó qué iba a hacer para llamar al Ayudante Fiscal y pasar la novedad y R.N. le dijo: «sí, yo voy a denunciar», que anteriormente habían tenido problemas también por celos porque era muy celoso y ese día en particular le dijo que ella estaba acostada y la había amenazado con el arma y le había dicho agradecé que no está cargada, tenía el arma en su poder, estaba uniformado y se iba a trabajar.

Agregó que el Ayudante Fiscal dio la orden del traslado de R.N. a la comisaría para radicar la denuncia y activar el protocolo con respecto al efectivo policial, que era la retención del arma y del chaleco hasta ese momento, y después que R.N. radicó la denuncia, se ordenó la detención. Aclaró la testigo que cuando llegaron al lugar estaban ellos dos solos, y reiteró: «ella estaba nerviosa, lloraba, al principio nos negaba todo y después lloraba en la habitación cuando estuvo conmigo, lloraba porque dice que estaba cansada de los celos de él, que la perseguía mucho, que cuando ella salía y volvía al domicilio la controlaba, le preguntaba dónde había estado» (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2021, a partir del minuto 37:31 hasta 43:10).

A pregunta de la defensa respondió que del servicio del 911 le informaron que R.N. había llamado a la policía, pero R.N. lo negó cuando llegaron al domicilio y estaba junto a su marido (minuto 44:18). Por su parte, Cristian Solís manifestó en la audiencia que intervino en el procedimiento con Escudero Pérez, que entrevistó a T. A. quien le dijo que era una discusión de pareja y R.N. le manifestó que iba a hablar en la comisaría, que estaba rara, nerviosa, y que por eso le pidió a su compañera que la entrevistara en privado, la vio pensativa, pues no quería hablar adelante del marido en la casa, R.N. le dijo que no quería hablar

en la casa sino en la comisaría. En la comisaría la hizo pasar a la oficina fiscal para que estuviera tranquila y hablara con libertad.

La novedad fue inconveniente familiar en el CEO (ver registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir del minuto 03:50).

En cuanto a la testigo María del Valle Fernández –tía de R.N.– debe señalarse que declaró que R.N. fue a su casa con sus hijos porque tuvo un problema con su marido, almorzó y después volvió a arreglar el problema a su casa. Llegó angustiada y por la discusión se fue a casa de la testigo, que han tenido discusiones como todo matrimonio.

Reconoció la firma de su declaración de fecha 22 de diciembre de 2021, se dio lectura y ratificó que declaró cuando se le preguntó si R.N. fue víctima de violencia de género que respondió: «sí, en varias oportunidades ella me contaba las discusiones que tenía, que vio mensajes de él con otras mujeres y ella lo perdonaba, ella siempre quiso a su familia, ella me ha contado que él la trataba muy mal».

Luego agregó la testigo que siempre han tenido discusiones como toda pareja, se peleaban y se abuenaban (ver registro audiovisual de fecha 27 de mayo de 2022, a partir del minuto 12:22). En cuarto lugar, la recurrente cuestiona la meritación de la declaración de A. E. B. de de fecha 21 de diciembre de 2021 ratificada en la audiencia, vecina de R.N. que llamó al 911 porque escuchó gritos y golpes y contó que R.N. le había expresado que T. A. era muy celoso y desde hacía bastante tiempo soportaba humillaciones, celos y malos tratos.

Al respecto, en la sentencia sólo se argumentó al ponderar la declaración de R.N. en la audiencia «que no era su intención denunciar sino que todo se activa a través de un llamado al 911 por una vecina» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 10:27).

Sin embargo, en la audiencia la testigo B. declaró que el día 19 de diciembre de 2021 llamó al 911 porque es vecina de T. y de R.N., vivía a dos o tres casas por la vereda de enfrente, escuchaba muchos gritos y golpes desde el domicilio, que al principio no le dio importancia, después salieron a la vereda sus hijos y le dijeron que escuchaban muchos ruidos y golpes y tomó la decisión de llamar al 911.

Agregó que trabajaba en arreglos de ropa y R.N. le llevaba ropa y le contó después del hecho lo sucedido: que su marido le había encontrado un mensaje, la había despertado, se había puesto nervioso y la amenazó con el arma, le dijo que era muy celoso, que la celaba siempre, que por todo la celaba, que siempre desconfiaba de ella, y que por eso tuvo que denunciarlo porque la amenazaba.

En respuesta a la defensa, expuso que era vecina desde hacía dos años y medio, y que estaba en el comedor con las ventanas abiertas cuando escuchó los gritos y golpes (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2021, a partir de la hora 01:05:23 hasta 01:07:58).

De tal modo, se advierte que nuevamente el juez de la instancia previa recortó las pruebas testimoniales mencionadas en aspectos relevantes para el juzgamiento del hecho motivo de acusación y excluir el análisis de la retractación de R.N. en el debate a la luz de los parámetros probatorios expuestos en el punto a y b.

Dicho lo anterior, la falta de aplicación de una perspectiva de género y la sana crítica racional por parte del juez de la instancia previa, impidió en el proceso valorativo de las pruebas vertido en la sentencia, la consideración de aspectos relevantes vinculados a la situación de hechos de violencia por la que atravesó R.N., antes y durante el día 19 de diciembre de 2021, respecto de los cuales declaró en sede policial y

Fiscalía en las presentes actuaciones, a los fines de analizar su relato en la audiencia de debate dentro de la conceptualización de retractación de mujeres víctimas de violencia familiar y por razones de género. d.-

Con respecto a la valoración de los exámenes psíquicos realizados a R. N. y a T. A. –punto 2.1 m y n– también se evidencia la falta de aplicación de una perspectiva de género en la sentencia de acuerdo a lo expuesto en el punto a de este apartado, por lo que corresponde admitir los cuestionamientos presentados por la recurrente.

Por un lado, al meritar el juez de la instancia previa el examen psíquico realizado a T. A. por el Cuerpo Médico Forense (CMF), argumentó: «la denuncia fue interpuesta en un momento complicado para ambas partes, denunciante y denunciado, el incidente se origina por un WhatsApp que remite M. R. –colega y amigo del imputado– a la Sra. N. quien es sorprendida en aparente infidelidad.

Esta denuncia fue lo suficientemente gravosa como para detener, indagar y someter a proceso al Sr. T. y como consecuencia de ello, se le inició un sumario administrativo que implica la quita de su arma reglamentaria y la no posibilidad de ascensos hasta que la causa penal y administrativa culminen. Todo el mecanismo de acción de parte de la justicia se llevó a cabo.

Se entrevistó a la denunciante, se practicó examen psicológico al encartado, del cual se destaca entre otras cosas lo siguiente: puede responder de manera hostil y poco tolerante ante presiones contextuales y ante la frustración. Ahora, teniendo en cuenta el contexto, funcionario policial que advierte una infidelidad supuesta antes detallada, puede haber actuado de manera mucho peor, esta hostilidad a la que refiere el informe del CMF se resume en un anuncio negativo según la denunciante que luego niega o en una simple discusión que luego refiere el imputado y el hijo de ambos» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir de minuto 16.39 hasta 18:02).

En cuanto al examen psíquico de T. A, que fue realizado por el médico Profili –psiquiatra del CMF– debe señalarse que Fiscalía dio lectura al informe que elaboró el profesional en fecha 20 de diciembre de 2021 según el cual T. A. «poseía una personalidad con predominio de rasgos obsesivos y un funcionamiento rígido y omnipotente con elevado monto de tensión interna».

Al respecto, aquel profesional declaró que en este caso lo que primó fueron los rasgos obsesivos, la rigidez, el automatismo, la rumiación, muchas veces son inflexibles y esto lleva a un bloqueo emocional, como por ejemplo, para resolver situaciones de conflicto que genera tensión interna, el omnipotente trata de controlar y manejar el contexto desde su lugar.

En el caso del policía, el rol social se empieza a hipertrofiar y la tensión la descarga a través de agravios, conductas descalificantes, sobre todo cuando el otro no piensa como él (ver registro audiovisual de fecha 3 de junio de 2022, a partir del minuto 03:20).

Conforme ello, el proceso valorativo del juzgador también se apartó de la sana crítica racional y estándares referidos, ya que a partir de su íntima convicción y sesgos de género interpretó parcialmente el informe de fecha 20 de diciembre de 2021 y las declaraciones del médico Profili en la audiencia.

Además, las características de personalidad del acusado informadas en relación con respuestas hostiles y poco tolerante ante presiones contextuales y la frustración, el juez las valoró sesgadamente en función de la circunstancia de haber sorprendido en aparente infidelidad a su pareja con su amigo, conducta que justificó sorprendentemente con la argumentación que al ser un policía en actividad podría haber reaccionado peor en ese contexto supuesto de infidelidad.

Por otra parte, el sentenciante continuó con la valoración de los exámenes psíquicos realizados a R.N. sin consideración a las pautas valorativas reseñadas y minimizó la validez probatoria de estas pruebas al recortar su contenido y no obstante afirmar que el riesgo detectado en R.N. fue «ALTO».

Al respecto argumentó: «la mecánica de este tipo de entrevista solo se nutre del relato de la denunciante, nada más, sin control alguno, lo que no resulta del todo objetivo. Este informe es de suma utilidad al inicio de la investigación pero cuando se van incorporando nuevas pruebas puede ser aceptado o por el contrario refutado total o parcialmente.

En este estadio procesal y a los fines pretendidos por el MPF, es decir, condenar al imputado resulta insuficiente un informe que determine que el riesgo es alto si el resto de la prueba no indica que el delito se ha perpetrado» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir de minuto 18.08 hasta 18:52).

En la audiencia de debate la licenciada Evangelina Salinas –profesional del EPI que entrevistó a R.N. y realizó los informes de fecha 21 de diciembre de 2021 y fecha 23 de marzo de 2022– declaró que había un vínculo disfuncional en la pareja de T. A y R.N., quien relató que por un mensaje que llegó a su celular T. A. la despertó y la amenazó con el arma y le manifestó que por estar los hijos no la mató.

Agregó que poco tiempo después se solicitó la misma evaluación sobre R.N. y por este motivo recordaba bien el caso, que se concluyó en las dos evaluaciones el mismo riesgo «ALTO», que no hubo modificación de los factores protectores, y que «sumado a esto, había mayor vulnerabilidad porque se podía observar los mecanismos de minimización, de justificación, de racionalizar los hechos y de decir que lo que había sucedido en un momento, [...] no recuerda si agarró el arma o amagó a agarrar el arma, había una retractación que es propia en la violencia de género y más si está inmersa en un ciclo de violencia».

Explicó la profesional que se «detectó violencia física, psicológica, sexual y ambiental, que es totalmente esperable la retractación por la dependencia afectiva como la económica, R.N. le manifestó su intención de levantar la prohibición de acercamiento para recomponer el vínculo, y que por eso lógicamente, comenzó a dar otro discurso dando una imagen distinta de la relación de la pareja».

A pregunta de la defensa declaró que en la segunda evaluación la examinada comenzó su relato diciendo que había solicitado levantar la prohibición de acercamiento porque su deseo era poder recomponer el vínculo, y en cuanto a la dependencia económica respecto del acusado refirió que R.N. trabajaba de moza cuyo ingreso no le alcanzaba (ver registro audiovisual de fecha 3 de junio de 2022, a partir del minuto 16:15).

Conforme lo informado y declarado por la licenciada Salinas en relación con indicadores de violencia detectados en R.N. que no fueron valorados en la sentencia, se enmarcan en la definición, tipo y modalidad de violencia contra la mujer establecida en los arts. 4, 5 inc. 1, 2, 3 y 4 y 6 inc. a de la ley 26.485 y arts. 4, 5 y 6 inc. a del Dec. Regl. 1011/2010, que hacen referencia a la conceptualización de la «relación desigual de poder» (art. 4), a los tipos de violencia psicológica, física, sexual y económica contra mujeres (art. 5 inc. 1, 2, 3 y 4) y al ámbito doméstico en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres (art. 6 inc. a), respectivamente Asimismo, repárese en cuanto a la validez probatoria de informes psíquicos del EPI, que esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en el caso «C. Ch.» sostuvo que el objetivo de dichos informes es «[...] adecuar la investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (ver ley 26.485, ver arts. 2, 3, 26 y 29».

En efecto, la valoración del riesgo de violencia física grave en la pareja y contra mujeres que realiza el EPI, se lleva a cabo inmediatamente de realizada la denuncia con el fin de evaluar el riesgo de violencia física contra mujer y poder disponer de medidas protectorias para hacer cesar la violencia de pareja contra mujeres y prevenirlas a futuro.

Es decir, es un informe psíquico que evalúa el riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital contra mujeres, a través de un procedimiento de evaluación de riesgo de juicio clínico estructurado, técnicas administradas de entrevista psicológica forense semi-estructurada y guías de valoración de riesgo «Escala de predicción de violencia física grave en la pareja revisad (ERV-R), Spousal assault risk assessment guide (SARA)». Este informe psíquico recaba la mayor información posible sobre diversas circunstancias por la que atraviesan las mujeres en situaciones de violencias y arroja un resultado de riesgo en una escala de alto, moderado o bajo, según los indicadores detectados y evaluados por el equipo profesional interdisciplinario dependiente de la Unidad Fiscal de Violencia de Género del Ministerio Público Fiscal.

Ello así, el informe de valoración de riesgo realizado a R.N. en fecha 21 de diciembre de 2021 –a dos días de la denuncia– evaluó diversas variables e indicadores de vulnerabilidad y arrojó un resultado de riesgo de violencia física grave y/o riesgo vital «ALTO».

Ahora bien, como señala la recurrente, además del informe del EPI citado, a pedido del juzgador se le realizó otra evaluación psíquica a R.N. en fecha 23 de marzo de 2022 que también indicó que el riesgo era «ALTO» por la presencia de arma de fuego y el contexto de vulnerabilidad de R.N. debido a la detección de violencia física, psicológica y sexual, escasa redes de contención familiar y socio-comunitaria y falta de recursos personales y socio-económicos.

Al respecto, cabe señalar también que en el segundo informe psíquico también se consignó que R.N. se encontraba embarazada al momento de la denuncia, que durante la convivencia de los últimos tres años hubo reiteradas separaciones de la pareja, no realizó tratamiento psicológico como se le sugirió, comenzó su discurso con la solicitud de levantar la prohibición de acercamiento para recomponer el vínculo, no existió modificación en factores de riesgo ni de protección de la misma, y la presencia de mecanismos de retractación a través de la minimización y negación y dar una imagen positiva de la relación y de su pareja, factores que aumentaron la vulnerabilidad de la examinada, sumado a la presencia de un arma de fuego.

Por tanto, los dos exámenes psíquicos realizados por el EPI a R.N. que arrojaron un riesgo de violencia física grave ALTO, la detección de un vínculo disfuncional de pareja en cuanto a la relación y comunicación con características asimétricas en donde T. A. se situaba en un lugar de dominación en detrimento de R.N. y violencias física, psicológica, sexual y ambiental, a través de actitudes posesivas, controles continuos, humillaciones, celos intensos, amenazas de muerte, entre otras manifestaciones de violencias, no sólo son prueba relevante al momento de disponer medidas preventivas de protección de derechos, sino también para valorar el contexto de género y la retractación de R.N. en la audiencia de debate.

No obstante ello, las pruebas analizadas fueron omitidas lisa y llanamente en su valoración por el juez de la instancia previa. Sumado a ello, tampoco la meritó con perspectiva de género la medida de prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Familia en contra de T. A y hacia R.N., en tanto su valoración estuvo enfocada en el acusado al afirmar que a partir del 19 de diciembre de 2021 hasta la fecha de la sentencia respetó la medida de prohibición de acercamiento (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir del minuto 19:51).

Con lo dicho, surge con claridad el reiterado apartamiento del razonamiento del juzgador de la sana crítica

racional y estándares probatorios con perspectiva de género y derechos humanos reseñados.

Ello, por estar impregnado de estereotipos de género en el que a partir de una supuesta infidelidad por parte de R.N. en la que el acusado la habría sorprendido al advertir un mensaje de WhatsApp de su amigo, descartó de plano la valoración del contexto de género en que T. A. vertió las expresiones hacia R.N. contenidas en la acusación y fue motivo de juzgamiento.

Por lo tanto, los agravios analizados deben admitirse.

e.- En cuanto al cuestionamiento referido a la incoherencia y contradicción entre el pedido de absolución por el hecho de fecha 7 de diciembre de 2021 y el hecho del día 19 de diciembre del mismo año –punto 2.o– también resulta procedente. Doy razones.

Por una parte, la representante del MPF denuncia una afirmación sesgada y sin perspectiva de género del juez de la instancia anterior, en razón que acusó y solicitó condena por el hecho de fecha 19 de diciembre de 2021 con sustento en las pruebas mencionadas y no por el hecho denunciado el día 7 de diciembre del mismo año.

Por otra parte, el sentenciante se pronunció por una «marcada incoherencia y contradicción entre el pedido de absolución por el beneficio de la duda por el hecho del día 7 de diciembre de 2021 y el pedido de condena por el hecho ocurrido aparentemente el día 19 de diciembre del mismo año», con la argumentación que se trataban de los mismos sujetos activos y pasivos, lugar y exámenes psíquicos.

En el hecho del 7 de diciembre de 2021 los mandatos fueron imperativos, pero en el del día 19 de diciembre del mismo año se contó con la prueba de descargo del hijo menor que manifestó en Cámara Gesell no haber escuchado que su padre amenazara a su madre, y la expresión contenida en la acusación sólo hizo referencia a insultos en un momento de ofuscación del acusado en que sorprendió a su esposa en una supuesta infidelidad que pudo tornarse más grave por ser policía en actividad y portar un arma de fuego 9 mm (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir de minuto 21:33).

En los segmentos de la sentencia mencionados, el juez de la instancia previa nuevamente desde una valoración sin perspectiva de género y alejada de la sana crítica racional le restó entidad a las expresiones vertidas por el acusado en fecha 19 de diciembre de 2021 al descontextualizarlas del enfoque de género, para concluir que T. A. sólo insultó a su esposa porque supuestamente le fue infiel al relacionarse sexualmente con su amigo, ya que la manifestación «agradecé que no te planto un tiro» no fue una amenaza «ni siquiera una advertencia» (ver registro audiovisual de fecha 17 de agosto de 2022, a partir de minuto 25:59).

Al respecto, téngase presente que lo determinante del sustento de la acusación de este hecho no es que en otro se pidiera la absolución, sino la debida valoración de la prueba que existe en esta causa. 4.3.- Cuestiones relacionadas con la calificación legal.

De conformidad con lo expuesto en el punto anterior, la aplicación del art. 2 del CPP deviene improcedente en atención al marco constitucional, convencional, legal y jurisprudencial mencionado y específicamente en lo relativo al principio del beneficio de la duda, en razón que el delito por el que fue acusado T. A. fue contextualizado en violencia por razones de género (ley 26.485).

Sobre el particular, he sostenido que desde una perspectiva procesal, si bien la aplicación del principio de la duda no es una regla de valoración probatoria sino de decisión, «su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia

por razones de género».

Es decir, debe ponderarse para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento- conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse (ver, al respecto, **«Ruiz Gutiérrez»**, **«Lago Prima»**, **«Rodríguez Vázquez»**).

También he referido en los precedentes citados, que el principio de la duda como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una externa referida al umbral de prueba que ha alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia, y otra interna o cualitativa orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Señalé además que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que procede a su operación como regla decisoria».

De ahí que afirmé en los **casos «Ruiz Gutiérrez» y «Rodríguez Vázquez»**, que una vez distinguidos los dos aspectos del principio analizado, no existe una adecuada aplicación del principio in dubio pro reo cuando «[...] la inyección de contenido que lo nutre en su aspectos interno se ha llevado adelante sin realizar una correcta materialización de la perspectiva de género en la valoración de los elementos de convicción reunidos en la causa [...] se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, y en especial el testimonio brindado por la víctima, con prescindencia de una mirada integral de la problemática (cara interna), incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la ley 26.485 [...] que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves precisos y concordantes (art. 31)».

Sentado cuanto antecede, entiendo que el juez de la instancia anterior al inaplicar la sana crítica racional y los estándares probatorios en materia de violencia de género, omitió ponderar pruebas y aspectos relevantes de otras en la fundamentación de la sentencia –como expuse anteriormente– lo que derivó en la interpretación y aplicación errónea del principio de la duda al soslayar en el abordaje jurídico la integración de conocimientos interdisciplinarios en la valoración del relato de la denunciante en contexto de género y demás elementos probatorios que constituyen indicios graves de la existencia del hecho atribuido en la acusación a T. A. a tenor de la ley penal y ley 26.485 (ver, al respecto, **«Ruiz Gutiérrez»**, **«Galdeano Reyes»**, **«Rodríguez Vázquez»**, entre otros).

4.3.- Conclusión

En suma, de acuerdo con lo expresado hasta el momento considero que el juez de la instancia anterior se apartó de la sana crítica racional y de estándares probatorios en materia de violencia contra mujeres en contexto de género y de familia, desde el inicio del debate y durante todo el proceso valorativo de las pruebas cuestionadas en el recurso de casación en revisión, de lo que derivó la errónea interpretación y aplicación del principio de la duda en el hecho por el que fue acusado T. A..

Aún más, de las constancias audiovisuales también se observa la actitud sin perspectiva de género del juez de la instancia anterior, cuando declaró el testigo M. R. y respondió a pregunta de la defensa, el juzgador se reía, incluso apoyó su cabeza sobre la mesa tapándosela a punto tal que cuando Fiscalía le preguntó si escuchaba no podía responder de la risa, después le preguntó a las partes si realmente hacían falta todos los testigos ofrecidos y les pidió que fueran concretos con las preguntas (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, a partir de hora 01:02:34).

Además, al anunciar jocosamente a la testigo F. – suegra del acusado– al tiempo que le advirtió a T. A. que jugaba con fuego y a la defensa le preguntó si estaba segura de presentar la testigo y le dijo que dios la ayude (ver registro audiovisual de fecha 17 de mayo de 2022, a partir de hora 01:11:17).

Con todo ello, no puedo soslayar que la conducción del presente proceso penal y la sentencia impugnada, en que se juzgaron hechos de violencia contra un funcionario de la policía en actividad, en uso de su arma reglamentaria 9 mm denunciado por su pareja, no fue realizado dentro de prácticas judiciales con perspectiva de género que deben aplicar operadores y operadoras de justicia, tanto en virtud de parámetros en materia de derechos humanos de mujeres víctimas de violencia por razones de género en el ámbito familiar, como en materia de capacitación judicial según lo dispuesto por ley 27.449.

Asimismo, el Poder Judicial publica en el portal oficial documentos sobre buenas prácticas de los/as operadores/as del Poder Judicial respecto de la comunicación y del lenguaje con perspectiva de género, elaborado por la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia (<http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechoshumanos/buenas-practicas-judiciales>).

Finalmente, cabe tener presente que el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA) – elaborado por la Oficina de la Mujer (OM) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en colaboración con los Poderes Judiciales de las provincias argentinas– informó, entre otros datos, que al menos veintidós de las doscientas treinta y una víctimas directas de femicidio tenían medidas de protección vigentes al momento del hecho, el 62 % de los sujetos activos era la pareja o ex pareja de la mujer y en el 39% de los casos eran parejas convivientes (<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>).

De modo entonces que investigar y juzgar con perspectiva de derechos humanos y de género, es también contribuir con la prevención y eliminación de violencias contra mujeres por razones de género en el ámbito familiar. Por consiguiente, la existencia de los vicios graves señalados en la motivación de la sentencia en crisis conlleva la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP en concordancia con estándares mencionados y la declaración de nulidad de la resolución casada.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «Ojeda Pérez», «Merlo Lassa», «Mejía Salvador», «Calderón Polo», «Cruz Caporiccio», «Quiroga Morales», «Vázquez Tumbarello», «Montenegro Fisigaro», entre otros, por resultar aplicable en el presente caso. De acuerdo con ello, estimo que corresponde responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto, comparto con mi distinguido colega preopinante la solución según la cual la impugnación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal debe prosperar.

En relación con el deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala. Particularmente, a lo expresado en los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Césare Meli**», «**Zurita**», entre otros.

En función de lo expuesto, considero que debe ser respondida de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la sentencia n° 2.405 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la sentencia n° 2.405 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

11- BIZAGUIRRE. 12-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI.	-	-	PCE IAP	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230712_FcBMJ.pdf

Lex: Art. 144 ter, inc. 1° en función del art. 45 del CP.

Vox: Tortura. Tortura psicológica. Funcionario público. Coautoría. Plazo razonable.

Summa:

El TPC condenó a los señalados la pena de **diez años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua** tras declararlos coautores del delito de torturas (art. 144 ter, inc. 1 en función del art. 45 del CP).

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP) Los defensores de Perón González, por un lado; de Quero Rey y Arredondo Ahumada, por otro; y de Bizaguirre, Núñez y D'Ambrosio, por otro.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de D. Perón González; por la defensa de E. Y. Quero y J. Arredondo Ahumada y por la defensa de J. Bizaguirre, G. Núñez y L. D' Ambrossio.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 895, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Hemsy
- Ochoa Rosales
- Orozco

Doctrina citada

Corte IDH, «Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos», Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; párr. 27
D'ALESSIO, A. -director DIVITO, Mauro –coordinador-, Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II, Parte Especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 435

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Llorente.

Fallo:

CUIJ: 13-04962996-0/1((018601-8552)) FC/ BIZAGUIRRE MORENO JONATHAN E., PERON GONZALEZ DANIEL A., NUÑEZ ACIAR GERMAN O., ARREDONDO AHUMADA JOSE Y OTROS P/ TORTURAS (8552) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105133043*

En Mendoza, a los doce días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04962996-0/1 caratulada “F. C/ BIZAGUIRRE MORENO, JONATHAN Y OTS. P/ TORTURAS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, los defensores de Daniel Perón González, por un lado; de Edgardo Yoel Quero Rey y José Alejandro Arredondo Ahumada, por otro; y de Jonathan Bizaguirre, Germán Núñez y Luis D’Ambrosio, por otro, interponen recursos de casación contra la sentencia N° 895 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en los autos N° P-8.552/11, mediante la que se los condenó a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua tras declararlos coautores del delito de torturas (art. 144 ter, inc. 1 en función del art. 45 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERO: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal resolvió del modo precedentemente señalado tras tener por acreditado que «[e]l 07 de junio de 2010, a partir aproximadamente de las cero horas con cuarenta y siete minutos y durante aproximadamente una hora, en el interior del módulo cinco, sector A del Complejo II San Felipe del Servicio Penitenciario Provincial de Mendoza, los agentes penitenciarios Germán Orlando Núñez Aciar, Luis Alejandro D’Ambrosio Orozco, José Alejandro Arredondo Ahumada, Jonathan Edgardo Bizaguirre Moreno, Edgardo Yoel Quero Rey y Daniel Adrián Perón González, con cumplimiento de funciones en ese Complejo, sometieron a maltratos físicos y psíquicos al interno William Walter Vargas, privado de su libertad, para torturarlo. Es así, que mientras la víctima se encontraba arrodillada en el piso, con sus brazos esposados sobres su espalda e incluso atado a una ventana, los agentes Germán Orlando Nuñez y Jonathan Edgardo Bizaguirre, sostuvieron y golpearon a la víctima. Asimismo, el interno, mientras era sostenido por los arriba nombrados, fue pateado y golpeado por el Sub-Oficial Ayudante José Arredondo y Edgardo Yoel Quero Rey. Por su parte, el agente Daniel Adrián Perón fue quien mediante la utilización de su teléfono celular filmó toda la situación antes descripta, como así también golpeó al interno mencionado. A su vez, el suceso criminoso investigado, fue presenciado en su totalidad por Luis Alejandro D’Ambrosio quien también golpeó al interno. Finalmente, todos los arriba nombrados, utilizando como objeto de diversión al interno esposado, se burlaron del mismo manifestando las siguientes expresiones: “... se le ve el pote!!! la ratita

que boconeaba al personal ... está atado como un perro... salta violeta... salta violeta... el bocón de los milicos... por favor pidió?» (conf. fundamentos, fs. 4422 vta./4423).

Para así decidir el tribunal valoró numerosa prueba, detallada a fs. 4421/4422 vta. de autos, a la que corresponde remitir en honor a la brevedad.

2.- El recurso de casación de la defensa de Daniel Perón González (fs. 4483/4502)

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1 y 2 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios sustanciales y procedimentales en la resolución que cuestiona. En este orden, la defensa plantea las siguientes críticas sustantivas:

a. Falta de tratamiento de las críticas a la calificación jurídica.

Dado que no hay elementos físicos ni psíquicos en Vargas González que permitan acreditar objetivamente que hubo tortura, debió calificarse el hecho en la figura legal de vejaciones. Además, los golpes, el sufrimiento –incomprobable mediante las probanzas de autos–, la situación de poder y la vulnerabilidad de Vargas González no revisten la entidad que les asignó el tribunal para condenar por el delito de torturas. Para ilustrar este argumento, el recurrente repasa métodos de tortura de la Inquisición, la literatura y el terrorismo de Estado, para afirmar que los hechos que se investigan en este caso son de una gravedad menor y no ameritan, como la tortura, la misma pena que el homicidio porque no se lo quemó, ahogó, mutiló ni dislocaron sus huesos.

Afirma que la presunta víctima no describió los hechos como graves e inhumanos, por lo que no puede considerarse que haya existido tormentos. Considera que la gravedad del hecho no puede analizarse de modo independiente de la experiencia de la víctima. A criterio de la defensa, los hechos debieron subsumirse en el art. 144 bis del CP.

b. Errónea subsunción de la plataforma fáctica imputada a su defendido como delito de tortura en modo «comisivo».

En el caso no se imputó a Perón González el haber arengado a otros agentes penitenciarios, haber proferido insultos y humillaciones, ni haber incrementado el poder de los demás funcionarios con su conducta.

c. Errónea calificación de la conducta de Perón González, quien no puede ser considerado coautor del delito de tortura puesto que no participó en el hecho ni tuvo dominio del mismo.

La defensa considera que, en todo caso, el hecho de «filmar» no aporta absolutamente nada al hecho investigado. Tampoco se da el caso de una omisión impropia, puesto que –si existen tipos omisivos propios para evitar la tortura– es inadmisibles que se quiera endilgar el tipo del art. 144 ter del CP al que no torturó en forma activa pero tenía posición de garante. Si tenía tal posición y posibilidad de hecho de evitar el daño, entonces debería aplicarse el art. 144 quater, inc. 1 del CP, en virtud del principio de especialidad. Asimismo, entiende que, en subsidio de la anterior, la figura correcta a aplicar es la del art. 144 quater, inc. 2 del CP –y no la del inc. 1– por no poseer Perón González «competencia» para evitar la comisión de torturas.

Por otra parte, plantea los siguientes vicios procedimentales: a. Erróneo rechazo de la exclusión probatoria planteada, que se limitó al tratamiento del derecho a la intimidad y omitió analizar a la alegada violación al derecho de propiedad y al debido proceso.

Considera que el tribunal erró al reconducir sólo a la intimidad la violación de las garantías alegadas por

esa defensa –propiedad, intimidad y debido proceso legal–, derivadas de la sustracción del teléfono celular. Entiende que nunca podría tomarse el celular de su defendido sin su autorización y, menos aún, disponerse de tal propiedad entregándola para que luego fuera utilizada por el Estado para investigar. En este sentido, cuestiona la conclusión del tribunal pues, a su criterio, del hecho de que en las imágenes aparezcan personas diversas a la del filmador no surge que éstas sean titulares del derecho a su uso, porque en el sistema argentino el titular de ese derecho es el filmador (art. 318 del CCyC).

En punto a las razones por las cuales se rechazó el planteo, también cuestiona las razones de fondo del tribunal, puesto que aplicó erróneamente la teoría del filósofo del derecho Robert Alexy, que citó. Considera que la posición de ese autor sobre la distinción entre principios y reglas no ha sido correctamente comprendida ni aplicada al caso.

Afirma que la cuestión que el tribunal debía resolver no era un conflicto entre la tutela judicial efectiva y el derecho a la intimidad, sino sobre la norma contenida en el art. 207 del CPP que, conforme su posición, es una regla cuya aplicación al caso no admite posibilidad de ponderación, en lugar de un principio, como sostuvo el tribunal.

Detalla las razones por las cuales la norma contenida en el art. 207 del CPP se trata de una regla y no de un principio, y cuestiona que el tribunal haya dado por sentado que el art. 207 del CPP es un principio. Sostiene que, de ser un principio, jamás podría existir prueba ilícita, pues siempre la razón del Estado estaría por encima de las garantías constitucionales individuales.

En función de ello, afirma que no existe ponderación posible en el caso, puesto que la única ponderación entre el peso de los principios en juego ya ha sido resuelta por el legislador al disponer como regla perentoria la exclusión probatoria que prevé el art. 207 del CPP. En el caso de autos, el teléfono del que surgió el video que se valoró como prueba central fue sustraído a Perón González, de modo que esa prueba debió ser excluida.

Que el teléfono fue robado surge de la declaración del propio Perón González y de los testimonios de Romero Brasil y Pena. Considera que el tribunal se equivoca también al afirmar que existen dos derechos jerárquicamente iguales –el de privacidad y su garantía y el derecho de las víctimas–.

Ello, en tanto sostiene que el derecho a la privacidad está en la primera parte del texto constitucional (arts. 18 y 19 CN) mientras que el derecho de las víctimas en el art. 75, inc. 22 CN y, si bien se le otorga jerarquía constitucional, el art. 27 de ese cuerpo legal establece la prevalencia del derecho público local sobre el internacional.

En función de ese análisis, entiende que la privacidad y la intimidad se encuentran por encima del derecho de la víctima. En cuanto al derecho a la propiedad sostiene que no puede, de ninguna manera, asimilarse al derecho a la intimidad, con cita de «Bordieu» (CSJN, Fallos 145:307).

La violación a la propiedad no se reduce porque el acusado no haya realizado una denuncia penal, que es facultativa y no obligatoria para sí.

Cuestiona el argumento del tribunal para descartar una afectación al derecho a la intimidad porque el video fue publicado antes de ingresar al proceso: con ese criterio, siempre que la prensa publicara datos de una persona la intimidad dejaría de estar protegida.

El tribunal yerra al confundir la protección constitucional de la intimidad con la relevancia procesal de la publicidad por medios de comunicación. Afirma que poco importan si el video fue o no publicado por la

prensa antes de ingresar al proceso, puesto que lo que importa a los fines de la exclusión probatoria es la legitimidad o ilegitimidad de su origen como fuente de prueba, y en el caso el teléfono su sustraído ilegalmente, por lo que la prueba debe excluirse. Conforme expone el recurrente, en autos se habrían vulnerado tres garantías: i) la propiedad –al quitar el teléfono celular del acusado sin orden judicial–; ii) la intimidad –al difundir el supuesto contenido del teléfono celular–; y iii) el debido proceso –al utilizarse una prueba cuya fuente extraprocesal era claramente ilícita–. b. Errónea valoración probatoria. En este punto, la defensa plantea los siguientes cuestionamientos:

b.1.- La valoración de las pruebas testimoniales rendidas, que tacha de arbitraria, parcial y contraria a las reglas de la sana crítica racional. Alega que se ha valorado parcialmente la declaración de Pena, quien reconoció que «coimeó» a Perón González ofreciéndole devolverle la tarjeta de memoria del celular a cambio de beneficios, lo que –a criterio de la defensa– refuerza la teoría del caso de la defensa según la cual los videos no estaban en el aparato de Perón González ni se filmaron con él, y que por tanto no fue él quien filmó la escena. También fueron erróneamente valoradas las declaraciones de los agentes penitenciarios que emanan del sumario n° 149-2011-00107 de la Inspección General de Seguridad. Por un lado, sostiene que estas declaraciones no podían ser valoradas puesto que no se reprodujeron durante el debate. Por otro, afirma que de esas declaraciones surge que Acuña habría dicho que Perón era de «filmarse boludeces en el penal», lo cual no permite concluir que él fuera el autor del video. Lo mismo ocurre con la declaración que Walter Correa prestó en los autos n° P20.147/11 «Fiscal c/ Navarro Ballesteros»: no debió ser valorada porque no fue incorporada al debate adecuadamente, con cita del testigo y control de la defensa.

b.2.- Que se omitiera valorar la declaración que Perón González prestó durante la investigación.

Considera que esta omisión torna nula la sentencia puesto que impidió la intervención del imputado del modo que la ley regula –art. 198, inc. 3 del CPP– e implicó dejar de lado la defensa material y la defensa en juicio de su asistido. Sostiene que la declaración del acusado no es un medio de prueba sino de defensa material, por lo que el hecho que no haya sido pedida su incorporación como prueba no impide su valoración.

b.3.- En cuanto al mérito del video cuya exclusión se solicita, la defensa niega que la víctima que allí se ve sea Vargas González, que el video haya sido filmado por Perón González o que demuestre que éste intervino en el hecho, y afirma que ha sido erróneamente valorado como prueba. Niega que la víctima del video sea Vargas González, porque él tiene tatuajes visibles en su cuerpo y la persona que aparece en la grabación, no. Critica esta conclusión del tribunal por cuanto no consideró las pruebas que contradicen esa idea, tales como la pericia efectuada por el Ingeniero Pérez Mirábile –que habla de la ausencia de tatuajes en el cuerpo de la persona golpeada y que Vargas González admitió tener–. En cuanto al reconocimiento auditivo que realizó la madre de Vargas González – Susana Marta González–, afirma la defensa que es nulo puesto que no se realizó conforme las reglas de la ley procesal y, por ello, no pudo ser controlado por la defensa.

Tampoco el hecho de que Pena haya reconocido al sujeto filmado como Vargas González es un argumento válido, porque –siempre según la defensa– es el tribunal quien debe acreditar que la persona atacada es Vargas González, y no un testigo. Además, Pena pudo reconocer a Vargas González en el video porque éste le dijo que era él, pero no por sus propios medios. También cuestiona que se haya tenido por acreditada la participación de Perón González a partir de las voces del video, pues no se comprobó que éste haya

estado presente en el lugar de los hechos o que fuera su voz la que se aprecia en la filmación. Tampoco está acreditado que el acusado haya proferido golpes a Vargas González. Por otra parte, cuestiona que se concluyera que Perón González fue el autor del video. Considera que no existe ninguna prueba que acredite que Perón habló o que determine que las voces del audio pertenecen a él, como tampoco que haya sido él quien filmó.

En ese sentido, expresa que los indicios invocados por el tribunal sólo conducen a sostener que el teléfono era del Perón, pero no que él haya sido la persona que filmó el hecho investigado. Critica las inferencias del tribunal para concluir que, de las más de 150 personas que debían trabajar en el Servicio Penitenciario al momento de los hechos, Perón González era quien hablaba en el video.

También afirma que el hecho de haber encontrado fotografías de Perón González en el teléfono en cuestión no acredita que éste fuera el autor del video, sino que el aparato era de él. Solicita que se tenga en cuenta, además, que las personas detenidas amenazaron a Perón González con implicarlo en los hechos.

El hecho de que el acusado indicara a sus superiores que había perdido el teléfono tampoco prueba que él haya filmado, sino que su teléfono había sido sustraído.

Tampoco es, a criterio de la defensa, un indicio de que el teléfono era de Perón González el hecho de que éste haya pretendido recuperar su celular, puesto que no está probado que lo haya intentado.

En cuanto al contenido del video, sostiene que el tribunal ha incurrido en contradicciones al indicar, por un lado, que en la grabación no pueden verse los tatuajes, del mismo modo que no pueden verse los gestos de los sujetos agresores filmados; pero, por otro, que se pueden ver expresiones de placer en los agresores.

b.3.- También afirma que el tribunal ha modificado el sustrato fáctico de la acusación, ya que concluyó que Perón profería términos agraviantes y animaba a sus compañeros a continuar, mientras en el requerimiento se consignó que «Perón filmó y después golpeó».

b.4.- Señala también que el tribunal ha dejado de lado pruebas objetivas ya que, si en instrumentos públicos personal legalmente habilitado –al menos tres funcionarios diferentes– se determinó que la víctima no tenía lesiones físicas, así debió considerarse en el proceso, no como ocurrió en la sentencia. De lo contrario, si el tribunal consideró que la falta de lesiones en Vargas González consignada en el instrumento público constituyó un ocultamiento deliberado del personal del servicio penitenciario, debió extraer una compulsión penal. Por otra parte, la argumentación del tribunal respecto del daño psicológico es insostenible puesto que hace pesar sobre los acusados el notable lapso de tiempo transcurrido desde el inicio del proceso, provocado en parte por el propio tribunal. Razona en este orden que el hecho de que el proceso haya durado nueve años desde la denuncia hasta que se realizó el juicio y ello haya impedido probar el daño psicológico no es algo que pueda pesar en contra de los acusados. En función de los argumentos reseñados, solicita que se anule la sentencia y se ordene su reenvío, en el caso de los vicios procedimentales; o se case la misma y se modifique la calificación legal en el sentido señalado, en el supuesto de los vicios sustanciales. Cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición y formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la defensa de Edgardo Yoel Quero Rey y de José Alejandro Arredondo

Ahumada En relación a este recurso, corresponde señalar que a fs. 4526/4529 Emilio Casin Azura presentó

un recurso de casación en favor de José Alejandro Arredondo, que no fue concedido por el Tribunal Penal Colegiado por cuanto de manera previa, el acusado había revocado el mandato conferido y designado a la defensa pública (fs. 4549 y 4410).

Por tal razón, en esta resolución se dará tratamiento al recurso planteado por la Octava Defensoría de Pobres y Ausentes a fs. 4505/4515. En el escrito referido, los impugnantes deducen casación de conformidad a lo establecido por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, pues también consideran que la decisión adolece de vicios sustanciales y procedimentales. En orden a los vicios sustanciales, consideran que la figura penal adecuada en la que deben encuadrarse los hechos investigados es la contenida en el art. 144 bis, inciso tercero del CP, es decir, en el delito de vejámenes.

Ello, al considerar que a la víctima no se la privó de un beneficio, no se le impuso un trato extremadamente duro, sino que «más bien» se la agredió física y moralmente con el propósito de doblegarla, de mortificarla, de quebrar su autoestima y de degradar su dignidad humana.

En función de lo expuesto, solicitan se corrija la calificación legal y se les imponga a sus defendidos la pena de tres años por la comisión de la última figura penal prevista en el art. 144 quater, inc. 2 del CP, pues los hechos –de considerarse probados– no serían torturas sino vejaciones o severidades.

Entre los vicios procedimentales, entienden que el tribunal ha incurrido en una errónea valoración probatoria, que torna nula la sentencia por faltar la motivación que exige el art. 416 inc. 4 del CPP. A criterio de la defensa, el tribunal ha afectado el derecho de la defensa a la prueba.

a. En primer lugar, sostiene que el testimonio de William Walter Vargas González, contrastado con el restante material probatorio, carece de consistencia y credibilidad. La defensa niega que la persona que aparece en los videos arrodillada y recibiendo castigos corporales sea Vargas González pues los testigos Leonardo Escobar Carbajal, Leonardo Esteban Musolino Girone, Néstor Osvaldo Luvello Barzola, Enrique Eduardo Orellana, Ramón Ariel Virlanga Calderón y Rodolfo David Valdez Gil no pudieron identificar al sujeto golpeado o vejado.

Afirma la defensa que Vargas González se contradijo, pues afirmó haberse reconocido en el video que vio en televisión a partir de tatuajes, pero no obstante los dichos de Vargas González, la labor técnica practicada por el Ingeniero Pérez Mirábile desvirtúa la existencia de tatuajes al señalar que no se observan marcas en los brazos ni puños y que, en las visualizaciones de piel del sujeto esposado, no se encuentran tatuajes (brazos, planta de pie, cintura, manos y dedos).

A idéntica conclusión llegan los impugnantes a partir del informe 6956/18 elaborado por el especialista en informática forense Jesús Pointein.

Concluyen que validar los dichos de la presunta víctima y tener por acreditado que él es el sujeto del video, constituye un juicio arbitrario de la sentencia en tanto sus tatuajes son muchos y el peritaje expresa que no hay tatuajes en la persona que aparece en los videos, por lo que no puede ser la misma persona. En función de ello, sostienen que Vargas miente y afirman que el tribunal ha valorado erróneamente la prueba.

b.- Un segundo agravio vincula la declaración de Vargas González con el informe sanitario realizado por Sergio Alberto Peleltay Ramos que constató la ausencia de lesiones en Vargas González. La defensa refiere que tal informe se trata de un instrumento público que no fue redargüido de falsedad por la acusación, por lo que no es posible desacreditarlo.

Máxime si se considera que el informe fue realizado en relación con el día de los hechos y también de días posteriores, y que dada la gravedad de los ataques que Vargas González refirió recibir –golpes de puño y patadas, torceduras de dedos de los pies con las botas y de las manos con esposas– las lesiones deberían haber aparecido en los informes.

Critica la defensa que el tribunal, ante la incongruencia entre el informe y la declaración de Vargas González, haya desacreditado al enfermero que realizó el informe. La sentencia, a criterio de la defensa, no ha tenido en cuenta que esa era la única infraestructura que el Servicio Penitenciario tenía en aquella época. Además, el relato del enfermero Sergio Alberto Peleitay Ramos fue coherente con el modo en que se realizan las revisiones médicas y que, conforme él expresó, si el interno hubiese sentido dolor, lo hubiera indicado en el informe.

Agrega que los testigos Brida, Valdez Gil y Peleitay Ramos coincidieron en afirmar que a Vargas se le realizó revisión médica cada veinticuatro horas. c.- Con relación a la constatación de daño psicológico, expresan que lo afirmado por Vargas González no es confiable; ya que, conforme surge del examen psiquiátrico, su relato respecto al hecho investigado es confuso y contradictorio y está acomodado de acuerdo a sus intereses personales. Señala que el daño psíquico perdura en el tiempo, por lo que poco importa el momento de la realización de la pericia, según se infiere del examen aludido.

En ese sentido, señalan que es el propio tribunal el que desarrolla el daño psicológico al describir los audios de las filmaciones, pero sus argumentos no coinciden con lo informado por los peritos. Además, las pericias señalan que Vargas González presenta una personalidad anormal de tipo antisocial, con funcionamiento caracterizado por el desprecio a la autoridad y los límites, así como por la transgresión sistemática de normas, egocentrismo, omnipotencia, hostilidad, escasa empatía y deficitario manejo de los impulsos.

Esto indicaría, a criterio de la defensa, que sus dichos no son ciertos y que no es la víctima que aparece en el video. Formulan reserva del caso federal.

4.- El recurso de casación de la defensa de Jonathan Bizaguirre, Germán Núñez y Luis D’Ambrosio

El recurrente también interpone recurso de casación de conformidad a lo establecido por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

a.- Entre los vicios sustantivos, señala que en las presentes actuaciones se ha aplicado erróneamente la ley penal sustantiva, concretamente el art. 144 ter, inc. c del CP (sic). Ello, en tanto considera que no se ha podido acreditar la existencia de tormentos físicos, por ausencia de lesiones y sufrimiento psíquico de gravedad suficiente. En ese orden, sostiene que la conducta llevada a cabo por sus defendidos no se encuadra en el delito de torturas, sino en el de vejaciones (art. 144 bis, inc. 3 del CP).

En función de ello solicita el cambio de calificación y que se imponga a sus defendidos la pena de tres años de prisión en efectivo, entendiéndose cumplida por haber permanecidos los acusados tres años privados de su libertad de manera preventiva.

b.- También considera que en el presente caso se evidencia la insubsistencia de la acción penal por vencimiento del plazo razonable (**arts. 8, inc. 1° de la CADH, art. 14, inc. 3° del PIDCyP y art. 75, inc. 22 de la CN**), es decir, la pérdida de la potestad jurisdiccional del Estado por la omisión de tramitar el proceso en su debido tiempo.

En esa línea de argumentación, refiere que desde que acaeció el hecho investigado (junio de 2010) hasta

la fecha de realización del debate (2019) transcurrieron nueve años, de los cuales los acusados estuvieron tres años privados de su libertad. Señala que la morosidad judicial no ha tenido justificación, puesto que no existió complejidad y toda la prueba fue producida a instancias de la defensa, sin que se le puedan adjudicar a esa parte maniobras dilatorias. En virtud de ello, solicita el sobreseimiento de los imputados por insubsistencia de la acción penal.

c.- En lo que se refiere a los vicios formales, el recurrente considera que la sentencia recurrida es arbitraria por basarse en una errada valoración probatoria.

En ese orden, sostiene que se ha omitido considerar las declaraciones de los testigos durante el debate y la desacreditación científica de las pericias psicológica y de imágenes, lo que –según su opinión– pone de manifiesto que la víctima de autos no es Vargas y que, en función de ello, por ausencia del sujeto pasivo, la conducta atribuida a sus defendidos es atípica.

Agrega que el tribunal ha prescindido de esos elementos de prueba –pericias, informes y testimonios– sin fundamentar explícita, científica y razonablemente tal apartamiento, lo que deriva en la arbitrariedad del fallo impugnado.

d.- Con relación a la víctima de autos, señala que desde los orígenes de la investigación se la ha direccionado arbitrariamente a identificar a los acusados, pero no ha habido preocupación de individualizar a la víctima. En tal sentido, especifica que los tatuajes que Vargas dice tener no se observan en la filmación del día 7 de junio; que no presenta lesiones, de acuerdo a los informes de fs. 208/211; 212/213 y 214/215; y que sus dichos son contradictorios y falaces. Respecto de esa última afirmación, el impugnante sostiene que no existió una requisita el lunes 7 de junio de 2010, puesto que ese día Vargas estaba en celda de aislamiento por una medida cautelar del domingo 6 de junio de aquel año, día en que no se pueden haber realizado requisas justamente por ser domingo.

Expresa que tampoco es cierto que luego de una golpiza de una hora no lo hayan llevado a la enfermería, puesto que existen tres informes agregados a la causa según los cuales los días 7, 8 y 9 de junio de 2010 Vargas no presentaba ninguna lesión.

e.- Cuestiona las fotografías de Vargas agregadas a fs. 3964/66, puesto que habrían sido incorporadas sin noticia a la Fiscalía ni a su parte; y expresa que el tribunal no las valoró, lo que demuestra la arbitrariedad y debilidad probatoria de su resolución.

f.- Menciona que tampoco se ha valorado la constancia de fs. 1024, de la que surge el traslado de Vargas producido entre los días 6 y 9 de junio en el contexto de una medida cautelar, y, en esa oportunidad, no presentaba lesiones.

En tal sentido, considera que la medida aludida es muy importante, puesto que Vargas mencionó que lo golpearon estando bajo una medida de ese tipo en el módulo V y después de una requisita, y esto no es posible porque el día 6 de junio de 2010 fue un día domingo y las requisas se realizaban de lunes a viernes; que, en realidad, la requisita se practicó el 10 de junio de 2010. Desde ese punto de vista, sostiene que la declaración de Mario Silva Carmona también es falaz.

g.- Entiende que es errónea la afirmación contenida en el punto 20 de los fundamentos al situar a los acusados golpeando a Vargas, luego de la requisita donde rompen los lentes de su madre; puesto que ello ocurrió el día 10 de junio de 2010, cuando Núñez, Bizaguirre y D'Ambrossio no trabajaron.

h.- El recurrente se agravia también de la valoración que el tribunal ha efectuado de los informes médicos

y de Sanidad que indican que Vargas no presentaba lesiones, puesto que se ha apartado de ellos sin tener en cuenta que constituyen instrumentos públicos que por ser tales deben ser reputados de veraces, mientras no sean redargüidos de falsedad, lo que no ha ocurrido en autos.

i.- Asimismo, señala que el lugar que el tribunal tuvo por acreditado como aquél en que sucedieron los hechos no es el indicado por Vargas. En virtud de esas consideraciones y de la circunstancia de que las pericias realizadas para individualizar a la víctima no han podido identificar a Vargas en el video y cuyas conclusiones han sido descartadas por el tribunal de una manera simple, sin sustento científico y sin ajustarse a las constancias de la causa, estima que la conducta endilgada a sus defendidos es atípica por ausencia del sujeto pasivo.

j.- Por otro lado, expresa que el tribunal ha rechazado el pedido de nulidad del video sin fundamentos y sin valorar las pericias e informes obrantes en autos; y que no es acertada la apreciación del tribunal referida a la legitimidad de la obtención de la filmación como elemento de prueba, puesto que se trata de prueba que vulnera las garantías constitucionales de los imputados y, por ello, es ilegítima y nula.

En función de ello, solicita la aplicación de la pena de tres años de prisión por el delito de vejaciones; o bien, la nulidad absoluta desde el inicio de las actuaciones, o el sobreseimiento por atipicidad, o la insustentabilidad de la acción penal o, finalmente, el reenvío a la instancia anterior para la realización de un nuevo juicio.

Cita doctrina en respaldo de su posición y formula reserva del caso federal.

5.- Dictamen del señor Procurador General

Luego de reseñar los agravios recursivos, el Procurador General expresa que corresponde rechazar sustancialmente los recursos de casación bajo estudio. Así, en cuanto al planteo de exclusión probatoria entiende que ha sido debidamente contestado por el tribunal y que los argumentos constituyen la reedición de otros del mismo tenor desestimados anteriormente.

En lo que se refiere a la valoración del plexo probatorio, considera que los agravios de los impugnantes no son más que una discrepancia con los acertados argumentos del tribunal, quien no se limitó al análisis del material fílmico, sino que contó con amplia prueba instrumental y testimonial.

Agrega que, si bien se deslizaron planteos, ninguna de las partes cuestionó que efectivamente hubiese ocurrido lo que los soportes de audio y video captaron.

En lo atinente a la calificación jurídica endilgada, estima que se encuentra debidamente fundada no sólo en el texto legal, sino en jurisprudencia y en normativa internacional.

Finalmente, en lo que concierne a la insubsistencia de la acción penal entiende que la pretensión es improcedente puesto que, para determinar la frontera entre diligencia y demora judicial, la norma penal previó las causales de interrupción de la acción penal que, por su naturaleza, representan la concreta voluntad persecutoria del Estado.

Por ello, y no advirtiendo que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente fundada o que sea arbitraria, aconseja su convalidación en esta instancia.

6.- La solución

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver los recursos deducidos por las defensas de los acusados Daniel Perón González, de Edgardo Yoel Quero Rey, de José Alejandro Arredondo Ahumada, de Jonathan Bizaguirre, de Germán Núñez y de Luis D'Ambrosio, corresponde adelantar que las impugnaciones deben ser rechazadas y, en consecuencia, convalidada en su totalidad la sentencia recurrida.

Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen. Preliminarmente, corresponde destacar la relevancia institucional de la materia sometida a control de este Tribunal.

En este orden, debe tenerse presente que un caso como el que nos ocupa, en el que se investiga y juzga la conducta de personal del servicio penitenciario en relación con el tratamiento brindado a personas privadas de la libertad, involucra normas centrales de nuestro sistema jurídico y de nuestra configuración social.

Así, la Constitución de Mendoza dispone con claridad que «[l]as cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos, y tanto éstas como las colonias penales, serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización.

Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan» (art. 23); mientras que la Constitución Nacional deja claro que «[...] [l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice» (art. 18, última parte).

Estas normas constitucionales se han visto reforzadas y actualizadas por tratados internacionales, que no sólo profundizan el carácter fundamental de las normas prohibitivas de la tortura para nuestra Nación, sino que además implican compromisos internacionales que pueden generar responsabilidad estatal –así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y la Convención contra la Tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas–. Además, en relación con esta situación en especial respecto de las cárceles provinciales, existen intervenciones específicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Por eso, a efectos de brindar un tratamiento adecuado a cada uno de los agravios expresados por las defensas y satisfacer adecuadamente el deber de fundamentación de esta decisión (sobre la justificación y alcances de este deber, véase «**Farres Paluj**», «**Duarte Actis**», «**Álvarez Castillo**», entre otros) analizaré conjuntamente las impugnaciones, puesto que tienen en común ciertos agravios.

Comenzaré con el tratamiento de los vicios procedimentales y, dentro de éstos, con el agravio vinculado con la exclusión de las videgrabaciones solicitado por la defensa de Perón González (a). Deslindada esta cuestión, me ocuparé de analizar cada uno de los cuestionamientos destinados a afirmar la existencia de errores en la valoración de la prueba, y de descartar que la sentencia se encuentre inmotivada o arbitrariamente fundada (b).

En tercer lugar, explicaré por qué la eventual vulneración del plazo razonable alegada por la defensa de Bizaguirre, Núñez y D'Ambrosio no puede tener la consecuencia que ésta le asigna (c). En cuarto orden, me ocuparé de los agravios vinculados con la calificación jurídica (d) y, finalmente, recapitularé conclusiones (e).

a.- Consideraciones sobre la exclusión probatoria planteada por la defensa de Perón González

a.1.- El tribunal de instancia previa rechazó la solicitud de exclusión probatoria realizada por la defensa de Perón González –sostenida por la defensa de los demás imputados con idénticos argumentos– sobre la base del siguiente razonamiento.

En primer lugar, tuvo en cuenta que había dos principios constitucionales en pugna: la afectación del derecho a la intimidad alegada por la defensa y ocasionada con el uso de información tomada del celular de Perón González, frente al derecho de la víctima de obtener una investigación eficaz de los hechos y una respuesta judicial (fundamentos, fs. 4416).

El tribunal tuvo en cuenta que la defensa también alegó una violación al derecho de propiedad de Perón González – afectada por la sustracción del teléfono–, pero recondujo esa afectación al derecho a la intimidad, puesto que lo que la defensa cuestionaba era el uso de la información almacenada en el teléfono, y no la falta de aparato. Explicó que «[...] nunca fue la lesión a la propiedad lo que lo conmovió, sino el riesgo que la pérdida del gobierno del teléfono entrañaba para él y para los otros captados por sus imágenes. Su intranquilidad no transitaba por la dimensión de lo tangible –el teléfono–, sino de aquello que no lo era y que estaba albergado dentro de lo material –las imágenes–. En definitiva, su causa vindicativa en el terreno extrajudicial y luego en el judicial fueron los datos que se encontraban en la memoria del teléfono. Lo sostenido por los Sres. Defensores en el momento del alegato, no es más que una reedición de los planteos de ese tenor que fueron sistemáticamente desestimados a lo largo de todo el proceso [...]» (fundamentos, fs. 4416 y vta.).

En segundo lugar, descartó que pudiera reclamarse la preservación del derecho a la intimidad cuando las imágenes que lo afectarían registran un hecho penalmente típico. También tomó en cuenta para descartar una afectación a ese derecho que, en las imágenes, no se puede ver al reclamante, mientras que sí se puede ver a una persona víctima.

Además, señaló que las acciones privadas de las personas están exentas de la autoridad de los magistrados cuando no ofenden el orden, lo que no ocurre en este caso, donde se observa en las imágenes un momento de la vida penitenciaria –con funcionarios públicos– en la Penitenciaría Provincial –un lugar público–, y que involucra a funcionarios penitenciarios y a una persona a su cuidado, recibiendo tormentos físicos y verbales –una cuestión de orden público– (fundamentos, fs. 4416 vta.).

En tercer orden, el tribunal reconstruyó la posición de la defensa y del Ministerio Público Fiscal y advirtió una contraposición entre principios: por un lado, la defensa invocaba el derecho a la intimidad para que se excluyera el video como prueba y, por otro, la fiscalía el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva.

Descartó que el conflicto involucrara reglas, y explicó que, para resolver ese conflicto de principios, era posible aplicar el método de ponderación de principios desarrollado por el teórico alemán Robert Alexy (fundamentos, fs. 4417/4418).

En función de ello, ponderó la afectación de cada principio a la luz de los principios de proporcionalidad y necesidad y concluyó que, dado que el video en cuestión se encuentra disponible de manera pública en internet (específicamente en la página «YouTube», y al efecto citó el enlace), no era posible pretender que su anulación como prueba en el proceso optimizaría o protegería el derecho a la intimidad de las personas que allí aparecen.

Frente a ello, el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva sí se vería preservado con el rechazo de la exclusión solicitada (fundamentos, fs. 4418/4419).

En su razonamiento, el tribunal también tuvo en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino para la investigación y sanción de violaciones a derechos humanos –en particular, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y la eventual responsabilidad que podría caberle al Estado, en función de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, consideró el hecho de que ese tribunal desestimara medidas provisionales solicitadas en relación con las penitenciarías de Mendoza en razón de la subsidiariedad que le corresponde a la instancia interamericana frente a las obligaciones del Estado. Ante ese «duelo de principios o [...] lucha por la preeminencia de uno u otro», el tribunal concluyó que «la afectación al principio de intimidad de los encartados, con la utilización en el proceso de la filmación extraída del celular de Daniel Perón es “nula” o “leve” [...] y que la solución de la defensa traería aparejada una afectación “grave” o elevada al derecho de la víctima Vargas [por lo que] la solución que corresponde adoptar es la de rechazar la exclusión de los videos presentados y aceptados como prueba» (fundamentos, fs. 4417 y 4420 vta.).

a.2.- Frente a ello, la defensa critica: que el tribunal no dio tratamiento a la afectación del derecho a la propiedad y al debido proceso; que no ha tomado en cuenta el hecho de que el celular fue robado y no han sido debidamente considerados los elementos de convicción que señalan la ilegitimidad del ingreso de esa prueba al proceso; que omite considerar que el derecho a la intimidad también alcanza a las personas filmadas; y que la teoría de la ponderación de principios ha sido mal aplicada, porque el art. 207 del CPP es una regla que no entra en colisión con principios ni puede ser ponderada con ellos (me remito, sobre los argumentos en torno a los que se construyen estos agravios, a los recursos reseñados previamente en los apartados 2 y 4).

a.3.- Ahora bien, contrastada la motivación del tribunal y las constancias de la causa con los agravios planteados, se advierte que la exclusión probatoria solicitada no puede ser acogida. En el caso que nos ocupa, la defensa de Perón González ha planteado reiteradamente, en diversas instancias del proceso, la nulidad de la prueba ahora impugnada, sobre la base de argumentos que aquí retoma. Así, entre otras oportunidades, solicitó la nulidad de las videograbaciones al formular oposición al requerimiento de citación a juicio (fs. 1929/1943), planteo que fue desestimado por el entonces Juzgado de Garantías N° 5 (fs. 2035/2053); también en oportunidad de formular recurso de apelación contra esa resolución (fs. 2099 y 2201/2213), desestimado por la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal (fs. 2218/2233); al plantear recurso de casación contra esa resolución (fs. 2248/2253), el que no fuera concedido (fs. 2254 y vta.); también en la oposición formulada a fs. 3310/3324, desestimada por el entonces Juzgado de Garantías N° 2 (fs. 3460/4373), y en la apelación planteada contra esa resolución (fs. 3485/3486 vta. y 3539/3559), desestimada por la entonces Sexta Cámara del Crimen (fs. 3564/3569 vta.); y también se ha expedido en los autos n° P20.147/11 – 2652/2/C caratulados «F. c/ Navarro Ballesteros p/ Vejaciones» sobre la cuestión la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal. Como seguidamente se explicará, no existen motivos sustanciales para acoger el planteo de la defensa. En primer lugar, encuentro irrelevantes las críticas respecto de la interpretación que el tribunal hizo de la postura de Robert Alexy en torno a los principios y las reglas, y a la ponderación de principios para resolver planteos jurídicos.

Si bien la norma prevista en el art. 207 del CPP se trata de una regla, y condensa una decisión legislativa en torno a la ponderación entre el interés de incorporar pruebas al proceso y la violación de garantías

constitucionales, lo cierto es que la crítica no resulta –a mi modo de ver– decisiva para la resolución del planteo. En efecto, como se verá a continuación, la exclusión probatoria solicitada ha sido correctamente desestimada, sin perjuicio de las agudas consideraciones que la defensa de Perón González ha realizado respecto de la teoría del balancing –o ponderación de principios– y de su limitado rendimiento para resolver este caso. Entiendo que, tal como surge del análisis de los fundamentos de la sentencia cuestionada, la argumentación del tribunal constituye un válido examen de los derechos y garantías en juego que –sin perjuicio del acierto, o no, en relación con las consideraciones teóricas sobre la distinción entre principios y reglas y la ponderación de principios realizada por el tribunal– concluye acertadamente que los derechos invocados por la defensa no han sufrido una afectación significativa en el proceso, más allá de las consecuencias negativas lógicas que cualquier causa penal representa para las personas imputadas.

En segundo lugar, no le asiste razón al recurrente en cuanto a la supuesta omisión de dar tratamiento a algunos aspectos de su alegación. Por el contrario, el tribunal interviniente no solo analizó –y descartó– que se haya producido una posible vulneración al derecho de propiedad y al de intimidad, sino que examinó el alcance de este derecho desde la perspectiva de una eventual «transgresión a la esfera de reserva», tutelada por el art. 19 de la CN, y descartó todas ellas mediante una sólida argumentación.

En efecto, el tribunal brindó las razones por las que consideró que el derecho de propiedad de Perón no se vio afectado, como tampoco el derecho a la intimidad del propietario del teléfono celular o el de las personas que han sido registradas en la filmación contenida en ese artefacto. En este sentido, el tribunal descartó que el derecho a la propiedad se haya perjudicado en tanto lo que le interesaba a Perón González no era revertir un menoscabo en su patrimonio, sino la invasión a la información almacenada en el teléfono, particularmente porque «[...] Perón no acudió a la justicia a denunciar un hurto o un robo para instar la investigación y en su caso la recuperación del artefacto, sino que acudió a vías de hecho para reclamar la recuperación de la información [chip con las filmaciones]» (fundamentos, fs. 4416).

En función de ello y contrariamente a lo afirmado por la defensa, justificó por qué la pretendida vulneración del derecho de propiedad se reconducía a la posible afectación del derecho a la intimidad. Asimismo, y aun cuando advierto que el tribunal no ha brindado expresamente argumentos para justificar por qué no cabría la exclusión del medio de prueba por la afectación al «debido proceso», considero que esta garantía tampoco se ha visto vulnerada y que ello surge de los propios fundamentos de la resolución cuestionada.

En efecto, el debido proceso legal ha sido definido como «el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos» (**Corte IDH, «Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos», Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9; párr. 27**), mientras que la Corte Federal ha identificado sus elementos esenciales al señalar que «[...] [e]n materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia [...]» (conf. **CSJN, «González, Miguel Ángel», Fallos 342:1501, también Fallos 315:2264, 315:1811, entre otros**).

Sentado ello y analizadas las constancias de autos, entiendo que ninguna afectación a los derechos de los acusados se ha producido mediante la incorporación y valoración de las videofilmaciones en estos

obrados.

Es que todas las defensas técnicas han podido observar, cuestionar y contradecir mediante la proposición y producción de la prueba que han creído pertinente, como así también realizar todos aquellos planteos que entendieron oportunos a fin de desvirtuar la prueba de cargo existente en su contra. De hecho, la presente impugnación es un acto demostrativo del ejercicio de ese debido proceso que entienden vulnerado, motivo por el cual el agravio debe ser descartado. En tercer lugar, y en cuanto al origen del video y la alegada vulneración al debido proceso, corresponde señalar que las grabaciones fueron aportadas a la causa en la denuncia realizada por D. Lavado, S. Salinas Giordano, A. Guevara Escayola, L. Fallet, L. Lecour y C. Varela Álvarez, presidente y miembros respectivamente de la Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos Xumek, quienes recibieron un teléfono celular que les fue entregado por una persona que lo habría encontrado en las cercanías de la Penitenciaría Provincial donde tuvieron lugar los hechos (ver denuncia, fs. 3, expte. n° P20.147/11).

A partir de la constatación de los registros fílmicos y fotográficos hallados por el denunciante en ese teléfono, la acusación pública comenzó investigaciones en la medida en que las grabaciones permitían sospechar la comisión de diversos ilícitos de acción pública. No está constatado, y la defensa no ha aportado pruebas en ese sentido, que la obtención del teléfono haya respondido a la comisión de un delito contra la propiedad de Perón González, lo cual obsta la aplicación de la exclusión probatoria prevista por el art. 207 del CPP. Lo dicho permite descartar también una afectación al debido proceso legal en perjuicio de la defensa, puesto que –precisamente–, a lo largo del proceso seguido contra los acusados ha podido controlar esa prueba, controvertir la certeza de los videos y fotografías emanados del teléfono, poner en tela de juicio que el aparato perteneciera a Perón González e impugnar las resoluciones relativas a cada una de esas cuestiones, obteniendo pronunciamientos judiciales al respecto. En definitiva, esa defensa ha podido ejercer los derechos que nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos acuerdan a la defensa.

En cuarto orden, en cuanto al alcance del derecho a la intimidad, no resulta relevante para esta causa la alegada vulneración al derecho a la intimidad de terceros constituidos por los demás coimputados que, junto con Perón González, aparecen en la filmación. Ello, por dos razones. En primer lugar, porque los eventuales afectados no han invocado y motivado esta afectación, habiéndose limitado a adherir al planteo de la defensa de Perón González.

En segundo lugar, porque el tribunal de sentencia ha justificado adecuadamente el límite del derecho a la intimidad de los acusados en este caso: el video muestra un espacio público –un recinto penitenciario–, aparecen funcionarios públicos en funciones, y se advierte la eventual comisión de un delito de alta gravedad institucional.

Esta última razón es decisiva: de ninguna manera puede afirmarse que las acciones que se advierten en el video respondan al ámbito privado.

En este orden, la Corte Federal recientemente ha descartado que la privacidad alcance cuestiones cuya naturaleza es –como ocurre en este caso– de interés público (conf. CSJN, «Denegri», Fallos 345:482). Que los sucesos investigados ocurrieron en un ámbito público y por funcionarios públicos es un hecho que no admite discusión alguna.

Como afirmó el tribunal, se trata de funcionarios públicos en ejercicio y ocasión de sus funciones, que operaron dentro de un establecimiento penitenciario y vulneraron derechos humanos de las personas a

su cargo.

Ello, motivó que en autos se admitiera la constitución de querellante de acuerdo con la previsión del art. 10, segundo párrafo del CPP, en cuanto prevé que «[...] contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos [...]».

De tal modo, se constituyeron como querellantes populares la Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Xumek) y la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En conclusión, las imágenes difundidas donde se observa a funcionarios penitenciarios en el ámbito de sus funciones en el contexto de la posible comisión de un delito contra una persona a su cargo, determina un desplazamiento del derecho a la intimidad en favor del deber estatal de investigar y sancionar la posible comisión de crímenes, máxime cuando pueden importar –como en este caso– graves violaciones de derechos humanos.

En definitiva, entiendo que resultan adecuadas las razones invocadas por el tribunal de la instancia previa para descartar la solicitud de exclusión probatoria, por lo que corresponde su convalidación en esta instancia.

b.- Consideraciones sobre la valoración probatoria desarrollada por el tribunal Las defensas de los acusados cuestionan la tarea valorativa de la prueba llevada a cabo por el tribunal de juicio con el objeto de desacreditar:

1) la identidad de la víctima; 2) la existencia de lesiones y daño psicológico en la persona de William Vargas González; y 3) la intervención de D. Perón en el hecho investigado –agravio específico de su defensa técnica–.

b.1.- Sobre la identidad de la víctima.

Los agravios dirigidos a cuestionar que la víctima efectivamente haya sido W. W. Vargas González giran en torno a cinco puntos: que la morfología de Vargas González no coincide con la persona atacada en el video, pues ésta –particularmente a partir de las conclusiones de los peritos Pérez Mirábile y J. Pointein– no presenta los numerosos tatuajes que Vargas González tiene; que el reconocimiento por voz que efectuó la madre de Vargas González es nulo, porque no pudo ser controlado por la defensa; que el tribunal no puede tener por acreditado que la víctima es Vargas González a partir de la declaración de Pena, pues éste escuchó del propio Vargas González que él era la víctima; que Vargas González no pudo estar en el lugar de los hechos el día en que ocurrieron, porque estaba en una celda de aislamiento; y que Vargas González no presentó lesiones compatibles con ser la víctima (agravio que será analizado en el punto b.2).

Más allá de las eventuales inconsistencias señaladas por las defensas, lo cierto es que la declaración de William Vargas González «pese al tiempo transcurrido, en términos generales fue clara, precisa, pormenorizada, con abundancia de detalles que [ha permitido al tribunal] corroborar sus dichos con el resto del material probatorio incorporado a la causa» (fundamentos, punto 8, fs. 4424).

Es que Vargas González brindó detalles durante el debate «que solamente quien ha tenido la vivencia de los hechos narrados puede recrearlos», tal como consignó el tribunal a fs. 4433.

En tal sentido, corresponde aclarar además que la entidad de los hechos vividos como el tiempo

transcurrido desde que aquéllos acontecieron influyen en la calidad de las declaraciones, las que –valga la reiteración– en lo nuclear han sido contestes entre sí. Los recurrentes ponen especial énfasis en señalar que ni Vargas González ni su madre, Susana Marta González, pueden afirmar que el reconocimiento en las videofilmaciones se basa en los tatuajes porque éstos no son visibles en el registro audiovisual.

Sin embargo, no puede soslayarse, por un lado, que S.M. González también dijo haber identificado a su hijo por la voz y que, aun cuando este reconocimiento no haya sido un «reconocimiento propiamente dicho», puede ser valorado como un dato indiciario por el tribunal, tal como ha ocurrido en autos. Por otro lado, la circunstancia de que efectivamente Vargas se haya reconocido, o no, a sí mismo en los videos por la coincidencia de sus tatuajes y los que tenía la persona filmada, no resulta dirimente a los efectos pretendidos por el recurrente.

Ello, toda vez que la víctima pudo haberse reconocido por el registro de la vivencia de los padecimientos sufridos, por las personas que los provocaron o el lugar en que se produjeron; en definitiva, por la coincidencia de las circunstancias filmadas y las vividas, sin que la visualización de determinadas marcas o tatuajes resulten determinantes para su individualización.

En tal sentido, los recurrentes cuestionan también que en la decisión cuestionada se ha omitido considerar la pericia de parte elaborada por el Ingeniero Pérez Mirábile, en cuanto pone en crisis la versión de Vargas y de su madre referida al reconocimiento de los tatuajes. Según entiendo, tal afirmación no es acertada.

Ello, en tanto el tribunal no sólo ha tenido en cuenta tal medio de prueba, sino que –luego de transcribir sus conclusiones relativas a que no se observan marcas en los brazos y puños de Vargas González– expresó que a los miembros de tribunal tampoco les fue posible visualizar en las imágenes de la videofilmación la existencia de tatuaje alguno.

No obstante, sostuvo que ello no significa que los tatuajes efectivamente no hayan existido, puesto que las imágenes «carecen de claridad alguna cuando se trata de captar aspectos puntales de dibujos, palabras o expresiones que pudiera o no tener en su cuerpo la víctima» (fundamentos, punto 52, fs. 4434). En otras palabras, la circunstancia de que a simple vista o mediante la pericia practicada no se hayan podido individualizar los tatuajes que la víctima afirmó tener, no quiere decir que ella mienta.

Esto, por diversas razones. Por un lado, la calidad del video no es la óptima y, por otro, la declaración de Vargas González –como ya se expresó– fue «clara y precisa en los aspectos medulares [y] posibilitó que brindara detalles que solamente quien ha tenido la vivencia de los hechos narrados puede recrearlos» (fundamentos, fs. 4433), razonamiento en el que no se advierte ninguna arbitrariedad.

A ello cabe agregar lo señalado por el tribunal en cuanto a que Vargas González no tenía ningún motivo para colocarse en el rol de víctima falazmente, por lo que la afirmación de las defensas técnicas no encuentra asidero en las constancias de la causa.

Ni siquiera puede presumirse un interés resarcitorio, teniendo en cuenta que la demanda civil se inició recién dos años después de la denuncia penal, tal como se detalló a fs. 4433 vta. de los fundamentos bajo análisis. Respecto a la circunstancia alegada por la defensa de Núñez, Bizaguirre y D'Ambrossio referida a que Vargas González falta a la verdad en cuanto al día en que sucedieron los hechos –puesto que, según sostiene el recurrente, no se hacían requisas los fines de semana–, debe decirse que no surge de los dichos del testigo la fecha del hecho, sino del informe elaborado por la Unidad de Delitos Tecnológicos de la Policía de Mendoza que ha sido agregado a fs. 24/31. Siendo así, si existiera alguna inconsistencia, ella no

puede atribuirse a una supuesta mendacidad de Vargas, como pretende la defensa (conforme surge de los fundamentos, punto 13 de fs. 4425 vta.).

A lo que debe agregarse, como se anticipó, que la eventual existencia de inconsistencias encuentra justificación en la entidad de las circunstancias vividas y en el tiempo transcurrido desde que acontecieron los hechos hasta el momento de la declaración. Desde otro aspecto, también se agravia la defensa aludida con relación al lugar en el que tribunal afirma que acontecieron los hechos.

Según expresa, a pesar que la propia víctima indicó que los golpes se produjeron en el módulo 10-D – ahora 4-B- del Complejo San Felipe, el tribunal tuvo por acreditado que los hechos tuvieron lugar en el módulo 5, sector A. Al respecto, debe señalarse que el agravio carece de sustento puesto que, si bien es cierto que a fs. 644 vta. William Vargas manifestó que lo golpearon «en la 10 D, que ahora le habían cambiado el nombre a 4 B», también lo es que la víctima durante el debate relató que, primero, estuvo en el pabellón 4, sector B, celda 15 y que, luego, se lo llevaron al pabellón 5, sector A, celda 2.

Esa última declaración, sumada a la hora en que se efectuaron las filmaciones –según surge de los informes tecnológicos de fs. 29/30–, a que en ese horario Vargas se encontraba alojado en el sector A, celda 2 – informe de fs. 211/215 e informe de fs. 1.824/1.842– y al reconocimiento del espacio físico que hicieron otros funcionarios penitenciarios –Escobar, Luvello, Mussolino, Valdez, Virlanga– luego de ver los videos, demuestran que la declaración que brindó William Vargas durante la investigación penal preparatoria no posee la contundencia que le atribuye la defensa.

En otras palabras, la valoración integral de la prueba incorporada a la causa no hace más que corroborar la afirmación del tribunal en cuanto al lugar en que se produjeron los hechos y que ocurrieron en el módulo 5, sector A, del Complejo San Felipe –conforme consignó a fs. 48 de los fundamentos impugnados–. Aun cuando lo señalado por Vargas en aquella declaración pueda carecer de exactitud, ello encuentra explicación en las características de los hechos investigados, como ya se anticipó.

En el sentido analizado, también se ha cuestionado la veracidad de la declaración brindada por Mario Silva Carmona. Sin embargo, no surge de los fundamentos del fallo impugnado la valoración de tal elemento de prueba, ni siquiera su incorporación con omisión de lectura –punto 4, fs. 4421 vta./4422 vta–, por lo que esta crítica también debe ser desestimada.

De igual modo, debe ser rechazado el agravio referido a la falta de valoración de las fotografías de Vargas agregadas a fs. 3964/3966, y cuya incorporación al debate fue expresamente solicitada por la defensa de Bizaguirre, Núñez y D'Ambrossio–conforme fundamentos, fs. 4422 vta. –. Ello, toda vez que se incorporaron al expediente sin noticia a la fiscalía ni a las defensas de los imputados –como argumenta el propio impugnante–, lo que impedía que fueran valoradas por el tribunal de la instancia previa. Estas circunstancias ponen de resalto la incoherencia interna del agravio esbozado y conducen a su rechazo.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde repetir que las circunstancias apuntadas para tratar de desacreditar la individualización de Vargas como sujeto pasivo de la conducta endilgada a los acusados, más allá de no prosperar por las razones antes apuntadas, no resulta dirimente para desvincularlos puesto que la identidad de los funcionarios penitenciarios en los hechos atribuidos no ofrece ninguna duda, como tampoco la ilicitud de su comportamiento.

En otras palabras, de acuerdo a lo que surge de los elementos de prueba antes analizados, se encuentra claramente acreditada la responsabilidad de los acusados por los hechos que se les atribuyeran. Por esta

razón, debe ser desestimado el agravio analizado.

b.2.- Sobre la existencia de lesiones físicas y daño psicológico.

En otro orden, las defensas de los acusados se agravan por entender que no se ha acreditado ninguna lesión o daño psicológico que justifique la calificación legal endilgada a sus defendidos. Este argumento también fue planteado en la instancia anterior. Al respecto, debe decirse que el tribunal brindó razones suficientes para entender que argumentos de tal calibre resultaban improcedentes a los efectos de dirimir la responsabilidad penal de los acusados en autos. Considero que existen otras apreciaciones que resultan en abono de lo señalado por el tribunal de juicio.

Ante todo, debemos recordar que en esta instancia se analiza la eventual responsabilidad penal de agentes estatales por torturas cometidas dentro de un establecimiento de privación de libertad contra personas que se encontraban bajo su custodia. Tales circunstancias irradian implicancias específicas en la cuestión y, por ello, deben ser advertidas.

Pues bien, en primer lugar, debe aclararse que –conforme se señalará en el acápite pertinente y como bien sostiene el tribunal de juicio en su decisión– el tipo penal en cuestión no requiere de la existencia de lesiones para su configuración.

Por lo tanto, si bien la eventual acreditación de lesiones físicas o daño psicológico que sean derivación de los actos de torturas podría abonar en favor de la comprobación de la conducta típica, su inexistencia y/o falta de acreditación no podría entenderse en un supuesto que impida la configuración de delito en el que se encuadraron los hechos acreditados o que de tal circunstancia derive, sin más, su inexistencia.

Coincido con el tribunal de la instancia previa en cuanto a que las pruebas incorporadas a la causa resultan suficientes para corroborar «las agresiones, tanto físicas como psicológicas de que fue víctima W. W. Vargas González en el caso» (fundamentos, fs. 4434 vta.).

Es que la falta de registro de los padecimientos sufridos por una persona no implica que el acto de tortura no hubiese existido; ni tampoco desacredita fehacientemente a Vargas González como la víctima de los hechos.

Por un lado, porque la tortura física no siempre deja rastros en las corporalidades violentadas y, por el otro, en tanto la tortura no es exclusivamente física.

Sobre de lo primero, debo decir que, a mi criterio, la falta de huellas físicas en el cuerpo de las víctimas de torturas cometidas en circunstancias como las descritas –es decir, dentro de una institución controlada por una fuerza pública como el Servicio Penitenciario– encuentra una posible explicación en la naturaleza eminentemente ilegal de la conducta desplegada y en el conocimiento que de tal circunstancia ostenta el autor o autores del acto.

No resulta desmesurado considerar, en efecto, que al consumir actos de tortura física, el autor propicie acciones que produzcan el menor registro posible –en términos probatorios– precisamente a los efectos de no dejar rastros de su accionar ilegal. En tal sentido el Protocolo de Estambul –constitutivo del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas– postula que «[l]as pruebas físicas, en la medida en que existan, son importantes informaciones que confirman que la persona ha sido torturada.

De todas formas, en ningún caso se considerará que la ausencia de señales físicas indica que no se ha producido tortura, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas

ni cicatrices permanentes» (cap. v; párr. 161).

Así, a la falta de exigencia por parte del tipo legal de torturas la constatación de lesiones en la víctima, se suma la posibilidad de que tales actos no dejen registros precisamente por haber actuado los autores con tal previsión. Todo esto, más allá de los elementos que surgen de los informes médicos agregados en autos; cuyo sentido negativo, tal como se señaló, no resulta definitivo en el sentido de negar la existencia de las torturas que se invocan.

De manera tal que la falta de constancias médicas que den cuenta de lesiones físicas en el cuerpo de Vargas no lo desacreditan como víctima ni impiden la procedencia de la calificación legal de torturas.

En segundo lugar, respecto de la acreditación de la tortura psíquica sufrida por Vargas, también comparto la respuesta dada por el tribunal al planteo defensivo.

Al respecto, el tribunal consideró que no se puede pretender descartar el daño psicológico mediante un examen practicado a William Vargas González en fecha 12 de febrero de 2019 –casi nueve años después de que ocurrieron los hechos–, puesto que hacerlo implicaría desconocer lo que ha resultado evidente en la causa y la realidad del ámbito en que tuvieron lugar las conductas reprochadas.

En ese orden, con cita del Protocolo de Estambul, sostuvo que cuando estos hechos se dan en un contexto de encierro este tipo de conductas agresivas pasan a naturalizarse y las víctimas suelen tomarlas como un «avatar más de su permanencia en el establecimiento» (fundamentos, fs. 4434 vta.).

En virtud de ello, no resulta determinante que el informe del examen psicológico referido no diera cuenta de daño psicológico en Vargas, dado el tiempo transcurrido entre los acontecimientos investigados y la fecha de la medida, el contexto en que éstos se produjeron, el sentido de sus propios dichos al momento de declarar y la contundencia del resto del material probatorio corroboran la existencia de los padecimientos psicológicos en la persona de William Vargas. Por las razones expuestas, el agravio bajo análisis tampoco puede prosperar en esta instancia.

b.3.- En otro orden, la defensa de Perón González sostiene que su participación en el hecho no se encuentra acreditada, y se agravia en razón de que la declaración de su defendido no ha sido tomada en cuenta por el tribunal.

Considera que el hecho de no haber pedido su incorporación no es motivo para que el tribunal no la valore, puesto que no constituye prueba sino un acto de defensa material. En este aspecto, debemos tener en cuenta que, si bien el tribunal no ha analizado la declaración del acusado D. Perón González agregada a fs. 1856/1857 de estas actuaciones, lo cierto es que la versión de éste no difiere sustancialmente de la estrategia de su defensa técnica, respecto de la cual se han dado tratamiento a todos y cada uno de los planteos propuestos, por lo que no se verifica en autos la vulneración del derecho de defensa alegado por el impugnante.

Al respecto, valga decir que la justificación desarrollada por el tribunal para explicar por qué consideró probado que D. Perón González es la persona que filmó los videos que registran las torturas se basa sobre un análisis exhaustivo de la prueba, a partir de cuya valoración la vincula con los hechos de una manera que se considera correcta y debidamente fundamentada. No resulta, a mi modo de ver, ni arbitraria ni desacertada la decisión adoptada por el tribunal de la instancia anterior, pese al desacuerdo de la defensa del acusado. En efecto, considero que está debidamente probado en la causa que el celular Nokia nro. de serie IC 661-R-RM160 era de propiedad de Daniel Perón González y que él fue el quien lo tuvo en su poder

mientras transcurrían los delitos que aquí se juzgan.

Que el celular era de su propiedad surge de la evaluación que puede hacerse de ciertos registros fotográficos obrantes en el mismo: cinco fotografías identificadas como «YO» en las que Perón fue reconocido por los funcionarios penitenciarios L. Escobar, L. Musolino y N. Lovello.

Pero además es el propio Perón el que refiere ante las instancias judiciales una alegada vulneración a su derecho a la propiedad respecto del teléfono celular del que surge el registro de los videos. Ante este panorama, no puede haber dudas respecto de este primer punto. Sobre su intervención en los hechos, específicamente el tribunal señaló que no tenía ninguna duda de que quien realizó la filmación fue D. A. Perón González, puesto que «a la hora y el día consignados en la acusación [el nombrado] se encontraba de guardia y como Encargdo del Módulo 5-A, donde ocurrieron los hechos», conforme surge de los instrumentos individualizados en el párrafo anterior y de las declaraciones de «sus superiores jerárquicos, Lunello, Escobar y Musolino (quien sostuvo en el debate que a través de una investigación interna se determinó que el autor de los videos era Daniel Perón)» (fundamentos, punto 31, fs. 4428 vta.). A ello agregó que entre las imágenes contenidas en el teléfono celular de su propiedad, «[h]ay una fotografía suya, tipo “selfy”, que tiene fecha 20 de junio del año 2.010, es decir pocos días después de las que se consignan en los videos que sirvieron de origen a esta investigación [...] que demuestra que después que filmó los videos de la causa continuó usando el dispositivo para tomar fotográficas personales» (fundamentos, punto 31, fs. 4429).

A estos indicios le sumó la afición de Perón González por filmar videos dentro del complejo penitenciario donde prestaba funciones, de acuerdo a lo declarado por José Pérez Aguirre en las actuaciones administrativas que se originaron para investigar supuestos apremios a personas privadas de libertad en el Complejo San Felipe y en el contexto de la desaparición del teléfono celular de Daniel Perón –Sumario Administrativo N° 149-I-2.011-00107– (fundamentos, puntos 33 y 34). Como otro dato indiciario, el tribunal refirió que, ante la pérdida de su teléfono celular, «existía una dicotomía en el actuar de Perón.

Por un lado quería recuperar su teléfono y por el otro estaba su interés de que no salieran a la luz las filmaciones que tenía almacenadas en él [...] de ahí el interés en su búsqueda por un lado, pero su abstención por otro en el momento de formular la denuncia», a pesar de encontrarse obligado a hacerla (fundamentos, puntos 40 y 41). Por su parte el tribunal agregó que W. F. Correa, otra persona privada de libertad que declaró a fs. 81/83 de la causa N° P-20.747/11 –ofrecida como AEV por las partes–, identificó «al que filmaba como Daniel o el Pelado Daniel», cuyos datos morfológicos aportados por el testigo coinciden con los que se observaron en la persona de Daniel Perón González en la audiencia de debate (ver al respecto, el punto 44 de los fundamentos bajo análisis).

Es importante destacar que, como se dijo, el día en que se produjo la grabación – conforme informe agregado a fs. 24/31 de autos– D. Perón González estaba de servicio, de acuerdo a las copia del legajo informático agregadas a fs. 1016/1021 y de las copias de los Libros de Novedades agregadas a fs. 1022/1033 de autos –concretamente, desde las 06:50 hs. del 06/06/2010 hasta las 07:58 del 07/06/2010–, y ninguna constancia de la causa hace presumir que ese día no tuviera su celular en su poder –si se tiene en cuenta que la supuesta pérdida o sustracción se produjo el día 11/01/2011–.

De tal manera, como bien analizó el tribunal de la instancia anterior, de aquello puede inferirse que era él quien estaba en poder de su celular mientras se filmaban los hechos objeto del proceso. Ahora bien, en relación con la pericia elaborada por el perito de control A. A. Pellegrino, corresponde señalar que no le

asiste razón al recurrente en cuanto a que el tribunal descartara, sin dar razones para ello.

Por el contrario, el tribunal sostuvo que, si bien en la pericia aludida se consignó que no podía establecerse con certeza que los videos cuestionados hubiesen sido filmados con el celular inspeccionado y que la filmación podía haberse efectuado con otro artefacto y transferirse al de Perón; señaló que lo allí señalado no era más que una posibilidad y que el perito «no afirm[ó], ni siquiera insin[uó], que ello haya ocurrido» (fundamentos, punto 27, fs. 4427 vta.).

Agregó que el perito de control no «se ha atrevido a sostener» que «las fechas consignadas hayan sido modificadas o que se haya intentado hacerlo y de cual manera».

Es decir que el tribunal de juicio no ha dejado de valorar y, mucho menos, desvirtuado una medida de prueba sin justificación, sino que la ha analizado pormenorizadamente y ha llegado a la conclusión de que la misma no resulta suficiente para desacreditar prueba objetiva como es el informe agregado a fs. 24/31 de estos obrados, según el cual se ha establecido que las filmaciones tuvieron lugar el día 7/06/2010, a las 00:47 hs. y 01:16 hs., respectivamente.

Tal pericia de parte tampoco tiene la contundencia para poner en crisis la conclusión referida a que la filmación fue realizada por D. Perón González, toda vez que la referida filmación fue hallada en el teléfono de su propiedad; él prestaba funciones donde ocurrieron los hechos en el momento en que ellos se produjeron; y no existe ninguna constancia de que no haya tenido el teléfono móvil en su poder. En otras palabras, de la afirmación consistente en que la filmación podría haberse realizado con otro celular no puede interpretarse de forma categórica que así haya ocurrido; sobre todo, si múltiples indicios conducen a la conclusión opuesta. En definitiva, entiendo que le asiste razón al tribunal en cuanto a que existen en la causa «fuertes y variados indicios de capacidad y de presencia.

No hay elemento alguno que indique que los videos no fueron grabados por ese aparato. No hay explicación alguna en sentido contrario. Tampoco que las imágenes hayan sido introducidas a ese aparato provenientes de otro teléfono. De igual modo no existe otra explicación posible, racional y lógica, que no sea que fue Daniel Adrián Perón quien filmó los videos la noche que fue torturado W. W. Vargas González» (fundamentos, punto 37).

Sentado ello, no puede soslayarse que el defensor de Perón González ha entendido que el tribunal modificó el sustrato fáctico de la acusación, en tanto concluyó que su defendido profirió términos agraviantes a la víctima y que además animaba a sus compañeros a continuar con los actos que desarrollaban, mientras que en el auto de elevación a juicio se consignó que «Perón filmó y después golpeó».

Sin embargo, considero que el agravio desarrollado por el recurrente en este aspecto tampoco puede prosperar. Lo afirmado se funda en que, si bien el tribunal tuvo por acreditado los extremos consignados en el auto de elevación a juicio, conforme el cual «el agente D. A. Perón fue quien mediante la utilización de su teléfono celular filmó toda la situación [...], como así también golpeó al interno mencionado» (fs. 4423 de los fundamentos bajo análisis), lo cierto es que en la fundamentación de la sentencia condenatoria se especificó la conducta reprochada a D. Perón González, la que fue precisada por el Ministerio Público Fiscal y respecto de la cual su defensa técnica pudo ejercer todas las facultades que hacían a su derecho. En efecto, en el punto 31 se consignó que Perón González era quien «filmaba y grababa lo que sucedía, además de proferir términos agraviantes hacia la persona agredida, animaba a sus compañeros a continuar con la injusta tarea, golpear, humillar, ridiculizar, denostar a quien se encontraba

sometido» (fundamentos, fs. 4428 vta.).

En igual sentido, en los puntos 38 y 39 se expresó que D. Perón González fue «quien grabó, con su móvil personal, las escenas que dieron origen a esta causa [...] con lo cual con su accionar y las arengas que se escuchan a través del audio, instando a sus compañeros a la causación de un sufrimiento psíquico extremo, sumado a los castigos, las imposturas y el ejercicio arbitrario del poder que se hizo en desmedro de la víctima en tal oportunidad, lo tornan partícipe directo del injusto [...] y motivo de mayor reproche puesto que era el encargado del recinto al cual había sido conducido Vargas González y responsable directo de la integridad e indemnidad del mismo» (fundamentos, fs. 4430).

Como se advierte, la conducta de D. Perón González considerada acreditada no ha variado en lo sustancial respecto de la intimada.

Ello, en tanto en todo momento se le atribuyó haber filmado los hechos investigados, con la gravedad que tal comportamiento representa. En este aspecto, resulta conveniente señalar que la etapa procesal probatoria de mayor plenitud lo constituye el debate oral y público, instancia en que se produce toda la prueba que las partes han considerado pertinente y conducente a la solución del caso.

En virtud de ello, la acusación final podrá consignar alguna variación, no esencial, de la imputación original –en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar– de acuerdo con la prueba producida en esa instancia, tal como ha ocurrido en autos.

Ahora bien, la circunstancia aludida no puede traducirse en ninguna sorpresa para su defensa técnica que hoy recurre, puesto que pudo controvertir todas las pruebas que se produjeron durante el proceso para desvincular a su defendido e, inclusive, ejercer sus facultades en esta instancia.

Asimismo, corresponde señalar que la gravedad de la intervención de Perón González no puede más que encuadrarse jurídicamente en la coautoría, tal como lo hizo el tribunal en virtud de los argumentos precedentemente reseñados.

Argumentos que, por lo demás, deben ser analizados en un marco de entendimiento que asuma que se trata de hechos cuya extrema gravedad se robustece en cuanto se advierte que quien comete la conducta reprochada es, precisamente, el agente estatal llamado a operativizar el mandato internacional de respeto y protección de los derechos fundamentales de la víctima.

En efecto, nótese que los agentes penitenciarios son titulares tanto de la obligación de no cometer actos lesivos de la integridad personal de las y los detenidos –configurativa de un deber de abstención– como del mandato de evitar que terceras personas consumen tales conductas en perjuicio de las personas cuya integridad custodia –es decir, una obligación de hacer–.

Tal es así que la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura indica como responsables de la comisión de actos de tortura a «los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan» (art. 3.a; énfasis agregado).

De esta manera, la conducta atribuida a Perón González sin dudas configura, además del delito de torturas en grado de coautoría por las razones antes indicadas, un hecho que –al igual que los ejecutados por los restantes acusados en la causa– involucra de manera directa la posible responsabilidad internacional del Estado argentino.

En definitiva, conforme se ha expuesto, no advierto ninguna falencia o arbitrariedad en la valoración

probatoria llevada adelante por el tribunal y tampoco ningún vicio formal que amerite la declaración de nulidad del fallo cuestionado, como refieren las defensas.

c.- Consideraciones sobre la alegada vulneración del plazo razonable y sus consecuencias para este proceso

La defensa técnica de Núñez, Bizaguirre y D'Ambrossio solicita que se declare extinguida la acción penal ejercida en las presentes actuaciones, debido a su insubsistencia por violación del plazo razonable. Funda su pretensión en el prolongado tiempo transcurrido desde el acaecimiento del hecho endilgado a sus defendidos y la realización de la audiencia de debate; y en la circunstancia de no haber sido esa parte la responsable de la prolongación del trámite.

Debe tenerse presente que la Corte Federal ha reconocido al plazo razonable de duración del proceso como una consecuencia del derecho de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, que incluye el derecho de toda persona acusada a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término –del modo más rápido posible– a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal (**conf. CSJN, Fallos: 344:1930; 344:378; 342:584; 327:327**). Además, la garantía a ser juzgado en un plazo razonable no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio, sino que se encuentra también previsto expresamente en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia (**art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional**).

En ese sentido, la Corte Federal ha afirmado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (conf. CSJN, Fallos: 344:1930; 344:378). Corresponde señalar que no toda violación a la garantía de juzgamiento en plazo razonable acarrea la insubsistencia de la acción penal.

De hecho, según los diversos criterios sostenidos por esta Sala en la materia, la consecuencia de su vulneración no es la extinción de la acción penal. En efecto, cualquiera sea la postura que se adopte al respecto corresponde el rechazo del planteo en esta instancia. Veamos.

De acuerdo con una de las posturas aludidas, la afectación de la garantía del plazo razonable respecto de las personas acusadas sólo podría habilitar una solicitud de consideración de pena –conmutación– al Poder Ejecutivo (art. 128, inc. 5 de la Constitución de la provincia de Mendoza) por parte del juez o del interesado, más no las consecuencias pretendidas por la defensa del acusado (**ver al respecto «Orozco», voto del doctor José V. Valerio**).

Por otra parte, de conformidad al otro de los criterios referidos, cuando «la extensión proceso ha quebrantado la garantía de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, [...] [ello] acarrea dos consecuencias: la imposibilidad de incorporar nuevas pruebas y la necesidad de tener en cuenta esta circunstancia eventualmente, al momento del dictado de una posible condena, en la determinación concreta de la penalidad a aplicar, ya que las dilaciones indebidas que ha sufrido el juicio inciden en el significado del hecho en juzgamiento» (**ver al respecto «Hemsey», «Ochoa Rosales», entre otros; voto de los doctores Omar A. Palermo y Mario D. Adaro**), pero no habilita el dictado del sobreseimiento por extinción de la acción penal como sugiere la defensa. En síntesis, para cualquiera de las posturas antes

mencionadas el efecto de la eventual vulneración del plazo razonable respecto de los acusados no resultan aquellos pretendidos por la defensa en relación con la vigencia de la acción. En virtud de ello, corresponde también el rechazo de este punto de agravio.

d.- Consideraciones sobre la **calificación jurídica** de los hechos probados

Respecto de la subsunción jurídica en la que el tribunal ha encuadrado los hechos que consideró probados, tampoco advierto ningún defecto que amerite su modificación en esta instancia. En efecto, aun cuando las defensas coincidan en este punto de agravio al solicitar un cambio de calificación, entiendo que los acontecimientos objeto del proceso han sido adecuadamente calificados como torturas, de conformidad a las previsiones del art. 144 ter, inc. 1 del CP.

Como surge de la reseña efectuada en los puntos 2, 3 y 4, las respectivas defensas de los acusados argumentan que en los hechos investigados no se configura el delito de mención, ya sea porque no se han acreditados las lesiones físicas y el daño psicológico, o bien, porque ninguno de estos últimos reviste una entidad suficiente para subsumirse en el delito de torturas, sino que sólo podrían representar vejaciones.

d.1.- En primer lugar, estimo necesario definir el marco jurídico nacional e internacional que envuelve a las conductas que se les reprocha a los acusados en el proceso. Esto, en tanto se trata de acusaciones de una trascendencia inusitada, pues contempla la posibilidad de que se hubieren cometido conductas cuya prohibición absoluta pertenece, como lo ha sostenido la Corte IDH, al dominio del *ius cogens*. La tortura se caracteriza por configurarse mediante la comisión de actos de tremenda crueldad que suponen «el desconocimiento de la otra persona como tal» (**D’ALESSIO, A. -director DIVITO, Mauro –coordinador-, Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II, Parte Especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 435**).

Se trata de hechos mediante los cuales el sufrimiento generado tiene como consecuencia más grave la absoluta negación de la personalidad y la dignidad de quien la sufre; dignidad sobre cuyo reconocimiento se funda la noción de los derechos fundamentales que nos asisten a todas las personas por el solo hecho de ser tales.

En la jurisdicción doméstica la tortura se encuentra definida en el artículo 144 ter, inc. 3 de nuestro Código Penal.

En tal sentido la norma citada establece que «[p]or tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente». Tal definición de tortura resulta conteste con las que regula el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conviven, en tal arena, la definición aportada por el Sistema Universal y la de su par interamericano.

Así, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas la define como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones» (art. 1).

Por su parte, el derecho convencional interamericano ofrece una interpretación más amplia del concepto, al considerar tortura «todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica [.]

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo» (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2). Nótese, en razón de lo que interesa en los presentes obrados, que existe amplio consenso normativo respecto de que la tortura puede ejecutarse de diferentes maneras, pudiendo configurarse actos de tortura física y/o actos de tortura psicológica. Respecto de esto último ha precisado la jurisprudencia interamericana que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada «**tortura psicológica**» (**Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014**); y que «algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma» (**Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003**; énfasis agregado).

Además, en lo que respecta a la entidad del sufrimiento producido en la persona de la víctima –elemento al que se refieren todos los ordenamientos legales mencionados– en los pronunciamientos del SIDH se ha establecido que su severidad debe apreciarse en función de factores endógenos y exógenos propios de cada caso. Los primeros refieren a las características del trato –tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar– y los segundos a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos –entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal– (**Corte IDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11 de mayo de 2007**).

d.2.- Ahora bien, un primer extremo necesario para determinar si una conducta es constitutiva de vejaciones o torturas es considerar el contexto en el que se produce. En este orden, –y sin perjuicio de que, como se verá luego, estamos ante un caso claro de torturas–, no puede perderse de vista que cada comunidad tiene una sensibilidad particular que contribuye a delimitar un estándar propio de lo que, en cada caso concreto, constituye o no el delito de torturas.

En nuestro caso, la historia reciente nacional y provincial demanda que los hechos que se observan en las videograbaciones analizadas –que se han podido examinar en esta instancia– sean considerados, sin lugar a dudas, como torturas.

Nuestro país aún no sana las heridas producidas por la consumación sistemática y generalizada de los gravísimos actos de violencia institucional cometidos en el contexto de la última dictadura cívico militar, autodenominada «Proceso de Reorganización Nacional», y aún se encuentra en proceso de juzgamiento

de los gravísimos crímenes de lesa humanidad cometidos durante aquella oscura etapa de su historia, que usurpó el gobierno constitucional entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

Durante este período se cometieron incontables violaciones a los derechos humanos, muchas de las cuales implicaron el uso de torturas como parte de un plan estatal sistemático.

Por eso, la refutación de la violencia estatal ilegítima no sólo constituye un deber esencial del Poder Judicial, sino que canaliza acuerdos básicos a los que hemos llegado como Estado luego de transitar ese último gobierno de facto.

Así, como sostuve al comienzo de este voto, la República Argentina asumió compromisos internacionales mediante tratados de derechos humanos de orden general –la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención contra la Tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas–.

Por otra parte, nuestra provincia tiene antecedentes sensibles sobre la situación carcelaria. En efecto, es conocido el impacto que la falta de garantía y la vulneración de derechos de las personas privadas de su libertad en las dependencias carcelarias provinciales supone –y supuso– en términos de responsabilidad internacional.

La violación de tales derechos motivó ya intervenciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunas de las cuales implicaron condenas a nuestro país y, particularmente, en contra de nuestra provincia –en tal sentido el Caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de la Corte IDH de 14 de mayo de 2013; y el Informe de solución amistosa de la CIDH Nro. 84/11 dictado en el Caso 12.532, Internos penitenciarias de Mendoza–.

La situación de las cárceles de Mendoza ha sido especialmente monitoreada por los organismos interamericanos de protección de Derechos Humanos desde hace casi veinte años. Lo estuvo durante muchos años de manera ininterrumpida, y lo está en este momento en razón de la vigencia de las medidas cautelares dispuestas por la Comisión IDH en el año 2015 en favor de todas las personas privadas de libertad en los complejos penitenciarios Almafuerde y San Felipe (Comisión IDH, Resolución n° 17/15 del 14 de mayo de 2015, MC 35-14 Complejos Penitenciarios Almafuerde y San Felipe – Argentina).

Al igual que el Estado Nacional, la sociedad mendocina ha adoptado democráticamente un compromiso cuando, a través de sus representantes legislativos, aprobó la ley 8.284 de creación de la Comisión Provincial de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Con esto, se advierte que este tipo de delitos afecta una parte del núcleo identitario de nuestra comunidad –local y nacional– y demanda que los jueces llevemos adelante el análisis de las conductas que significan un uso ilegítimo de la violencia estatal de manera adecuada al sentido que tienen para la sociedad. Los hechos que se ventilan en las presentes actuaciones no sólo tomaron conocimiento público respecto de nuestra sociedad mendocina sino también respecto de la comunidad internacional –frente a la que nos encontramos especialmente obligados–, cuando se activaron las herramientas con las que cuenta el Sistema Interamericano Derechos Humanos para la protección de los derechos fundamentales, tanto a través del procedimiento de medidas provisionales como mediante el sistema de casos y peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Puesto en términos claros, en la evaluación del significado penalmente relevante de las conductas presuntamente delictivas, los jueces debemos tomar en consideración –y reflejar– las expectativas

sociales, pues «[l]a decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, [...] no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual "persona singular", sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social [...]» (JAKOBS, Günther, **Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 12**).

En nuestra comunidad, el uso de la fuerza pública por parte de las autoridades –especialmente cuando es llevada a cabo en contextos de encierro–, debe ajustarse a estrictos estándares y procedimientos para satisfacer las altas expectativas sociales al respecto, que podemos conocer –entre otras vías– por su positivización luego de acuerdos democráticos sólidos.

En este sentido, recientemente la Corte Federal ha considerado que «[...] el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de "perseguir", "investigar" y "sancionar adecuadamente a los responsables" de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos» (CSJN, «Martel, Osvaldo», Fallos: 345:298).

La «adecuada sanción» a la que está obligado el Estado frente a este tipo de hechos supone afirmar la relevancia y el significado institucional que tienen este tipo de conductas delictivas. Por ello, resulta manifiestamente improcedente la pretensión defensiva de que la calificación sea modificada del delito de torturas a las figuras menos graves previstas en el art. 144 bis, inc. 3 del CP, que sanciona al «[...] funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales».

Más adelante analizaré concretamente las acciones desplegadas por los acusados, ahora me interesa destacar que la calificación cuya aplicación pretenden los defensores está prevista para casos notoriamente menos graves.

La diferencia entre el delito de torturas y la figura cuya aplicación solicita la defensa es, en cierto punto, de grado e intensidad; y, en ese sentido, la doctrina ha señalado como elemento distintivo a la idoneidad para causar graves sufrimientos o poner en peligro la integridad psicofísica de la víctima que está implicada en las torturas (ESTRELLA, Oscar Alberto; GODOY LEMOS, Roberto, **Código Penal, parte especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinarios. Jurisprudencia seleccionada, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t.2, p. 111**).

En el caso que nos ocupa, resulta claro que la conducta desplegada por los acusados está lejos de implicar meros tratos humillantes o severidad en el uso de medios legítimos de disciplina.

Nos encontramos nuevamente frente a un escenario en el que se debate específicamente respecto de hechos que claramente configuran violaciones a los derechos humanos de personas privadas de libertad cometidas por agentes del Estado provincial encargados de su custodia –en el caso, personal penitenciario–. Hechos de extrema gravedad, cuya comisión entran en clara tensión, como he señalado al comienzo de este voto, con los compromisos asumidos por el Estado nacional en tratados de derechos humanos.

d.3.- Pero más allá de las consideraciones realizadas, considero que el tribunal de juicio ha sido claro y contundente al analizar el carácter y entidad de los sufrimientos infligidos a la víctima de autos, y que adecuadamente ha interpretado que la calificación jurídica no puede ser otra que la de torturas. Es que no quedan dudas, una vez analizada la prueba, de que la violencia –física y psicológica– ilegal, ilegítima y extrema ejercida por los acusados sobre el cuerpo de la víctima configura, indiscutiblemente, actos de

tortura.

Actos para cuya consumación los autores se valieron ilegalmente de las prerrogativas que les asisten en tanto aquella especial relación de sujeción que los vincula con las personas detenidas, y que deviene en relaciones desiguales de poder que se forjan entre custodios y custodiados dentro de un establecimiento de privación de libertad como una cárcel. Y más aún, actos que resultaron favorecidos por el estado de vulnerabilidad estructural que atraviesa al colectivo de personas privadas de libertad y, particularmente, por la especial situación de indefensión material en que se encontraba la víctima.

Múltiples y extensos son los argumentos y el análisis que ofrece el tribunal de instancia anterior para explicar, de manera acabada, porqué la conducta reprochada configura los delitos de tortura, y no otros.

En particular, el tribunal reconoció que «el caso traído a conocimiento posee una gravedad superlativa, no solo porque se trata de una víctima que se encontraba en un contexto de encierro, y por ende de suma vulnerabilidad, sino porque los autores poseían respecto de Vargas, una especial posición de garante de todos los derechos [para] que no se [vieran] afectados por su encierro» (fundamentos, fs. 4435 vta.). A ello agregó que «el accionar desplegado por los [acusados], quienes tenían a cargo la custodia de las personas privadas de libertad en el complejo penitenciario, consistió en infligir, intencionalmente, a la víctima sufrimientos físicos y mentales, que tenían como motivación [...] castigar a Vargas [por haber] alterado el orden dentro del establecimiento, y proferido insultos y golpes a personal penitenciario».

Con ello, señaló, se advierten «cumplidos los elementos que la Jurisprudencia y Doctrina ha determinado como constitutivos del delito de tortura: que se trate de un acto intencional; que cause severos sufrimientos físicos o mentales, [...] que se cometa con un determinado propósito [y] que ese sufrimiento [sea] de cierta entidad» (fundamentos, fs. 4435 vta./4436).

En relación con lo último señalado, si bien las defensas alegan que los hechos no pueden ser calificados como torturas por no revestir una significativa gravedad, el tribunal ha justificado debidamente por qué considera que los sufrimientos infligidos constituyen un delito más grave que las vejaciones o severidades.

En tal sentido y luego de indicar basta jurisprudencia y doctrina específica en la materia, el tribunal consignó que el video «evidencia la perversidad y crueldad de los agresores con un sujeto inmovilizado para evitar que se defienda, cuya suerte depende exclusivamente de la voluntad de los agentes penitenciarios, y así se lo hacen saber, siendo también evidente la profunda humillación a la que fue sometido Vargas, y la disminución de su dignidad como ser humano», maltrato que, por su gravedad, entendió configurativo de torturas y «no como un exceso en el uso de la fuerza (severidades), u otra conducta menos grave» (fundamentos, fs. 4436 vta.).

La contundencia de las circunstancias referidas por el tribunal de juicio resulta suficiente para fundar la gravedad por el tipo delictivo cuestionado.

Es que –tal como sostuvo el tribunal, con cita del Caso Bueno Alves vs. Argentina de la Corte IDH– para determinar la configuración de lesiones debe tomarse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, sus factores exógenos y endógenos.

Y, en ese orden, deben considerarse además de «los golpes de puño, patadas y sufrimientos físicos y psicológicos, causados a la víctima» el contexto de encierro y la extrema vulnerabilidad de sus derechos en el que se encontraba Vargas González: el grado de sometimiento, la situación de indefensión, el aislamiento provocado, la contextura física, su escasa edad, la superioridad numérica, la total

inmovilización mediante la sujeción de sus brazos y la cantidad y calidad de golpes propinados; tal como se hizo en los fundamentos cuestionados. Ahora bien, sin perjuicio de que el sufrimiento físico y psíquico relevado en tal decisión judicial ya resulta por sí suficiente para considerar acertada la calificación legal, a ese análisis holístico y exhaustivo se suman otras consideraciones.

El tribunal de la instancia anterior destacó, en este sentido, que Vargas González sabía que su suerte dependía de la voluntad de sus torturadores; lo que, en efecto, es cierto.

Pues bien, el sufrimiento que tal conocimiento habrá generado en la víctima –y el consecuente impacto que ello tiene en lo que a la calificación jurídica respecta– debe dimensionarse también en consideración de aquellos factores endógenos y exógenos antes enunciados. Y ello debe realizarse atendiendo necesariamente al contexto de privación legítima de libertad en el que sucedieron los hechos.

Así es que aquella dependencia de su suerte a la voluntad de los torturadores no puede comprenderse como una circunstancia coyuntural, anclada al momento de consumación de la agresión. Por el contrario, debe advertirse que tal relación de poder y dominación impacta en la lógica estructural de la institución carcelaria, al signar con un contenido distorsionado aquella especial relación de sujeción que describimos previamente. ¿Cuál será entonces la entidad del sufrimiento psíquico que le puede provocar a una persona el saberse que se encuentra casi literalmente en las manos de sus torturadores de manera permanente? Más aún: ¿qué sensación de resguardo –y con ella, de evitación de sufrimiento– puede ofrecerle a una persona privada de su libertad un sistema que ha permitido que sea torturada por: i) varios agentes penitenciarios; ii) que se encontraban en cumplimiento de sus funciones; iii) que actuaron a cara descubierta y uniformados; iv) que filmaron los hechos mientras los cometían; y v) que actuaron dentro de las instalaciones legítimamente habilitadas para privar de la libertad a las personas? Ante este panorama de las posibles dimensiones en que se expresa aquella relación de dominación en los hechos objeto del proceso, es prudente concluir que aquel conocimiento que registró la víctima respecto de la suerte de su destino tuvo una entidad suficiente como para generarle la angustia moral que responde a las características demandas por la Corte IDH para configurar un supuesto de tortura psicológica; y que, a su vez, ello no puede sino configurar un sufrimiento tan grave como el que exige la norma penal nacional para configurar el delito concordante.

Ninguna duda me cabe, entonces, que el sufrimiento físico que le produjeron a la víctima mediante sus conductas, así como el sufrimiento psicológico derivado de tales actos, fueron de una gravedad tal que pensarlos como vejaciones o severidades suena inadmisibles y profundamente injusto.

Calificar un acto de violencia institucional extrema como el registrado en el material probatorio obrante en autos –donde se ve a un grupo de funcionarios penitenciarios golpeando deliberadamente a una persona indefensa sometida absolutamente a su custodia, humillándola e ignorando sus pedidos de clemencia– como tortura se impone jurídicamente como la solución correcta.

A lo señalado, corresponde reiterar que el tribunal de la instancia previa también analizó el planteo defensivo relativo a la supuesta falta de corroboración de las lesiones físicas y psicológicas, rechazándolo con base en reconocida doctrina y jurisprudencia, conforme la cual «lo relevante para la configuración del tipo es que los actos sean objetivamente idóneos para provocar padecimientos graves» (fundamentos, tercera cuestión, punto 2) y no una efectiva constatación de tales lesiones –las que no siempre se producen en función de los medios deliberadamente utilizados para infringir sufrimiento–, lo que entendió acreditado en autos.

d.4.- En síntesis, corresponde el rechazo del agravio vinculado con la calificación jurídica de los hechos en razón de que el tribunal de la instancia previa ha motivado de manera suficiente y adecuada aquélla, sin que se advierta en esa tarea ninguna arbitrariedad o defecto que la desvirtúe como acto jurisdiccional válido.

e.- Recapitulación y conclusiones

A lo largo de las consideraciones previas ha sido posible determinar: que la exclusión de la videograbación solicitó la defensa de Perón González –con adhesión de las demás defensas– ha sido adecuadamente desestimada por el tribunal de instancia previa (a); que la prueba en base a la cual el tribunal consideró acreditados los hechos acusados ha sido correctamente valorada, sin que se adviertan violaciones a las reglas de la sana crítica racional ni una motivación arbitraria por parte de aquel tribunal (b); que no puede ser acogido el planteo de insubsistencia de la acción penal realizado por la defensa de Bizaguirre, Núñez y D'Ambrosio, en tanto no cuenta con asidero jurídico (c), y, finalmente, que la conducta atribuida a los acusados ha sido adecuadamente calificada como el delito de torturas previsto por el art. 144 ter, inc. 1 del CP, sin que resulten procedentes las calificaciones alternativas pretendidas por las defensas, ni las alegadas ausencias de elementos típicos de ese delito (e).

Por las razones expuestas, corresponde rechazar las impugnaciones planteadas en autos. Por último, considero necesario aludir a las medidas de reparación adoptadas por el tribunal de instancia previa en este caso.

En su resolutivo, ordenó ciertas acciones dirigidas a mitigar el daño sufrido por la víctima y propiciar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales que le asisten, al tiempo que dispuso recomendaciones dirigidas a evitar la consumación de nuevos hechos de tortura o mejorar la intervención estatal –en sus diferentes órdenes– cuando la prevención no hubiere resultado efectiva.

Así, por ejemplo, dispuso desde medidas de orden económico, hasta otras de naturaleza educativa, dirigidas a impactar en la forma de entendimiento, intervención y funcionamiento de las fuerzas de seguridad, el Servicio Penitenciario e incluso de los actores judiciales que oportunamente pueden tomar intervención en cuestiones vinculadas con el fenómeno que nos convoca –tales como el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial de la Provincia–.

El mandato de adopción de medidas que importan acciones tendientes a evitar la repetición constituye un inestimable aporte para el mantenimiento del Estado de derecho. Prevenir actos de violencia institucional ejecutados mediante el proceder de las fuerzas de seguridad del Estado contribuye al fortalecimiento de los más básicos mandatos constitucionales (**arts. 23 CMza y 18 CN**) que rigen nuestra vida democrática.

Es por ello que, en función de la jurisdicción exclusiva sobre el régimen interno de las cárceles de detenidos que la Constitución de Mendoza asigna a la Suprema Corte de Justicia (conf. art. 144, inc. 8), y en la situación institucional de órgano máximo del Poder Judicial (art. 142 y cc., Cmza), encuentro pertinente notificar al Pleno de este Tribunal (conf. art. 2, segunda parte, inc. 14 de la ley 9.423) el contenido de las medidas reparatorias y recomendaciones adoptadas por el tribunal de instancia inferior, a fin de que disponga lo que estime corresponder y, en su caso, lo implemente por medio de los organismos convenientes. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio y Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ V. VALERIO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de D. Perón González; por la defensa de E. Y. Quero y J. Arredondo Ahumada y por la defensa de J. Bizaguirre, G. Núñez y L. D'Ambrossio.
- 2.- Confirmar la sentencia n° 895, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 3.- Imponer las costas a las vencidas y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 4.- Notificar la presente resolución al Pleno de este Tribunal (conf. art. 144, inc. 8, CMza, y art. 2, segunda parte, inc. 14, ley 9.423).
- 5.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

12- APARICIO. 08-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230808_FcALR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 y 16 de la Ley 26.485. CEDAW. Convención Belém Do Pará.

Vox: VG. Amenazas simples. Estereotipo. Idoneidad de los dichos.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples proferidas en contexto de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP; art. 4 ley 26.485). Asimismo, se dispuso una prohibición integral de todo tipo de contacto (por cualquier vía o medio) y de acercamiento hacia la denunciante.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 11922, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf
- Di Césare Morales. 20-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Acuña. 07-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=710>
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Mercado Orozco: 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Cesare Melli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

b-CIDH

- Veliz Franco Vs. Guatemala. 19-05-04:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf
- González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala 19-11-15:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- Caso López Soto y otros vs. Venezuela. 26-09-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf

Idoneidad. Amenazas.

- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=52>
- Maimone Zabala. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf
- Barbosa, Orlando. 12-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180612_FcBON.pdf

Precedentes relacionados:

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c-CIDH

Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Rosendo Cantú vs. México. 27-05-10:

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Fernández Ortega y ots. vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338#:~:text=M%C3%A9xico&text=Sumilla%3A,y%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20responsables

d-TSJC (Córdoba)

- Trucco. 15-04-16:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/fallos43272.pdf>

Parágrafos destacados

«[...] la **idoneidad del anuncio amedrentador** no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del temor causado en la víctima (véase, en lo pertinente, «**Barbosa, Orlando Norberto**», «**Murcia Lucero**» y «**Garay Videla**», entre otros)».

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. (Licencia) Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-07052185-1/1((018501-60575)) FC/ APARICIO LOPEZ RUBEN DARIO P/ AMENAZAS SIMPLES PROFERIDAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (60575) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106261232*

En Mendoza, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07052185-1/1 caratulada “F. c/ A. L. R. D. P/ AMENAZAS SIMPLES PROFERIDAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (60.575) S/ REC. EXT. DE CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de R. D. A. L. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 11.922, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa n° P-60.575/20, a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples proferidas en contexto de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP; art. 4 ley 26.485). Asimismo, se dispuso una prohibición integral de todo tipo de contacto (por cualquier vía o medio) y de acercamiento hacia la denunciante.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «[e]l día 15 de agosto de 2020, siendo aproximadamente las 15:00 horas, R. D. A., desde la línea de teléfono número... realizó una llamada telefónica a su ex pareja, M.L.M. a la línea [...] y le manifestó «[a]hora vos sabrás lo que va a pasar si yo los llevo a ver», y luego le manifestó «algún día me lo voy a cruzar, si a esa persona la vas a elegir para estar al lado tuyo lo vas a pasar muy mal», asimismo le manifestó «que te parece, si un día llega a tu casa con el ojo salido para afuera o que me caiga a la puerta de tu casa y le haga quilombo, en la puerta de tu casa, o que vaya y le rompa el auto o que vaya y le pinche la rueda o que le caiga a la casa y no sé, y cuando ande en la calle me lo lleve preso», haciendo referencia a la actual pareja de la denunciante. Luego de dijo «vos fijate si vas a querer estar con una persona así, yo te lo voy a hacer parir, con él te la voy a hacer parir, hasta el día que me muera, me chupa un huevo y si me meten en cana porque le pegué un tiro, voy a salir en cana y lo voy a matar», y al manifestarle a la víctima «yo no estoy eligiéndolo a él, estoy eligiendo mi vida, mi vida soy yo, y el B., en este momento y lo que yo haga en mi tiempo libre es problema mío». Nuevamente el señor A. le manifestó «exactamente tengo el mismo problema con él, si yo elijo en mi tiempo libre cagarlo a trompadas a él, lo voy hacer», cortando luego la conversación, dichos que ocasionaron temor en la denunciante» (sentencia, considerando, punto I).

Para así decidir, la jueza de la instancia previa valoró las declaraciones del acusado y de la denunciante, los informes psíquicos del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y del Cuerpo Médico Forense (CMF),

entre otras pruebas incorporadas al debate (ver registro audiovisual de fecha 22 de setiembre de 2022, a partir del minuto 57:10).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa.

La defensa interpone recurso de casación e invoca el art. 474 inc. 2 del CPP en función de los arts. 155 del CPP, 14, primer párrafo, 5 del PIDCP, 8.2 de la CADH y 75 incs. 22 y 28 de la CN.

Refiere que la sentencia impugnada es arbitraria porque incurrió en errónea valoración de la prueba, inadecuado encuadre en contexto de violencia de género y ausencia de valoración del delito de amenazas. Afirma que, si bien la juzgadora basó el contexto de género en el relato de M.L.M., el informe del EPI y el informe psíquico realizado al acusado, los que valoró armónicamente y conforme la sana crítica racional, no se probó que A. haya contribuido con la disfuncionalidad del vínculo de pareja desde el inicio de la relación con M.L.M., ni que la haya sometido deliberadamente con controles, celos, dominio y/o algún tipo de violencia.

Indica que el vínculo de A. con M.L.M. se inició cuando la pareja era joven y transcurrió con normalidad durante diez años hasta que aquélla decidió separarse definitivamente, momento en que A. comenzó con intentos de evitar la ruptura definitiva y trató de convencerla de todas maneras, incluso con la ayuda de sus suegros.

Agrega que las reacciones y medios inadecuados de A. fueron propios de la patología psíquica de base que desconocía que tenía, y que protagonizó ciertas actitudes desajustadas que lo avergüenzan porque en ese entonces no tuvo ayuda de un profesional de la salud mental, sobre todo en situación de pandemia, lo que no fue tenido en cuenta por la sentenciante.

Señala que el acusado no presentaba las características de un «violento de género», que en la audiencia aceptó que llamó a su ex pareja y reconoció el contenido de las manifestaciones por las que fue imputado, y declaró que nunca golpeó a M.L.M. y que no tuvo asistencia psicológica, por lo que los hechos no debieron enmarcarse en contexto de género, en razón que una separación o divorcio genera un impacto emocional que depende de muchos factores y circunstancias.

Refiere que se probó en el juicio que A. en poco tiempo pudo recapacitar y aceptar la ruptura y se alejó definitivamente de su ex pareja, salvo en lo que respecta a su hijo, lo que no fue entendido injustificadamente por la juzgadora.

Por último, expone que en sus conclusiones finales del debate argumentó que los dichos del acusado no reúnen condiciones de tipicidad por no haber sido serios, graves e idóneos.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se pronuncia por el rechazo del recurso de casación interpuesto, en tanto la sentencia se encuentra debidamente fundada y los agravios reflejan la disconformidad del recurrente con la valoración de la juzgadora del plexo probatorio.

Al respecto, expresa que la sentenciante consideró que el relato de M.L.M. era veraz, coherente, sin fisuras e hizo referencia al miedo que sentía por ella y por su hijo. Agrega que la jueza de la instancia anterior valoró el informe del EPI, las declaraciones del acusado y el examen psíquico del CMF, de cuya prueba tuvo por demostrado que las manifestaciones de A. no se alejaban de su postura egocéntrica y que se victimizó al decir que lo hacía todo por su ex pareja para sostener la familia.

En cuanto al contexto de género, considera que fue correctamente ponderado en la sentencia, con apoyo en el relato de la denunciante que manifestó que el acusado le revisaba el celular y la computadora y se ponía violento cuando ella se reunía con amigos, episodios que ocurrieron con anterioridad a los hechos denunciados y que no denunció por temor y métodos de presión que aquél utilizaba, tal como decirle que

se iba a quitar la vida.

Destaca que a la prueba mencionada se sumó lo informado por los profesionales intervinientes que dieron cuenta de la personalidad egoísta y egocéntrica del acusado, y concluyeron que se evidenciaba una posición dominante de A. y una relación disfuncional y asimétrica de poder en la que aparecía el ciclo de violencia de género con la sumisión de la mujer.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación presentado por la defensa, y realizada la revisión de los agravios esgrimidos, de las pruebas recibidas en la audiencia y de las argumentaciones de la jueza de la instancia previa, anticipo opinión en el sentido que corresponde el rechazo de la impugnación. Ello, en tanto los agravios no logran desvirtuar la validez de la sentencia en crisis.

Preliminarmente, y en razón que A. fue acusado y condenado por un hecho en contexto de género, en el análisis de los cuestionamientos defensivos y argumentaciones de la sentencia, corresponde partir de la jurisprudencia en materia de valoración de prueba en procesos penales en que son denunciadas mujeres en situaciones de violencia por razones de género y de pareja.

Sobre el particular, me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que destacué la importancia de partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», «**Alaniz Pineira**», «**Reyes Cortelezzi**», «**Di Césare**», «**Acuña**», entre otros).

También en el pronunciamiento en **pleno «Hisa»** hice referencia al estándar punto de partida del derecho a la igualdad y no discriminación, que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la debida diligencia reforzada con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «**Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**» y «**Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**»; al estándar del derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y al estándar de amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

a-Contexto de género

a.- En primer lugar, la defensa cuestiona la sentencia impugnada por falta de motivación porque, según entiende, no se probó el contexto de género, al no valorarse que la relación disfuncional entre A. y M.L.M. no se produjo desde el inicio de la misma, sino en contexto de pandemia y de separación, y que las reacciones del acusado –de las que se avergonzó en la audiencia– fueron producto de una patología psíquica que desconocía que tenía y no recibió tratamiento.

Al respecto, en la sentencia se argumentó que luego de analizarse las teorías del caso presentadas por la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa oficial de A. en la audiencia, conforme una

valoración armónica –y no aislada o en compartimentos estancos– de los elementos probatorios incorporados al debate según la sana crítica racional y normativa internacional, se tuvo por probado con sustento en la declaración de M.L.M. y los exámenes psíquicos del EPI y del CMF, que el hecho denunciado ocurrió en contexto de violencia de género, en razón que en estos hechos por lo general no hay testigos (ver registro audiovisual de fecha 21 de setiembre de 2022, a partir del minuto 57:10).

En tal sentido, la jueza de la instancia anterior le otorgó credibilidad a la declaración de M.L.M. por su verosimilitud y veracidad, al considerarla coherente, consistente, sin fisuras, ya que «manifestó en todo momento el miedo que tenía, cómo la relación de pareja ya se venía deteriorando desde hacía tiempo, cómo sentía miedo no solamente por ella sino también por su hijo [...]. La Sra. M. había tenido mucho miedo no solamente porque el imputado no tuvo en cuenta que estaba con B. al lado, sino que estas amenazas, estos dichos de su ex pareja le generaban temor y amedrentamiento y era tal la situación que ella vivía de presión, de intimidación, de amenazas que le impedía [...] normalizar su vida personal. No podía incluso reconstruir esta vida, tener una pareja, ella manifestó que le revisaba el celular y la computadora [...] y cuando se enteraba que ella tenía un amigo o que se juntaba con algunas personas [...] dijo que se ponía violento, que ello lo advertía. La Sra. había dicho en relación a si lo creía capaz de cumplir con las amenazas, [...] que [el acusado] es inestable y el hecho de haber tenido al hijo que estaba con él esto le daba mayor miedo y tenía miedo de que sí se pudieran cumplir estas amenazas» (ver registro audiovisual de fecha 21 de setiembre de 2022, a partir del minuto de la hora 1:00:40 y declaración de M.L.M. en registro audiovisual de fecha 22 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 02:20).

Agregó la sentenciante que en la audiencia observó el temor que aún tenía M.L.M. y que relató que hubo hechos anteriores de violencia que no denunció por miedo a que fueran mayores las consecuencias, lo que también fue informado por los profesionales del EPI.

Al respecto argumentó, que en la relación disfuncional de sumisión la mujer se va adaptando al poder del dominio del hombre y llega un momento en que no denuncia. Señaló que la relación de pareja tuvo una duración de once años en la que también A. amenazó a M.L.M. con suicidarse, le ponía condiciones para presionarla cuando el hijo de ambos necesitaba autorización para salir de la Provincia, le controlaba la ropa que se iba a poner ya que si iba a un balneario sólo podía verla el acusado en traje de baño, circunstancias que giraban siempre a la posición dominante de A. y demostraron actos de violencia psicológica y el contexto de género en que ocurrió el hecho denunciado (ver registro audiovisual de fecha 21 de setiembre de 2022, a partir del minuto de la hora 1:05:04).

En efecto, M.L.M. relató en forma coincidente durante el proceso que A. fue su pareja durante 11 años, le ejercía violencia psicológica y económica, tenía miedo porque era policía en actividad con uso de arma reglamentaria y después de la separación también la amenazaba –ver denuncia online en fecha 15 de agosto de 2020–.

Asimismo, al ser entrevistada por el Equipo Profesional Interdisciplinario en fecha 18 de agosto de 2020, se detectó violencia psicológica y económica, y que la dinámica relacional era asimétrica con dominio y control del varón a partir de conductas violentas, celos, descalificaciones, insultos, control de la vestimenta y del celular, restricción de amistades, amenazas de darle «un tiro en la rodilla», entre otras variables evaluadas por los profesionales.

También M.L.M., al declarar en la audiencia de debate, manifestó que después de la separación A. la amenazó incluso con pegarle un tiro en la rodilla, que sintió miedo también por su hijo B. que estaba con él y le hiciera algo para lastimarla a ella, porque en una situación previa en que llegó «muy sacado y armado porque venía de trabajar» la amenazó con suicidarse, controlaba su celular, era una persona

inestable y no sabía cómo podría actuar.

Agregó en la audiencia: «me costó mucho salir de la relación, había muchos abusos, que la ropa, que el trabajo, que las juntadas, que las salidas [...] lo decidía él [...], cuando íbamos a la playa si me metía al mar tenía que ir con ropa [...]. Fue algo progresivo [...]. Me ha pedido en varias instancias sacar la orden alejamiento, no quiero sacarla». E incluso M.L.M. declaró que antes de la audiencia, A. le envió un mensaje y le dijo que dijera que no tuvo miedo cuando hizo la denuncia, que se acaban de separar y que fue un acto de enojo, y que en otra ocasión que tenía que firmar un permiso en relación con su hijo para viajar a Buenos Aires, le dijo que lo autorizaría si ella decía en el juicio que no tuvo miedo de él y que la denuncia fue por enojo y porque recién se separaban (ver registro audiovisual de fecha 22 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 03:20).

A lo expuesto, M.L.M. –en respuesta a pregunta de la defensa oficial– agregó que cuando le respondía a A. que no quería reanudar la relación de pareja se ponía violento, golpeaba cosas, pateaba, le decía que si no volvía con él se pegaría un tiro, cuando él le decía que no se pusiera una minifalda, ella lo acataba, y que A. ve al hijo de ambos B. una vez a la semana por pedido de él y que no lo llama por teléfono.

Asimismo, que hacían dos años que se separaron sin posibilidad de reanudar la relación, pero le enviaba mensajes para volver, por lo que le daba miedo de tener otra pareja o salir con alguien, porque no sabía cuáles serían las consecuencias, porque cuando le enviaba mensajes por las visitas con el hijo la invitaba a cenar (ver registro audiovisual de fecha 22 de agosto de 2022, video III, a partir del minuto 25:50).

De tal manera, la ponderación de las pruebas en revisión y los segmentos de la sentencia referidos no se apartaron de la sana crítica racional, sino que también en el proceso valorativo la sentenciante aplicó los estándares convencionales y legales antes mencionados para probar el contexto de violencia de género en que A. vertió los dichos contenidos en la acusación, aunque expresamente no los haya explicado en detalle.

Por tanto, solo resta agregar a la jurisprudencia reseñada, que en precedentes anteriores, hice referencia a definiciones de estereotipos de género – aplicables también al caso en revisión– contenidas en el art. 5 inc. a. de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); art. 6 inc. b de la Convención de Belém do Pará; art. 2 inc. e del Dec. Regl. 1011/2010 y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Así, por ejemplo, la Corte IDH se pronunció sobre estereotipos de género como una «[...] pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente» (**Caso González (“Campo Algodonero”) y otras vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 401**). Esta jurisprudencia es reiterada y ampliada en el **Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C. No 307, párrafo 180, al afirmar que «[...] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales». En el mismo sentido se ha pronunciado en el **Caso López Soto y otros vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 235. En este último fallo agregó que «[l]os estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas» (párr. 236), y que

prácticas estatales «[...] tendientes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvalorización de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos» (párr. 239), (ver, al respecto, «**Scifo Ruffini**»).

Con todo lo dicho, los cuestionamientos defensivos analizados deben desestimarse. b.- En segundo lugar, la defensa se remite a las argumentaciones vertidas en sus alegatos, y con base en ello afirma que los dichos de A. son atípicos, ya que el acusado no reúne características de ser un «violento de género» sino que la separación de su expareja le generó un impacto emocional, y porque se demostró en la audiencia que recapacitó y aceptó la ruptura alejándose de M.L.M. Al respecto, la jueza de la instancia anterior analizó la teoría del caso presentada por la defensa y la declaración de A. brindada en la audiencia, en cuanto a que los dichos contenidos en la acusación fueron proferidos en pandemia, al momento de la separación de pareja, porque no quería perder la familia y que no tomó conciencia de las consecuencias por el estado emocional en que se encontraba.

En tal sentido, la sentenciante afirmó que valoró las declaraciones del acusado con el informe psíquico elaborado por el CMF y las consecuencias graves que ocasionó a la víctima –según lo expuesto en el punto anterior– y no observó una posición empática ni sincera en A. del perjuicio que ocasionó a su ex pareja, sino que habló desde una posición egoísta, ególatra, con cierto grado de narcisismo, que priorizó siempre sus intereses personales, e incluso, que trató de victimizarse al decir que todo lo hacía para salvar a la pareja y la familia.

Unido a ello, agregó que, según el relato de M.L.M. y lo informado por el EPI, aquélla estuvo inmersa en el ciclo de violencia hasta que realizó la denuncia. Indicó que el acusado trató de desplazar su responsabilidad a la víctima, y en cuanto al alcance de los dichos amenazantes sostuvo que incluso «hizo alarde de su cargo que podía hacerlo camuflándolo dentro de un procedimiento», en referencia a su desempeño como policía en actividad con uso de arma reglamentaria (ver registro audiovisual de fecha 21 de setiembre de 2022, a partir de la hora 1:09:57 y declaración de A. en registro audiovisual de fecha 22 de agosto de 2022, video I, a partir del minuto 05:20).

Ello así, la ponderación de las pruebas mencionadas en los segmentos de la sentencia aludidos, también se llevó a cabo conforme la sana crítica racional y garantías constitucionales del acusado. Pues, en el informe psíquico del CMF realizado a A. de fecha 1 de setiembre de 2020, se consignó, por un lado, que el examinado refirió haber realizado tratamiento psiquiátrico por cuadro de estrés y que lo abandonó, tratamiento psicoterapéutico de pareja y tratamiento psicológico.

Por otro lado, se informó que se detectó dificultad en A. para manejar adecuadamente la frustración y la ansiedad que podía derivar en reacciones agresivas dirigidas al ambiente, actitud omnipotente y dominante, se lo observó centrado rígidamente en sí mismo y en sus necesidades e intereses, con escasa capacidad para considerar las demandas del otro, minimizaba situaciones problemáticas y las proyectaba en factores externos, con conductas controladoras en la relación de pareja con la denunciante, y un vínculo en el que se inferían «características de inmadurez, inestabilidad, ambivalencia afectiva y dependencia».

De modo entonces que, meritadas estas pruebas con las referidas en el punto anterior en la sentencia, se tuvo por acreditado el contexto de género (art. 4 ley 26.485) y que los dichos vertidos por A. por el que fue acusado eran típicos del delito de amenazas simples previsto en el art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, del CP. Por último, cabe señalar que la remisión de la defensa oficial a lo alegado en la audiencia para sostener la **atipicidad de la conducta de su asistido, se mantuvo dentro de la discrepancia valorativa** en cuanto a la valoración de las pruebas analizadas con sustento en el contexto de pandemia y la situación

emocional de A. por la separación de su ex pareja al momento del hecho, sin aportar argumentaciones jurídicas que habiliten una revisión más amplia de la sentencia en el aspecto sustantivo.

Idoneidad del anuncio amedrentador

Más allá de ello, téngase presente que según jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, recaída en el caso «R.A.» de fecha 26 de diciembre de 2022, se afirmó que «[...] la **idoneidad del anuncio amedrentador** no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del temor causado en la víctima (véase, en lo pertinente, **«Barbosa, Orlando Norberto», «Murcia Lucero» y «Garay Videla»**, entre otros)».

Atento las pruebas valoradas en la sentencia, entiendo que se encuentran reunidos en el caso tanto el tipo objetivo como subjetivo de la conducta atribuida a A., por lo que los agravios en revisión tampoco pueden prosperar. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado A. L., comparto con mi distinguido colega de Sala que la impugnación no puede prosperar.

Ello, en tanto, y como se explica en el voto preopinante, no se configura ninguno de los vicios denunciados. En relación con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que ya he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos (ver, al respecto, los **precedentes «Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita»**, entre otros).

Por su parte, y en cuanto a al bien jurídico protegido por la figura penal de amenazas y la entidad exigida por la figura penal para que sea considerada idónea entiendo pertinente remitir a lo expuesto en los precedentes **«Murcia Lucero», «Garay Videla», «Maimone Zabala»**.

En función de lo expuesto, entiendo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto la por defensa de R. D. A. L..
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 8 de agosto de 2023.-

13- REYNOSO BARAGUA. 04-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										474
VG	-	-	AI	IE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	359

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230904_FcRBJ.pdf

Lex: Art. 239, 55, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto y art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: VG. JAI. Desobediencia a una orden judicial. Contexto de violencia de género. Amenazas simples y agravadas. Arma. Unificación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **un año de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (dos hechos), amenazas agravadas por el uso de arma proferidas en contexto de violencia de género y amenazas simples, todo en concurso real. En el mismo pronunciamiento, se unificó la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de dos años de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12330, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Prieto Valenzuela. 20-10-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211020_FcPVR.pdf

Precedentes relacionados

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=874>
- Giovarrusci B. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=887>
- Lobato barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=869>
- Maldonado José . 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=964>
- Andrada Zanabria. 16-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf
- Garrido Jofré. 03-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo

CUIJ: 13-07109483-3/1((018502-72507)) F C/ REYNOSO BERAGUA JORGE LUIS P/ RESITENCIA Y DESOBOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD, AMENAZAS AGRAVADAS, AMENAZAS P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106279543*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07109483-3 caratulada “F. c/ R. B. P/DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL...S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de J. L. R. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 12.330, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-72.507/22, a la pena de un año de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (dos hechos), amenazas agravadas por el uso de arma proferidas en contexto de violencia de género y amenazas simples, todo en concurso real (art. 239, 55, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP).

En el mismo pronunciamiento, se unificó la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional dictada en fecha 7 de abril de 2021 en los autos N° P-26.568/21, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de dos años de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza sentenciante tuvo por acreditado, en el marco de un procedimiento abreviado y por considerar que se verificaba la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[p]ara fecha 17 de julio de 2022, siendo las 20:30 hs. aproximadamente, en el domicilio ubicado en calle ..., J. L. R. B., previo sostener una discusión en contexto de violencia de género con su pareja [K.C.M.M.], en franco incumplimiento a la prohibición de acercamiento y contacto dispuesta para fecha 17 de marzo de 2021 por la Dra. Rosana Daniela Peralta, jueza del Octavo Juzgado de Familia de Godoy Cruz en el marco de los autos N° 302/21/8F, caratulados [...], la cual se encuentra debidamente notificada y vigente, le propinó a ésta última una cachetada sin ocasionarle lesiones, por lo que la misma le manifestó a R.o que se iba a retirar de la vivienda, y egresó al patio de la propiedad, momento en que R. comenzó a seguirla, tomó una zapa ubicada en el patio y le manifestó «te voy a matar y mientras te mato te voy a filmar y subirlo a Facebook», dichos que infundieron temor fundado en la víctima. Seguidamente, [K.C.M.M.] se constituyó en el domicilio de su vecina, [A.G.F.R.], sito en calle..., en busca de auxilio, lugar donde R. la siguió y le manifestó a la señora [A.G.F.R.]: «Te voy a prender fuego la casa, no quiero volver al penal, si me mandas al penal, voy a mandar a alguien para que le haga daño a tu familia», dichos que infundieron miedo a la

señora [A.G.F.R.]. Del mismo modo, la sentenciante consideró probado que «[e]l día 20 de julio de 2022, alrededor de las 15:00 hs., J. L. R. B. se constituyó en el domicilio de los progenitores de [K.C.M.M.], sito en calle..., en franco incumplimiento a la prohibición de acercamiento y contacto dispuesta para fecha 17 de marzo de 2021 por la Dra. Rosana Daniela Peralta, jueza del Octavo Juzgado de Familia de Godoy Cruz en el marco de los autos N° 302/21/8F, caratulados [...], la cual se encuentra debidamente notificada y vigente, por lo que personal policial apostado en el lugar procedió a la aprehensión del encartado».

Para así decidir, la jueza de sentencia valoró, además del reconocimiento de los hechos del acusado, las declaraciones testimoniales de las víctimas, K.C.M.M. y A.G.F.R., el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario realizado a K.C.M.M. (EPI), el informe psiquiátrico realizado a R. B., las actas de procedimiento de fecha 17 de julio de 2022 y 20 de julio de 2022, y las constancias de la causa n° 302/21/8F, de donde se desprende la orden de prohibición de acercamiento y contacto dispuesta para fecha 17 de marzo de 2021 por el Juzgado de Familia de Godoy Cruz N° 8.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El recurso interpuesto se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP.

En este sentido, señala que R. B. reconoció su participación en el hecho que se le atribuyó en la presente causa en el marco de un juicio abreviado.

Sin embargo, asegura que su defendido refiere que los hechos no acontecieron como le fueron leídos en audiencia y que en tal oportunidad, sin darse cuenta, los reconoció como de su autoría.

Explica que luego de un análisis pormenorizado de las actuaciones, entiende que los hechos no han ocurrido tal cual fueron expuestos durante la audiencia. Agrega que existe orfandad probatoria respecto de los hechos atribuidos, por lo cual la jueza de sentencia no se debió dictar una sentencia condenatoria respecto de su defendido.

Por tal motivo, cuestiona la subsunción jurídica empleada para los hechos que se encuentran bajo análisis. En función de lo expuesto, solicita se case la sentencia y se absuelva al acusado por no haberse acreditado los hechos por los cuales ha sido condenado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación impetrado. Al respecto, sostiene que del análisis del caso planteado en autos se advierte que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en nuestro ordenamiento procesal para el juicio abreviado, por lo que los motivos que expresa la defensa carecen del debido sustento.

Agrega que la sentencia cuestionada se encuentra suficientemente fundada, ya que la jueza de la instancia anterior no sólo controló la correcta observancia de los requisitos previstos en el art. 418 y ss. del CPP, sino que también dio sus razones por las cuales llegó a la certeza requerida para dictar sentencia condenatoria.

Por lo señalado considera que el recurso promovido no resulta procedente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

De manera preliminar, debe señalarse que la defensa en su recurso expone de modo genérico los cuestionamientos sin indicar ni precisar, de manera expresa y concreta, aquellos aspectos de la sentencia que exhibirían los vicios que denuncia.

En este sentido, si bien afirma que la prueba reunida contrarresta la hipótesis acusatoria del Ministerio Público Fiscal, la que fue consentida por la entonces defensa y reconocida por el acusado en el marco del procedimiento abreviado, no detalla los elementos probatorios que enervan la posición de la acusación. Del mismo modo, no brinda argumento alguno que sustente la crítica vinculada a la supuesta falta de comprensión por parte del acusado R. B. sobre los hechos que reconoció y que formaron parte del acuerdo al que arribaron las partes en el marco del juicio abreviado.

En efecto, surge de los registros audiovisuales que se cumplió con las exigencias normativamente previstas respecto del procedimiento abreviado atento a que el acusado, asistido por su entonces abogado defensor y luego de ser explicado por la jueza en qué consistía aquel procedimiento y sus alcances, prestó conformidad para su realización, afirmando comprender el alcance del acuerdo y la pena solicitada (ver registro audiovisual, día 4/11/22, a partir del minuto 15:30).

De este modo, resulta claro, entonces, que J. L. R. B. otorgó, en forma plena y libre, su consentimiento para la realización del juicio abreviado, expresando reconocer los hechos contenidos en la acusación formulada por la representante del Ministerio Fiscal (ver, minuto 16:12).

Dicho lo anterior, no debe perderse de vista que el procedimiento abreviado, como trámite especial frente al juicio común, se encuentra revestido de un conjunto de formas tendientes a garantizar precisamente que el acusado cuente con la información necesaria para decidir sobre su procedencia (ver, al respecto y en lo pertinente, lo referido en el **precedente «Prieto Valenzuela»**).

En el caso analizado, estas no sólo se han cumplido en el plano formal, sino que, a su vez, se advierten satisfechas en el plano material, por lo que considero que no existen razones para sostener vicios en la voluntad del acusado al momento de reconocer la autoría de los hechos que le fueron impuestos al celebrarse la aludida audiencia.

Por otra parte, debe destacarse que, como se señaló, la sentenciante fundó su decisión no sólo en el reconocimiento del acusado, sino en los elementos de prueba obrantes en la causa. Así, la jueza de la instancia anterior destacó los testimonios de las víctimas, K.C.M.M. y A.G.F.R., el informe del EPI realizado a K.C.M.M., de donde se desprende el contexto de violencia de género y el riesgo alto de la víctima de sufrir violencia por parte del acusado.

Además, la jueza valoró las actuaciones de los funcionarios el mismo día de los hechos, las que quedaron plasmadas en las respectivas actas de procedimiento, como así también, las constancias de la causa n° 302/21/8F, de donde se desprende la prohibición de acercamiento y contacto dispuesta para fecha 17 de marzo de 2021 el Juzgado de Familia de Godoy Cruz n° 8.

De este modo, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, entiendo que la sentencia dictada en contra de R. B. se encuentra correctamente motivada, tanto en lo que hace a la valoración de la prueba, como en relación con la aplicación del derecho.

En definitiva, la defensa no logra acreditar en esta instancia los vicios que alega y soslaya que la condena impuesta fue acordada entre la representante del Ministerio Público Fiscal, la entonces defensa y el acusado bajo la modalidad de procedimiento abreviado conforme las previsiones del art. 418 del CP.

En este sentido, esta Sala ha dicho que «[...] la esencia del juicio abreviado reside en que la solución al conflicto penal no resulta una imposición vertical, sino una construcción horizontal entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal, con lo cual perdería su razón de ser si el mismo imputado que presta su acuerdo para una determinada solución, inmediatamente después de leída la misma cambiara de parecer e impugnara el acto que minutos antes ha consentido» (ver, al respecto, **«Ibáñez»**).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. L. R. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

14- LOPEZ PUELLES. 15-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230915_FcLPC.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 4 de la ley 26485. Principios de Yogyakarta

Vox: VG. Amenazas simples. Perspectiva de género. Soporte tecnológico. Cadena de custodia. Confiabilidad. Legalidad. Derecho de defensa. Pericia. Informe técnico. Conversación privada. Expectativa de reserva. Derecho a la intimidad. Estereotipos de género. Violencia por prejuicio.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión de ejecución condicional** y reglas de conducta por el término de dos años conforme art. 27 bis del CP, por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y 4 de la ley 26.485).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 8964, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

Informe técnico y pericia. Diferencias.

- Fernández Quispes. 21-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220621_FcFQH.pdf
- Gatica Toledo. 02-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180302_FcGTM.pdf
- Zubieta Duchén. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcZDA.pdf
- Di Garbo. 04-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf

Derecho a la intimidad. Evidencia digital

- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- CSJN, Fallos: 33113:1305; CNCC Fed., Sala I, Raña», rta. 20/4/99, Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, «T.T. y otro», rta. 8/09/08; CACAT de CABA, Sala I, «Plácido, Rita», rta. 11/06/04 [...] Dr. Borinsky, según su voto, citado en CFP 18579/2006/266, «Skanska S.A. s/recurso de casación», CFCP, Sala IV, 13 de abril de 2016, elDial AA95F9

Estereotipos de género. Buena víctima.

- Lima Viñolo. 10-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf

Identidad de género. Mujer trans.

- Chaves Rubio. 03-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230703_FcCRD.pdf
- Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. 26-03-21:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf
- Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. 12-03-20. Párrs. 90, 92 y 93.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

Perspectiva de género

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf

Valoración probatoria en materia de violencia de género:

- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Narváez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf

Precedentes relacionados.

Informe técnico

- Mc Garry. 14-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf
- Di Garbo. 04-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=28>
- Barrientos. 04-08-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200804_FcBarrientos.pdf
- Gatica Toledo. 04-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=454>
- Coria Chacón. 25-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210625_FcCCS.pdf
- Capitni. 19-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=555>
- Fernández Quispe. 21-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220621_FcFQH.pdf

Estereotipos de género

- Tur. 03-02-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780>
- Agüero. 25-02-22. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcAPE.pdf
- Metral Osorio. 20-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220420_FcMOF.pdf
- Almonacid. 22-04-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=818>
- Pérez. 03-05-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=817>
- Baina. 16-05-2022. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=780>
- Grain. 23-05-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=836>
- Morillas. 22-06-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=862>
- Tapia. 17-08-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=877>
- Hisa. 26-08-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>
- Quilpidor. 29-09-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=894>
- Rojas. 25-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=938>
- Arevalo. 29-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=934>
- Gallo. 29-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=883>
- Gil. 28-11-22. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221128_FcGAG.pdf

- Vulcano. 01-12-22. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Montón. 06-12-22. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221206_FcMGR.pdf
- Fernández. 06-12-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=967>
- Logorria. 13-02-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcLGE.pdf
- Gil Pereg. 14-03-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230314_FcGPN.pdf
- Rodríguez. 30-03-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf
- Santana. 04-04-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230404_FcSDL.pdf
- Lima. 10-05-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcLVR.pdf
- Silva. 10-05-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSJ.pdf
- Guzmán. 10-05-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcGRR.pdf
- González Franco. 02-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcGFG.pdf

Parágrafos destacados

«[...] **la pericia** supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos que permitan avanzar en la generación de certeza -razón por la que el valor de un dictamen pericial deviene de su naturaleza valorativa y por la que es acusado y su defensa tienen derecho a controlar y contradecir las bases sobre las que se funde-, **el informe técnico** supone la constatación de cosas, personas o lugares por parte del personal policial o de auxiliares especialistas sin realizar algún tipo de valoración -es decir, tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia» (en el mismo sentido, ver «Quiroga», «Gatica Toledo», «Zubieta Duchén» y «Di Garbo»).

En este sentido, he expuesto que «[l]a utilización de estereotipos generales de lo que se ha construido como «buena víctima», no hacen más que culpabilizar a las personas concretas que han resultado víctimas de delitos y circunscribe el análisis a sus comportamientos y no a las conductas de las personas que son acusadas de su comisión» (ver «Lima Viñolo», «Metral Osorio», entre otros).

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro (Licencia).

Fallo

CUIJ: 13-06777202-9/1((018501-14864)) FC/ LOPEZ PUELLES CARLOS P/ AMENAZAS SIMPLES P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106032600*

En Mendoza, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 06777202-9/1 caratulada “F. c/ L. P., C. A. P/ AMENAZAS SIMPLES S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En las presentes actuaciones, la defensa de C. A. L. P. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 8.964, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-14.864/17, a la pena de siete meses de prisión de ejecución condicional y reglas de conducta por el término de dos años conforme art. 27 bis del CP, por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y 4 de la ley 26.485).

Asimismo, la resolución dispuso la prohibición de todo tipo de contacto por cualquier medio y de acercamiento hacia la víctima C.J., su domicilio y lugares que la misma frecuente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juzgado tuvo por acreditado que «[e]l día 07 de junio de 2017, siendo las 19:21 hs. durante una conversación telefónica mantenida desde el celular [...], con su ex esposa, F.B. de S. M., con el celular n° [...], C. A. L. P. le manifestó, refiriéndose a la abogada C.J. “...también me voy a poner la pollerita, y los dos, y los dos hacemos de troló, entendés, me voy a poner pollerita, dos bombitas de tetas, y lo voy a cagar a trompadas, porque es un hombre camuflado, en esas manos caíste vos, decile que lo voy a estar esperando» (ver considerandos, punto I de la sentencia y registros audiovisuales de fechas 27 de agosto de 2021, a partir del minuto 06:31 y 13 de octubre de 2021, video II, a partir de hora 02:22:06 hasta hora 02:22:40).

Para así decidir, el juez de la instancia previa valoró la declaración de la denunciante, pruebas instrumentales y testimoniales, informes psíquicos, constancias de los autos n° P-14.470/17, entre otros elementos probatorios debidamente incorporados al debate.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa de L. P. interpone recurso de casación de conformidad con los arts. 474 y ccs. del CPP, 14, primer y quinto párrafos del PIDP, 8.2.h de la CAH y 75 inc. 22 y 28 de la CN. Afirma que la motivación de la sentencia impugnada se encuentra viciada y en tal sentido plantea los siguientes agravios.

a.- Fundamentación de la sentencia en prueba ilegalmente obtenida, violación de la cadena de custodia y afectación al derecho de defensa.

La defensa indica que el juzgador confundió el planteo defensivo al pronunciarse respecto de un CD que no fue objeto de discusión en el debate.

Además, que la cadena de custodia se rompió desde el comienzo de los actos procesales irreproducible llevados a cabo desde el secuestro del celular.

Refiere que el Ministerio Público Fiscal no confeccionó actas sobre las medidas de resguardo como exige el Código Procesal Penal de Mendoza. También critica que se omitió la asistencia e intervención de L. P. bajo el argumento de la fecha en que se realizó el secuestro del celular y la extracción de los datos que contenía. Destaca que, en la sentencia, por un lado, se puso en cabeza de la defensa la realización de una prueba de imposible realización como es el contenido del celular que fue entregado en carácter definitivo el día 2 de setiembre de 2017 sin intervención en el proceso a L. P. y no se realizó copia forense del contenido del celular –copia hash– para asegurar la integridad de los datos.

b.- Reproducción en el debate de prueba ilegalmente obtenida y de prueba no ofrecida ni admitida.

La defensa del acusado expresa que en el ofrecimiento de prueba del Ministerio Público Fiscal se especificó un CD con el desgrabado de las comunicaciones mantenidas entre L. P. y F.C. de S.M. Afirma que lo ofrecido fue la transcripción del audio y no el audio. Crítica que el juzgador hizo lugar a la reproducción de los audios que no fueron ofrecidos ni admitidos en la audiencia pertinente.

c.- Rechazo arbitrario del planteo de nulidad absoluta por violación de normas de asistencia, representación e intervención del acusado en la obtención de prueba ilícita.

La defensa refiere que en los oficios en los que se solicitaron los informes a Delitos Tecnológicos y UDAPIF se insertó la frase «no encontrándose ningún sujeto imputado en la causa».

Cuestiona que F.C. de S.M. desde el inicio indicó el nombre de L. P. y que se realizaron medidas de investigación durante meses sin ningún tipo de defensa que controlara las medidas. Crítica el argumento del sentenciante para subsanar la nulidad absoluta, en cuanto se habría adherido a la prueba y no se habría probado el perjuicio. Entiende que es erróneo porque se le impidió el control de actos irreproducible en razón que se le devolvió el celular a F.C. de S.M. siete meses antes de poner en conocimiento del acusado la investigación en su contra.

d.- Valoración errónea de la afectación al derecho a la intimidad con relación a la llamada privada entre el acusado y su ex esposa.

El cuestionamiento expuesto en este sentido refiere que el juzgador sostuvo una interpretación restrictiva de la afectación del derecho a intimidad en desmedro del acusado.

Agrega que durante el debate quedó claro que su ex pareja grabó las comunicaciones que tenía con L. P. sin advertírselo y que lo hubiera consentido.

e.- Admisión arbitraria como testigo nuevo a quien ya había declarado en la etapa de instrucción.

En este orden, la defensa cuestiona que el juez de debate haya admitido la solicitud fiscal durante el debate de llamar a declarar a la abogada F. M. con carácter de prueba nueva. Reitera su oposición y explica que ya había declarado durante la investigación y no podía constituirse como nueva prueba.

f.- Valoración errónea del carácter e interés personal de los testigos aportados por el Ministerio Público Fiscal.

La defensa expresa que el juez de la instancia previa no valoró la relación existente entre C. J. y F.B. de S.M. a pesar que la abogada mencionada inició varias causas contra L. P. por el divorcio conflictivo existente entre el acusado y F.B. de S.M., por lo que el testimonio de F.B. de S.M. no fue objetivo. Señala

que tampoco se ponderó el informe del EPI cuando referenció que «la exploración muestra un vínculo conflictivo, inestable y cuyo eje problemático actual se centra en los aspectos económicos asociados a la disolución conyugal lo que favorece el incremento de la carga agresiva verbal y la producción de interacciones agresivas».

Agrega que no se consideró que la abogada M. –actual patrocinante de F.B. de S.M.– durante el debate se desdijo de su declaración efectuada en la causa n° P-14.704/17 cuando se le marcó una contradicción en cuanto había dicho «yo le dije que no le teníamos miedo ante sus dichos de que tenían preparada una artillería de causas» y afirmó que lo declaró para no mostrarse débil ante el abogado de la contraparte.

g.- Inexistencia de contexto de violencia de género por errónea valoración de la prueba.

La defensa cuestiona que el juez de instancia anterior considerara acreditado el contexto de violencia de género en que habrían ocurrido los hechos y aplicara la ley 26.485. Afirma que el acusado y la víctima de autos no se conocían y que la simple circunstancia de que C.J. fuera la representante legal de la ex pareja del acusado no resulta suficiente.

Agrega que las expresiones telefónicas realizadas por L. P. no fueron las razones por las que la víctima dejó de representar F.B. de S.M. y advierte que el cambio de representación legal se produjo tres años después de la denuncia de las amenazas investigadas en autos.

Crítica que ante la inexistencia de un informe psíquico de C.J. en la presente causa n° P-14.864/17, el juez de la instancia anterior consideró el informe psíquico incorporado en la causa n° P-14.704/17 que fue realizado a una tercera persona por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI).

Afirma que este último informe no consigna una relación desigual de poder ni contexto de violencia de género.

h.- Críticas a la calificación legal.

La defensa señala que el juzgador cambió el sentido de las palabras vertidas en el desgrabado de los audios, sin tener en cuenta el contexto de discusión entre los interlocutores, ni la oración completa de la plataforma fáctica fijada por el Ministerio Público Fiscal. Afirma que el acusado nunca dijo que iba a salir a buscar a C.J., y que ello no es asimilable a decir que «va a esperar a alguien».

Refiere en este sentido que no se ha cumplido con el requisito de seriedad que exige el tipo penal de amenazas. Agrega que el juez de sentencia desatendió a lo alegado por esa parte respecto a que las expresiones de L. P. resultan atípicas en tanto solamente configuran manifestaciones realizadas en un raptó de ira o discusión.

Afirma que si bien en la sentencia se aborda el contexto de violencia de género, luego se descontextualiza las expresiones del acusado.

Finalmente, efectúa expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto, propicia su rechazo sustancial y la confirmación de la sentencia impugnada.

Expone que los soportes en los cuales se encontraron almacenados los audios y sus transcripciones fueron debidamente incorporados al debate como prueba. Señala que el Ministerio Público Fiscal los precisó en su ofrecimiento de prueba, que la defensa adhirió a la totalidad de la prueba ofrecida, y que fueron correctamente admitidos en la audiencia preliminar.

Por ello entiende que carece de justificación el cuestionamiento de dicha prueba en esta instancia.

Agrega que la víctima de autos, C.J., tuvo conocimiento directo de los audios, que no tuvo acceso a los soportes cuestionados y que sus dichos fueron confirmados con los testimonios de M. y F.B. de S.M., los que fueron considerados como suficientes para acreditar las amenazas.

Afirma que el sentenciante explicó con detalle el procedimiento llevado a cabo de los audios objeto de investigación en la presente causa, su marca y actas que dejaron constancia de su primer almacenamiento en tres soportes de DVD remitidos a Delitos Tecnológicos, de los que se generaron dos precintados para resguardar la cadena de custodia, y cada personal que recibió y remitió los soportes dejó constancia de ello.

Destacó que el juzgador también hizo referencia a que se solicitó a la División de Escuchas Policiales que realizara operaciones de transcripción de la información descargada del teléfono celular de F.B. de S.M., y que de las constancias de autos el sentenciante concluyó que no se alteró la cadena de custodia. Es decir, no se rompió la cadena de confiabilidad e, incluso, de suprimirse hipotéticamente esta prueba, el hecho también estaría demostrado porque el contenido del mismo fue conocido por C.J. con anterioridad de la presentación y secuestro del teléfono celular de F.B. de S.M. en la presente causa.

En cuanto a la violación del derecho de defensa del acusado, destaca que el juzgador sostuvo su rechazo en que la defensa adhirió a la totalidad de la prueba ofrecida por la Fiscalía, ofreció el informe tecnológico, no se practicó ninguna medida probatoria antes de la imputación, y no se acreditó perjuicio alguno por parte de la defensa.

Respecto a la crítica sobre la afectación del derecho a la intimidad, el Procurador comparte las razones expuestas por el juez de instancia anterior acerca de que no se afectó derechos de tercera personas y que el contenido de la comunicación entrañaba una amenaza hacia C.J.

Señala la consideración judicial sobre que el acusado asumió el riesgo de sus comunicaciones en las que amenazó a alguien, y que si bien no supo que estaba siendo grabado, la registración fue realizada por un particular que voluntariamente entregó la comunicación y fue legalmente incorporada al proceso.

También expone que el juzgador sostuvo que la frase proferida por el acusado contenía el anuncio de un mal que infundió temor en la víctima según la declaración de C.J. en la audiencia de debate, «en los que manifestó que los apreciaba discriminatorios, emitidos con odio, injustos, posible de realización y que sintió miedo también por la función pública de poder que había cumplido previamente el acusado», por lo que los elementos típicos del delito de amenaza simples se comprobaron y fueron desarrollados en la sentencia.

Por último, el Procurador señala que el sentenciante acreditó el contexto de violencia de género a tenor de la ley 26.485 en virtud de la aplicación del principio de libertad probatoria e indiciaria según jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, sumado a la entidad de las expresiones dirigidas a menoscabar la identidad de género de la víctima.

4.- Audiencia de información oral

En fecha 23 de marzo del corriente año se realizó la audiencia oral ante esta instancia. En esa oportunidad, la defensa del acusado L. P. explicó las razones que sustentaban el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de condena emitida en instancia anterior. Por su parte, el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante expusieron sus argumentos a favor de la confirmación de la condena.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto entiendo que, por los argumentos que a continuación se exponen, corresponde rechazar la impugnación.

A los fines de poder abordar de manera ordenada todas las críticas expuestas en el recurso de casación interpuesto, identificaré el orden en el que analizaré los núcleos argumentales de los cuestionamientos.

En primer lugar, respecto a la prueba introducida al debate oral la crítica a la incorporación de prueba ilegalmente obtenida por afectación de la cadena de custodia y del derecho de defensa (a), la consideración de prueba que la fiscalía no había ofrecido –reproducción de un audio– (b), la afectación de las normas de asistencia y representación del acusado debido a la obtención de prueba ilícita, (c), la violación del derecho a intimidad por la reproducción de una llamada privada entre el acusado y su esposa (d), la admisión arbitraria de un testigo como nuevo que ya había declarado previamente (e).

En segundo lugar, respecto a la valoración de la prueba incorporada, el cuestionamiento sobre la valoración del interés personal de los testigos ofrecidos por la acusación y las contradicciones en las declaraciones (f), la acreditación del contexto de violencia de género (g) y la apreciación de la idoneidad de las expresiones del acusado para ser consideradas típicas (h).

a-Soporte tecnológico. Cadena de custodia. Confiabilidad. Legalidad.

a.- Respecto a la crítica relativa a la incorporación de los soportes tecnológicos, por cuestionarse la protección de su cadena de custodia, confiabilidad y legalidad, considero que el rechazo al planteo de nulidad de dicha prueba se encuentra suficientemente fundado en la instancia anterior y que la defensa no ha logrado desvirtuar la resolución judicial.

Además, que no se vulneró el derecho de defensa de L. P. Ello, de acuerdo a las siguientes consideraciones. Como puede ser advertido de la sentencia de condena, el juez de la instancia anterior analizó debidamente todo el procedimiento desarrollado para la **extracción y transcripción** del contenido del teléfono celular de F.B. de S.M. a través de **UDAPIF, División de Delitos Tecnológicos y División de Escuchas Telefónicas almacenado en los tres DVD marca «TDK» identificados con la leyenda «Expte. P-14.704/17 con extracción UFED del 4 de setiembre del año 2017»**.

Todo ello, con el debido resguardo de la cadena de custodia del material tecnológico por lo que la incorporación de dicha prueba no adolece de la nulidad reiterada en el recurso de casación. En este sentido el juzgador aclaró que no se alteró la cadena de custodia de los soportes en cuestión –DVD marca «TDK»– y describió el procedimiento.

Así, en fecha 30 de agosto de 2017 se presentó F.B. de S.M. en la Unidad Fiscal en el marco de los autos nº P-14.704/17 y entregó voluntariamente su celular. El día 4 de setiembre de 2017 se solicitó a la Unidad de Apoyo para la Investigación Fiscal (UDAPFI) la extracción de datos del celular secuestrado, luego de lo cual el objeto se resguardó en sobre cerrado en la Unidad Fiscal. El día 19 de octubre de ese año la Unidad Fiscal remitió todo a la División de Delitos Tecnológicos de Investigaciones.

También el juez de instancia anterior mencionó que esta última división consignó que el contenido del secuestro remitido correspondía a tres DVD marca «TDK», que fueron almacenados en dos DVD y precintados para preservar la cadena de custodia.

Además, que según constancia del cargo de la auxiliar Emilia Obrego de la Unidad Fiscal –fechado en el mes de noviembre de 2017 sin poder determinarse si corresponde al día 13, 18 o 10 a las 08:43 horas– afirmó que se recibían nuevamente los soportes detallados (ver registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, video II, a partir de minuto 29:53).

En otras palabras, se analizó y detalló todo el procedimiento que se realizó con los soportes tecnológicos mencionados y no se advirtió intervención alguna que permita dudar de las actuaciones del Ministerio Público Fiscal.

También comparto con el juez de la instancia anterior que la defensa no ha demostrado el perjuicio concreto producido y que en la etapa de ofrecimiento de prueba adhirió a la totalidad de propuesta realizada por el Ministerio Público Fiscal sin planteo de nulidad alguna en la oportunidad procesal pertinente.

Además, estimo relevante destacar que en el desarrollo argumental expuesto en la sentencia de condena se relativiza la centralidad de la prueba de audio cuestionada por la defensa.

Ello, en tanto que la información extraída del dispositivo telefónico entregado por F.M de S.M. no es el elemento de convicción fundamental que da cuenta de las amenazas expresadas por el acusado.

Con anterioridad a la obtención de la información, mediante operaciones técnicas que la defensa pretende invalidar, ya se había realizado la denuncia pertinente por parte de la víctima C.J. y habían declarado tanto F.B. de S.M. como M. acerca del contenido del registro de audio que se encontraba en el celular aportado.

Así, las tres mujeres declararon en forma coincidente acerca de las expresiones amenazantes y discriminatorias realizadas por parte de L. P. Esto, junto a otras medidas probatorias, constituyó el cuadro central de cargo que acreditó el hecho investigado.

En relación con la crítica defensiva acerca de que el juez se expidió sobre un soporte que no fue objeto de discusión en el debate, estimo que tampoco asiste razón a la defensa.

De los fundamentos de la sentencia cuestionada, advierto que el juez de sentencia precisamente distinguió qué contenido almacenado en los soportes de DVD y de CD se encontraba vinculado con el hecho investigado en las presentes actuaciones y cuál no.

Al respecto explicó que el CD **marca «Pelikan»** tenía almacenada información que no se encuentra vinculada a la conversación en virtud de la cual C.J. denunció y dio origen a las presentes actuaciones. En dicho soporte se almacenó una conversación que mantuvo F.B. de S.M. y el abogado de L. P.

En consecuencia, estimo que el argumento de la defensa no tiene incidencia alguna en el objeto de investigación en estas **actuaciones nº P-14.864/17** que se circunscribe a las amenazas que manifestó el acusado en contra de C.J. cuando se comunicaba telefónicamente con F.B. de S.M.

b.- Con respecto al cuestionamiento defensivo en relación con la reproducción en el debate de prueba ilegalmente obtenida y de prueba no ofrecida ni admitida, estimo que corresponde el rechazo.

Durante la investigación en estas actuaciones nº P-14.864/17 se solicitó la remisión del secuestro obrante en autos nº P-14.704/17 –un CD que contenía la desgrabación de las comunicaciones mantenidas entre F.B. de S. M. y L. P.– en carácter ad effectum videndi et probandi y se ofreció su reproducción en el debate oral. Pero, además, se requirió la totalidad de los elementos secuestrados en esos autos, es decir, la totalidad de la prueba diligenciada y producida en el proceso, entre las cuales se encontraba la desgrabación y transcripción del contenido de los tres DVD marca «TDK» referidos con anterioridad, por lo que fueron debidamente incorporados al debate.

En efecto, de la compulsa de las presentes actuaciones surge que la defensa ofreció como prueba propia el informe tecnológico de las tres desgrabaciones realizadas en los autos nº P-14.704/17, como también su adhesión a la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, en la audiencia de acusación de fecha 17 de octubre de 2019 la jueza interviniente admitió la totalidad de las pruebas ofrecidas por las partes (ver registro audiovisual de fecha 28 de setiembre de 2021, a partir de minuto 10:00).

En tal sentido y al no haber sido motivo de oposición la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal sino que, por el contrario, la defensa adhirió a la totalidad de ese ofrecimiento, e incluso propuso como propia los soportes tecnológicos y su transcripción, no procede en esta instancia el planteo de nulidad.

A ello se agrega, lo ya afirmado respecto a la irrelevancia concreta del cuestionamiento, pues de excluirse la prueba de los soportes tecnológicos, la existencia del hecho y la autoría del acusado resultan acreditadas con las declaraciones de C.J., F.B. de S.M. y M..

c- Nulidad por violación a normas de asistencia, representación e intervención del acusado en la obtención de prueba ilícita. Pericia. Informe técnico.

c.- En otro orden, estimo que tampoco corresponde hacer lugar al planteo de nulidad por violación a las normas de asistencia, representación e intervención del acusado en la obtención de prueba ilícita.

Considero correcta la valoración expuesta en la sentencia respecto a que en las actuaciones nº P-14.684/17 no se practicó medida probatoria alguna antes de la imputación a L. P.

La investigación se inició con la denuncia por escrito presentada en fecha 2 de octubre de 2017 por C.J. en la que ofrecieron todas las constancias de los autos nº P-14.704/17 radicadas en ese momento en la Unidad Fiscal de Violencia de Género y, en particular, un informe confeccionado por Delitos Tecnológicos de la Policía de Mendoza con las transcripciones de la comunicación telefónica entre los números de abonados pertenecientes a L. P. y F.B. de S.M. Por su parte, el día 8 de marzo de 2018 el Ministerio Público Fiscal se abocó a la investigación del hecho.

Ello fue notificado personalmente a L. P. en fecha 12 de marzo de 2018 junto a la denuncia, haciéndole conocer su derecho de declarar si lo estimaba oportuno y los demás derechos previstos en los arts. 26, 30, 271 párr. quinto, 359, 364 y 418 del CPP, oportunidad en que estuvo asistido por su abogado particular, quien inmediatamente aceptó el cargo de defensor.

Resulta relevante destacar que desde la denuncia formulada por C.J. hasta el momento de la imputación al acusado L. P. no se dispuso ninguna medida de investigación por parte del Ministerio Público Fiscal, ni acto procesal alguno a favor o en contra de los sujetos procesales que pudiera afectar el derecho defensa de L. P.. Debe señalarse que a partir de entonces la defensa no impugnó en momento alguno el informe que contenía la transcripción de las comunicaciones telefónicas.

Por su parte, estimo pertinente la afirmación del juez de instancia anterior relativa a que dicha prueba no consistió en una pericia sino en un **informe técnico** proveniente de la División de Delitos Tecnológicos.

El criterio expuesto resulta coherente con la jurisprudencia de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia que ha distinguido la diferencia entre la producción de prueba pericial y la elaboración de informes técnicos por considerar que implican recaudos diferentes para su validez.

Así, por ejemplo, en el caso **«Fernández Quispes»** se afirmó que «[...] la pericia supone la manipulación de elementos de prueba recolectados durante la investigación y su sometimiento a operaciones técnicas con el fin de obtener conclusiones basadas en conocimientos técnicos y científicos específicos que permitan avanzar en la generación de certeza -razón por la que el valor de un dictamen pericial deviene de su naturaleza valorativa y por la que es acusado y su defensa tienen derecho a controlar y contradecir las bases sobre las que se funde-, el informe técnico supone la constatación de cosas, personas o lugares por parte del personal policial o de auxiliares especialistas sin realizar algún tipo de valoración -es decir,

tiene un carácter de tipo descriptivo y no requiere el mismo grado de fundamentación que la pericia» (en el mismo sentido, ver «Quiroga», «Gatica Toledo», «Zubieta Duchén» y «Di Garbo»).

d- Derecho a la intimidad. Llamada privada.

d.- En otro orden, estimo que la crítica vinculada con la afectación del derecho a la intimidad por la reproducción de la llamada privada entre acusado y su ex esposa ha sido debidamente resuelta por el juez de la instancia anterior.

En efecto, explicó que se trató de una conversación telefónica privada en un contexto de discusión sobre la disolución de una sociedad conyugal entre L. P. y su ex esposa F.B. de S.M. en la que no intervino ninguna autoridad policial o judicial.

Especificó que fue captada y registrada por F.B. de S.M. por sus propios medios.

Además, que el acusado sabía con quién estaba hablando y voluntariamente le expresó que le avisara a C.J. que sería víctima de un mal por él causado.

Así, ya de las manifestaciones de L. P. en ese momento puede concluirse su voluntad de que sus afirmaciones amenazantes trascendieran la comunicación privada para que llegaran a conocimiento de C.J. como mínimo y no la pretensión subjetiva de resguardo de la intimidad.

evidencia digital de la grabación del relato del acusado sobre el hecho criminoso realizada voluntariamente a otro particular

En este punto, debe destacarse que esta la Suprema Corte de Justicia en el pronunciamiento **pleno «Hisa»** se expidió por la legitimidad de la incorporación de una evidencia digital de la grabación del relato del acusado sobre el hecho criminoso realizada voluntariamente a otro particular –presentada por la parte querellante– y la reproducción del audio en la audiencia de debate.

Considero que lo expuesto en dicho precedente resulta aplicable al caso analizado en autos.

Esto, en tanto se sostuvo que no se vulneran garantías constitucionales que comprometan la legalidad de la incorporación de la prueba en el proceso penal ni que justifiquen su exclusión cuando se incorpora al proceso un **registro particular de una conversación privada pues no se trata de una escucha telefónica**. Ello en tanto que en tales circunstancias **no existe una expectativa de reserva**, razón por la cual, quien participa de esa conversación asume el riesgo de revelación por parte de su interlocutor al renunciar a su derecho a la intimidad sin coacción y exteriorizar sus dichos por propia voluntad.

En este sentido, se afirmó que «[...] el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro» (cfr. CSJN, Fallos: 33113:1305; CNCC Fed., Sala I, Raña», rta. 20/4/99, Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, «T.T. y otro», rta. 8/09/08; CACAT de CABA, Sala I, «Plácido, Rita», rta. 11/06/04 [...] Dr. Borinsky, según su voto, citado en CFP 18579/2006/266, «Skanska S.A. s/recurso de casación», CFCP, Sala IV, 13 de abril de 2016, elDial AA95F9)» (ver, al respecto, el pronunciamiento pleno «Hisa»).

Dicho esto, el cuestionamiento defensivo no puede admitirse en tanto que las expresiones vertidas por el acusado y contenidas en la acusación fueron relatadas en forma voluntaria y libre, sin coacciones, en medio de una conversación y discusión con su ex esposa F.B. de S.M. quien procedió a registrarla, la presentó voluntariamente en la Unidad Fiscal interviniente y autorizó expresamente la desgrabación de las llamadas de su teléfono celular.

A ello, se agrega que, como se señaló en la sentencia, L. P. le pidió a su interlocutora que le dijera a la destinataria que la esperaba para golpearla a trompadas, es decir, el acusado renunció al ámbito íntimo de la conversación con su ex esposa y solicitó que se le transmitieran las expresiones amenazantes a la denunciante de autos.

e- Testigo nuevo. Nueva prueba. Incidencia de oposición. Art. 403 del CPP.

e.- El cuestionamiento según el cual se admitió arbitrariamente como testigo nuevo a quien ya había declarado en la etapa de investigación, tampoco resulta de recibo en esta instancia.

La defensa cuestiona, en este orden, la admisión de la declaración en el debate oral por parte de la abogada F. M. por entender que no fue ofrecida ni admitida como testigo en las presentes actuaciones y no constituyó un supuesto de nueva prueba.

De los registros audiovisuales de la audiencia de debate surge que después de la declaración de la víctima –C.J.–, la querrela ofreció como nueva prueba el testimonio de F. M., a cuyo ofrecimiento adhirió el Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, la defensa se opuso al entender que no se trataba de una nueva prueba en tanto la testigo había declarado en la causa nº P- 14.470/17 a fs. 16 (ver registro audiovisual de fecha 27 de agosto de 2021, video I, a partir de hora 01:08:50).

Estimo correcto el rechazo de instancia anterior de la **incidencia de oposición** planteada por la defensa con fundamento en los requisitos previstos en el art. 403 del CPP respecto a la incorporación de nueva prueba durante el debate oral.

Ello en tanto que analizó que el objeto procesal de controversia de autos nº P-14.407/17 era diferente al de las presentes actuaciones, y que la **utilidad de la testimonial ofrecida no fue debidamente conocida con anterioridad**.

A ello, agregó que en tanto la prueba fuera producida y la defensa tuviera la oportunidad de controlarla en el marco del debate, el ofrecimiento de la misma resultaba procedente y correspondía citar a F. M. para que declarara en el debate oral (ver registro audiovisual de fecha 27 de agosto de 2021, video II, a partir de minuto 00:37 hasta 07:26).

Confirmada la incorporación de la prueba al debate, corresponde evaluar los agravios relativos a la valoración del cúmulo probatorio debidamente aportados en el juicio oral.

f- Valoración de las testimoniales

f.- En otro orden, considero que no pueden prosperar en esta instancia los cuestionamientos de la defensa relacionados la valoración del carácter e interés personal de las testigos ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal, las contradicciones en las declaraciones de F. M. y la omisión de considerar el tiempo de demora por parte de la denunciante en renunciar a la representación de F.B. de S.M. en la causa civil en que la representaba.

El juez de instancia anterior analizó el cúmulo probatorio de forma integral y contextualizada dando amplios y detallados argumentos del valor que poseía cada prueba y cómo se relacionaban con el resto del plexo aportado por las partes y producido durante el debate.

A partir de ello, consideró que se acreditó que, en el marco de divorcio conflictivo entre el acusado y su ex pareja, el primero le refirió a ésta telefónicamente que le dijera a C.J. que «la iba a estar esperando para cagarla a trompadas».

Ello, junto a expresiones discriminatorias vinculadas a la identidad de género de C.J. El juez destacó que las amenazas violentas dirigidas a C.J. se enmarcaban en la representación legal a la ex pareja del acusado en los procesos de divorcio, separación de bienes, entre otros.

En particular, al momento de valorar que los elementos de prueba de cargo, consideró que las de mayor solidez se encontraban constituidas por las declaraciones testimoniales de C.J. (destinataria de las amenazas investigadas en las presentes actuaciones), F.B. de S.M. (ex pareja del acusado a quien le expresó las amenazas) y F. M. (corepresentante legal de F.B. de S.M.).

Entre ellas, consideró detalladamente la declaración de C.J. de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala y le otorgó **carácter de prueba esencial**.

Así, el juez valoró que a C.J. «[...] M. le había dicho que había sido llamada por su clienta [F.B. de S.M.]. Que le había dicho que escuchara unos audios por los cuales estaba preocupada. Que escuchó esos audios una vez que ella se los pidió a su clienta [F.B. de S.M.] quien le manda los audios, los escucha, da cuenta de lo que escuchó. Dijo que conocía al Sr. L. P. Se expidió sobre la posibilidad de que estos daños que había anunciado se materializaran.

Refirió por lo menos en tres oportunidades un término muy similar al que es objeto de la acusación, las características de discriminación u odio que pudo advertir en el modo de la expresión.

Se refirió a la fecha de los audios, cuándo llegó a su conocimiento [...]. Que lo recibe todo por correo electrónico [...]. Que conservó los audios para realizar la denuncia que posteriormente realizó [...].

En relación [con el] temor consideró que estaba en una situación de riesgo por las circunstancias de poder que estaba el Sr. L. P. a esa época [...].

Que tenía justamente temor porque el denunciado sabía que ella estaba llevando un proceso judicial contra [de] él [...]. Que escuchó la voz de [F.B. de S.M.], que la conocía. Que también entendió que se trataba el interlocutor del Sr. L. P. Dijo no hay dudas, se escucha el audio [...]. Nuevamente a pregunta de la defensa [respondió] que la destinataria de los audios era ella» (ver registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, video II, a partir de hora 02:26:51 hasta hora 02:31:29).

Asimismo, en lo relativo a **la credibilidad de la declaración** de C.J., estimo correcta la valoración del juez de la instancia previa acerca de que no hubo fisuras ni contradicciones en su relato, que no tenía rencor ni pretendía perjudicar a L. P..

El juez destacó que la víctima solicitaba que se hiciera justicia, que estaba preocupada por su salud y que ante este hecho no pudo continuar con la intervención en las causas que representaba a F.B. de S.M. (ver registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, video II, a partir de hora 02:31:44).

Entiendo pertinente la consideración del juez acerca de la magnitud de afectación en la vida de la víctima de autos que produjo las amenazas expresadas por el acusado.

El juez de la instancia anterior también meritó debidamente la inmediatez del conocimiento del contenido del audio por parte de C.J. y de M. y la vinculación que tiene con la cuestionada prueba de transcripción sobre el teléfono celular de F.B. de S.M.

Como ya mencioné, las tres declarantes conocieron las amenazas expresadas por L. P. con anterioridad a la entrega del celular por parte de F.B. de S.M. al Ministerio Público Fiscal y que se ordenara la extracción de las comunicaciones y su transcripción. La víctima C.J., F.B. de S.M. y M. escucharon directamente la comunicación registrada en el celular de la ex pareja del acusado y en razón de ello C.J. denunció amenazas.

En efecto, C.J. declaró que el hecho de expresión de las amenazas fue en el año 2017, entre otoño y antes de la primavera, y el juzgador en estas actuaciones aclaró que el teléfono permaneció secuestrado hasta el día 22 de septiembre de 2017 –causa nº P-14.704/17– y la denuncia de C.J. se realizó el 2 de octubre de 2017 –causa nº P-14.864/17– (ver registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, video II, a partir de hora 01:38:04).

El juez de instancia anterior consideró que también corroboraba la declaración de C.J. el informe de transcripción en la causa nº P- 14.684/17 –ofrecido como prueba propia por la defensa– que da cuenta de las características del hecho, que en el anexo II individualizó los teléfonos entre los cuales se mantuvo la comunicación y a las personas a quienes pertenecían.

Valoró también como respaldatorio la denuncia de F.B. de S.M., quien refirió que el día 7 de junio de 2017 a las 18:30 hs. L. P. la llamó y en dicha conversación le expresó las amenazas objeto de estudio en estas actuaciones. Aclaró el juez que el informe referido y la manifestación de F.B. de S.M. se correspondió con el informe de la empresa Claro en relación con la llamada del día 7 de junio de 2017 a las 19:21 hs. de una duración aproximada de 5.206 segundos entre las líneas telefónicas identificadas de propiedad con el acusado y su ex esposa.

En relación con la declaración en el debate oral de F. M., no se advierten las contradicciones que alega la defensa.

En efecto, M. declaró que las comunicaciones en las que se expresaron las amenazas investigadas en autos ocurrieron con posterioridad a una reunión del día 26 de mayo de 2017 en el estudio del abogado de L. P. Explicó que junto a F.B. de S. M. llevaron una propuesta de separación de bienes y que como respuesta obtuvieron que la única posibilidad de conciliar era que F.B. de S.M. cediera todos los bienes a L. P. Les afirmaron que a cambio de ello conservaría su título de escribana y que el acusado en estas actuaciones había advertido que les deparaba una situación «muy pesada».

Agregó la testigo que se fueron decepcionadas y asustadas de la reunión porque fueron a conciliar y resultaron amenazadas. M. declaró que en este contexto aconsejó a F.B. de S.M. que descargara una aplicación en su celular y grabara las conversaciones para recolectar pruebas, ya que habían iniciado causas judiciales en el marco de violencia de género (ver registro audiovisual de fecha 10 de setiembre de 2021, a partir de minuto 07:08).

La defensa critica que M. en los autos nº P-14.704/17 declaró no haberle tenido miedo a al abogado de L. P. en esa conversación y que en la declaración en el debate oral en estas actuaciones afirmó haber sentido temor. Como bien valoró el juez de sentencia, M. dio suficientes razones de ello por lo que no se puede considerar que exista una contradicción.

Así, explicó que en el ejercicio de representación legal y ante el abogado de la parte contraria no había mostrado vulnerabilidad porque estaba negociando un juicio.

Sin embargo, mencionó que constituía una situación diferente de lo ocurrido en fecha 26 de mayo de 2017 en el estudio del abogado de L. P. La claridad con la que M. se expresó en el debate fue destacada, inclusive, por la defensa cuando la interrogaba en el juicio (ver registro audiovisual de fecha 10 de setiembre de 2021, a partir de minuto 33:35 hasta minuto 38:49).

Además, desde una perspectiva de géneros, no debe perderse de vista el escenario en que ocurrió el hecho contenido en la acusación. Esto es, durante una discusión telefónica con expresiones violentas por parte de L. P. hacia su ex esposa –F.B. de S.M.– a raíz del proceso de divorcio en el que C.J. y M. la representaban en causas judiciales civiles y de familia. Este contexto fue debidamente mencionado y ponderado en la sentencia con referencia a las declaraciones de C.J. y las testigos nombradas (ver registro audiovisual de fecha 13 de octubre de 2021, video III, a partir de minuto 02:04).

Ahora bien, el recurrente se agravia por el tiempo transcurrido entre el conocimiento de las expresiones amenazantes y la renuncia de C.J. en la intervención en la causa civil referida. Sobre este extremo se le consultó a la víctima en su declaración en el debate.

Comparto con el juez de instancia anterior que las explicaciones brindadas por C.J. resultan suficientes para entender el lapso transcurrido entre el conocimiento de las amenazas y la realización de la denuncia. C.J. expuso que, conocidas las amenazas, debió acordar con su representada legal y F. M. los modos y forma de renunciar a la representación en la causa civil a los fines no dejar desprotegida a F.B. de S.M.

La víctima de autos afirmó que correspondía que le recomendaran colegas con perspectiva de géneros para que patrocinara a F.B. de S. M. en tanto ya habían denunciado a L. P. en diversas causas judiciales (ver registro audiovisual de fecha 27 de agosto de 2021, video I, a partir de minuto 51:19 a 56:44).

Al respecto, estimo pertinente destacar que el cuestionamiento defensivo pretende desacreditar las declaraciones de la víctima en razón de una supuesta ganancialidad o atribuyéndole motivaciones espurias para denunciar, bajo la exigencia de cómo deben reaccionar las víctimas para que el sistema judicial les crea; dos razonamientos que no pueden ser atendidos.

En primer lugar, el **transcurso del tiempo** que destaca la defensa no desacredita de forma alguna la existencia de las amenazas ni la autoría de L. P..

No se ha presentado prueba alguna que ponga en duda estos dos extremos y la prueba de cargo resulta coherente y sólida al respecto.

En segundo lugar, la defensa pone el foco de atención y análisis en la víctima, cuando los hechos objeto de investigación son los atribuidos al acusado L. P., lo que esta Sala ha considerado impertinente en diversos precedentes.

En este sentido, he expuesto que «[l]a utilización de estereotipos generales de lo que se ha construido como **«buena víctima»**, no hacen más que culpabilizar a las personas concretas que han resultado víctimas de delitos y circunscribe el análisis a sus comportamientos y no a las conductas de las personas que son acusadas de su comisión» (ver **«Lima Viñolo»**, **«Metral Osorio»**, entre otros).

En función de lo expuesto, deben desestimarse los agravios en revisión, ya que no hubo omisión de meritar en la sentencia la vinculación profesional entre la denunciante y las testigos mencionadas ni de los otros aspectos de las pruebas analizadas.

g.- La defensa también cuestiona que no se ha acreditado que los hechos investigados hayan ocurrido en un contexto de violencia de género. Tampoco comparto esta crítica.

Esta Sala se ha expedido respecto a la obligación estatal de juzgar con perspectiva de géneros y de valorar el contexto en el que se desarrollaron los hechos investigados en diversos precedentes.

Identidad de género. Mujeres trans

En particular, respecto a las obligaciones estatales en supuestos donde se investigan hechos vinculados con la **identidad de género** de las personas me expedí en profundidad en el caso **«Chaves Rubio»**.

Todo lo cual estimo de pertinente aplicación al caso de autos.

La vulneración de derechos y discriminación que padecen las **mujeres trans** en su vida cotidiana es ampliamente reconocida tanto por los organismos internacionales como por las organizaciones de la sociedad civil especializada en la temática –CIDH, Violencia contra las personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América–.

En este punto conviene señalar que, de conformidad con los criterios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– el término personas trans es el término paraguas frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona (CIDH, Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América).

En este sentido, debe señalarse que juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento.

Por esta razón, nuestro país ha asumido el compromiso político, legislativo, constitucional y convencional de no reproducir, erradicar y sancionar las violencias por motivo de géneros. Considero un deber del sistema de justicia adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros.

Ese deber surge, de modo indiscutible, de la normativa constitucional y legal nacional, así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de condicionamientos hegemónicos –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos– (ver, al respecto, **«Zurita Ábrego», «Tizza», entre otros**).

En definitiva, en nuestro sistema jurídico, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres y las personas con identidades diversas son víctimas de violencias en sus distintas manifestaciones, es necesario adoptar un punto de partida crítico, que ponga en evidencia que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación que reproducen discriminación en razón de su identidad, expresión y/u orientación de género (ver al respecto **«Chaves Rubio»**).

A nivel interamericano, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado nacional se comprometió a abordar las discriminaciones estructurales y las violaciones de derechos fundamentales que padecen las personas que integran el colectivo LGBTTIQ+ en razón de su identidad, expresión u orientación de género. Resulta preciso aclarar que la sigla LGBTTIQ+ es utilizada para identificar al colectivo que integran las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans, travestis, intersex, queer y toda otra orientación sexual o identidad de género que no tenga una denominación específica. Dicho esto, las violencias específicas que sufren se basan en prejuicios y percepciones generalmente negativas y posee, entre otros, un fin simbólico de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de si la persona violentada se autoidentifica o no con una determinada categoría de las comprendidas por el colectivo (cfr. **Corte IDH, «Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú», de 12 de marzo de 2020, párrs. 90, 92 y 93**).

Los derechos a la identidad de género y al libre desarrollo de las personas conforme a ella se encuentran internacionalmente reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (arts. 7 y 11.2), el derecho a la vida privada (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), el derecho al nombre (art. 18) y a la libertad de expresión (art. 13).

Además, han sido reconocidos por nuestro país desde el año 2012 mediante ley 26.743. En términos del art. 2 de este cuerpo normativo «[s]e entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Definición que, a su vez, es congruente con la ofrecida en los Principios de Yogyakarta, reguladores de cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Esta protección de los derechos de las personas del colectivo LGBTTIQ+ debe ser complementada con otros instrumentos internacionales que protegen de forma especial los derechos de las mujeres a una vida libre de violencias y procuran la eliminación de todas sus formas tanto en el ámbito público como privado.

De tal manera, corresponde analizar el caso concreto no sólo a la luz de la CADH sino también de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En este sentido, resulta aplicable la noción de debida diligencia reforzada exigida por esa convención a los Estados firmantes y la obligación de actuar con perspectiva de géneros tanto en la investigación como en el juzgamiento de hechos de violencia contra las mujeres trans en razón de su género (cfr. «**Vicky Hernández y otras Vs. Honduras**», cit., párr. 133 y 134).

También a nivel internacional cobran relevancia los Principios de Yogyakarta y Principios de Yogyakarta+10, en los que los principales mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas han afirmado la obligación estatal de garantizar protección efectiva para todas las personas ante discriminaciones basadas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

El instrumento reconoce un amplio abanico de principios que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos de las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género. Entre ellos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (2), a la vida (4), a la seguridad personal (5), a un juicio justo (8), a que se declare la responsabilidad por los actos de violencia que contra ellas se cometan (29), a la protección del Estado (30) y a la verdad (37), los que resultan especialmente relevantes al presente caso. El caso de autos debe ser analizado bajo perspectiva de géneros en tanto las amenazas manifestadas por el acusado a C.J. contienen expresiones explícitas de desconocimiento y discriminación a su identidad de género trans. El Estado debe reconocer que el contenido discriminatorio contra la identidad de género de la víctima de las amenazas investigadas afecta de forma directa derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de reconocimiento de la personalidad jurídica, al propio nombre y a la libertad de expresión. Con sus expresiones el acusado específicamente atacó la identidad de género de la víctima, a la que además amenazó con lesionar físicamente.

Las críticas que efectúa la defensa no abordan de forma alguna lo que he desarrollado. Sus cuestionamientos se encuentran dirigidos a exigir el conocimiento personal entre víctima y victimario y las razones por las cuales C.J. dejó de representar legalmente a F.B. de S.M. y cuándo lo realizó.

Sin embargo, el ataque explícito a la identidad de género de la víctima como núcleo central de las amenazas expresadas es lo que configura la violencia de género del caso de autos, lo que defensa no ha rebatido ni desacreditado. Por ello, corresponde rechazar el agravio defensivo respecto a la falta de acreditación del contexto de violencia de género en el que se encuentran inmersas las conductas atribuidas al acusado L. P. h.-

Finalmente, la defensa realiza críticas al encuadre legal que se le atribuye a los hechos investigados que tampoco comparto. En este sentido, sostiene que el juez de sentencia desvirtuó las expresiones del acusado y no tuvo en cuenta el contexto de ira en el que se realizaron.

Además, que L. P. nunca afirmó que iba a buscar a C.J. para golpearla y que no resulta asimilable a expresar que la iba a estar esperando. El bien jurídico tutelado por la norma del art. 149 bis, primer párrafo, del CP es el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima que, a través de la amenaza, ve puesta en tela de juicio su posibilidad de elegir su actuar de modo libre de injerencias.

Si esto es así, la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima.

A su vez, la vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada» (ver, al respecto, «**Murcia Lucero**», «**Garay Videla**», «**Maimone Zabala**», entre otros).

En este sentido, resulta relevante todo el marco analizado por el juez de instancia anterior a lo largo de la sentencia respecto al contexto de violencia de géneros entre el acusado L. P. y F.B. de S.M.

Así, toma relevancia el proceso de divorcio, separación de bienes y las diversas causas judiciales (entre las que se encuentra la de autos nº P-14.704/17 por amenazas), razones por las que F.B. de S.M. instaló en su teléfono una aplicación para grabar sus conversaciones telefónicas, lo que permitió registrar las amenazas que expresó al acusado para que se le hiciera llegar a C.J. El contexto explicado permite entender la vinculación entre L. P. y C.J., en tanto ella representaba judicialmente a F.B. de S.M. en alguna de las causas judiciales contra el acusado de autos.

Esto contradice uno de los agravios de la defensa respecto a que L. P. y C.J. no se conocían personalmente y que la defensa pretende utilizar para descartar la imputación. Acusado y víctima se conocían por dos razones. La primera es que son personas de relevancia social y de público conocimiento por los roles sociales que desempeñan y han desempeñado, como bien fue reconocido en el debate oral.

La segunda, por los roles específicos que cumplían en los procesos judiciales que se estaban litigando, C.J. era la representante legal de la ex esposa del acusado y defendía sus intereses, lo que conocía a la perfección el acusado y es uno de los motivos para amenazarla. La exigencia del conocimiento personal que refiere la defensa no posee relevancia alguna en la tipicidad de la figura penal bajo análisis. Ello en tanto ambas personas se conocían, tenían contactos directos, el conocimiento de sus domicilios legales y existía la posibilidad fáctica de concurrir a los lugares en los que podían encontrarse.

En este marco contextual, y conforme lo analizado, quedó acreditado que L. P. le expresó a F.B. de S.M. que «[...] también [se iba] a poner la pollerita, y los dos, y los dos hacemos de trolo, entendés, me voy a poner pollerita, dos bombitas de tetas, y lo voy a cagar a trompadas, porque es un hombre camuflado, en esas manos caíste vos, decile que lo voy a estar esperando».

La defensa presenta dos argumentos para sostener la atipicidad o irrelevancia penal de la conducta que entiendo deben ser descartados. El primero, que L. P. no afirmó que iba a buscar a C.J. para golpearla sino que la iba a esperar. La distinción entre una acción directa de ir en busca de la víctima o esperarla para que cuando la encuentre la golpee, entiendo que no tiene impacto alguno en la tipicidad de la figura legal en análisis. La defensa pretende una interpretación naturalística y aislada de las expresiones con la intención de desviar la atención del eje central del tipo penal atribuido.

La figura penal de amenazas, como ya mencioné, tutela el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima, lo que en el caso de autos podríamos precisar en el libre desenvolvimiento del ejercicio de su profesión de abogada y representación de sus clientes sin la consideración de que la contraparte pretenda lesionarla a golpes. Esta afirmación no se desvirtúa en razón de que L. P. se dirigiera hacia C.J. para golpearla o sólo esperara encontrarla en alguna ocasión.

Es decir, la crítica naturalista no afecta a la tipicidad de amenazar con lesionar a otra persona en razón de la forma en que afirma que va producirle las lesiones.

En segundo orden, la defensa sostiene que las expresiones se dieron en un contexto de ira que le quita seriedad a aquéllas y por eso resultan atípicas. Disiento con esta interpretación. El contexto que he mencionado, y que debidamente valoró el juez de sentencia, dan contenido a la seriedad de las amenazas que exige la defensa, en las que explicitó golpear «a trompadas» a C.J. y expresó diversas manifestaciones discriminatorias contra su identidad trans.

Además, como ha sostenido esta Sala el delito de amenazas es un delito formal que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza independientemente del resultado obtenido. Su idoneidad radica en la

identidad de la acción de autor para limitar la esfera de organización de libertad de la víctima y no debe confundirse su idoneidad con la capacidad del autor.

En este sentido, el acusado expresó su intención de lesionar a C.J. por estar representando a F.B. de S.M. en los litigios judiciales mientras discriminaba a la víctima de autos en razón de su identidad de género. A mi entender el contenido de las amenazas, en el contexto en el que se produjeron, poseen la relevancia penal para configurar su tipicidad, tal como afirmó el juez de la instancia previa.

i.- En función de lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», «Narváez Videla», «Brancello Urbón», «Vega», «Zurita» y «Montenegro Fisigaro».**

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión llamada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa C. A. L. P..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de septiembre de 2023.

15- MARTINEZ BECERRA. 25-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230925_FcMBR.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Ley 26485.

Vox: . VG. Amenazas simples. Idoneidad. Pregunta sugestiva.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples ocasionado en un contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y ley 26485).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 477, pronunciada por el JPC N° 2 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- González Sosa.

SCJM. Dres.: **Valerio.Palermo.** Adaro.

Fallo

CUJ: 13-07006161-3/1((028502-42677)) FC/ MARTINEZ BECERRA RUBEN ALFREDO P/ AMENAZAS (42677) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106247782*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07006161-3/1 caratulada “F. C/ M. B., R. A. P/ AMENAZAS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de R. A. M. B. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 477, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de General Alvear.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-42677/22, a la pena de un año de prisión de ejecución condicional por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples ocasionado en un contexto de violencia de género (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP y ley 26485). De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, consideró probado que «[e]l 24 de abril de 2022, siendo las 20:00hs aproximadamente, en el domicilio ubicado en calle ..., R. A. M. B. le manifestó a [C.H.G.] “vos estas esperando a tu machito, sos una puta cualquiera, te voy a cagar matando”».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración de C.H.G., de la licenciada Johana Santarrosa, de L. L. M. y del acusado, la copia del expediente n° 21739/13, caratulado «H.G.C. p/ violencia familiar» del Juzgado de Familia de General Alvear.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. Considera que la sentencia no se encuentra debidamente fundada en razón de la prueba rendida en la audiencia de debate.

En este sentido, se agravia por la no aplicación del principio in dubio pro reo, por no haber sido analizada la prueba de cargo en forma completa y objetiva, por la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional, y por la ausencia de valoración de las conductas del acusado y la denunciante. Expresa que la denunciante nunca manifestó miedo o temor ante los dichos del acusado.

Al respecto, refiere que el representante del Ministerio Público Fiscal a la hora de preguntar, en vulneración de las reglas del **examen directo, realizó una pregunta sugestiva, poniendo la palabra «miedo»** en el interrogatorio, hecho que no había sido manifestado hasta el momento por la denunciante. Argumenta que el acusado fue condenado por el delito de amenazas y que, según su entender, no son idóneas las pruebas en los términos del delito contemplado en el art. 149 bis primer párrafo del CP, por

cuanto considera que, lo manifestado por el acusado no reúne los recaudos de serio, grave, injusto ni dependiente de la voluntad del autor.

En tal sentido, sostiene que las amenazas para ser idóneas deben tener la capacidad suficiente de crear el estado de alarma o temor. Agrega, que no son típicas las amenazas proferidas irreflexivamente al calor de un altercado verbal.

Al respecto, refiere que la denunciante expresamente manifestó que «ahí empezamos, él me agredió y yo lo agredí», por lo que estima que fue una discusión entre dos personas, constituyendo las expresiones referidas un arrebató de ira o de nerviosismo que no tiene idoneidad para amedrentar.

De tal manera, sostiene que las exigencias y los insultos acompañados de un gesto obsceno, no abastecen la figura de amenazas contempladas en el art. 149 bis del CP. Por el contrario, considera que la acción debe tener una determinada magnitud para lesionar el bien jurídico protegido. Argumenta que la denunciante dijo que todo el vecindario conocía la situación de violencia que había entre ambos, pero no pudo nombrar a alguna persona que acreditara sus dichos.

Cuestiona la declaración de la psicóloga, en tanto hace referencia que ésta manifestó que «existían denuncias anteriores de agresiones por parte del hombre», sin embargo, la defensa sostiene que la denunciante no había realizado denuncias previas a la que realizó el 26 de abril de 2022.

Sostiene que los hechos descriptos para analizar el hecho que motivó la condena cuestionada y el supuesto peligro de muerte de la denunciante, ocurrieron hace nueve años, cuando estaban en pareja. Refiere que se habla de violencia física, cuando nunca se pudo probar.

Asimismo, expresa que la prueba de cargo muestra la incongruencia en el relato de la denunciante, en tanto los supuestos hechos de violencia ocurridos contra ella no pudieron corroborarse con el grado de certeza para derribar el principio de inocencia que pesa sobre el acusado.

Por último, hace referencia que la conducta posterior del acusado después de proferir las supuestas amenazas, esto es que se subió a su camioneta y se fue, no condicen con lo relatado por la denunciante, en cuanto a la posibilidad de concreción del mal anunciado, mucho menos con la corroboración de supuestos hechos anteriores que habrían pasado y no fueron denunciados por temor a que se le causara un mal.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, estima que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada. Estima que más que verificarse la presencia de vicios o errores en la sentencia, se advierte una discrepancia de la defensa con la valoración del plexo probatorio.

En efecto, sostiene que se observa en los fundamentos un análisis minucioso de la prueba rendida, especialmente de las declaraciones testimoniales.

Por último, resalta que la calificación legal, al igual que la materialidad del hecho, la autoría y la responsabilidad del acusado, también se encuentran debidamente motivada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

Del escrito recursivo surge que, el planteo de la defensa está dirigido a cuestionar la credibilidad de los dichos de C.H.G. y la aplicación del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP.

En cuanto a la credibilidad de los dichos de la denunciante, se advierte que el sentenciante analizó detalladamente la declaración de la víctima, quien en el debate afirmó que R. A. M. B. le preguntó si estaba esperando a «sus machitos», como así también le expresó que era una «cualquiera», que la iba a matar, que iba a prender fuego la casa con ella adentro.

Además, hizo referencia que cuando el acusado la amenazó se encontraba sola, que el acusado siempre la amenazaba, que no podía salir de su casa porque la vigilaba, que quería que volvieran a estar juntos.

Es importante señalar que C.H.G. hizo referencia que el acusado siempre fue agresivo con ella, que le pegaba, que le manifestaba que la iba a matar y a pasar la chata –por la camioneta– por encima. Igualmente, refirió que lo denunció en el Juzgado de Familia de General Alvear por violencia familiar, en el expte. n° 21739/13.

Se advierte, que el juez de la instancia anterior, señaló que esta versión de C.H.G. fue confirmada por uno de sus hijos, D. S. M., quien en la mencionada causa del Juzgado de Familia, manifestó que su padre, R. A. M. B., siempre fue malo con ellos, los trataba mal, que por cualquier cosa les pegaba y que no les dirigía la palabra.

Debe mencionarse que la declaración de la licenciada Johana Santarrosa, quien realizó la evaluación de riesgo de C.H.G., también aportó verosimilitud al relato de ella. Así, manifestó que su versión de los hechos fue creíble, espontánea, que no presentó contradicciones y que se encontraba inmersa en un contexto temporo-espacial.

También, hizo referencia que durante el relato C.H.G. dio una gran cantidad de detalles, como por ejemplo horarios y cómo se encontraba ella, lo que aportó credibilidad a su relato. La profesional refirió que la víctima rememoró lo sucedido, por lo tanto considera que el relato no es inventado. Aclaró que cuando una persona inventa un suceso por lo general omite detalles o tiene un relato armado.

Asimismo, sostiene que se detectaron por parte del acusado conductas de acecho, hostigamiento continuo, trato hostil, insultos, amenazas de muerte y conductas de acomodamiento a modo de controlar la existencia de conflictos y agresiones hacia la víctima.

En el mismo sentido, la licenciada Santarrosa refirió que existió violencia psicológica del acusado hacia C.H.G., con control continuo de sus movimientos, insultos y amenazas de muerte. Describió múltiples agresiones físicas, en una oportunidad la intentó asfixiarla, como así también propinarle cachetadas y golpes de puño. Además, manifestó que la víctima ya no se encontraba inmersa en el ciclo de violencia de género y aclaró que los femicidios normalmente ocurren cuando la mujer logra desvincularse, por lo tanto, el riesgo que ocurra un femicidio es aún mayor.

Afirmó que el riesgo de sufrir violencia física grave y/o muerte por parte de la víctima era alto.

Como consecuencia de estas situaciones vivenciadas, la licenciada Santarrosa observó en la víctima, autoestima baja, temor constante, secuelas emocionales, afectivas, cognitivas que impiden pensar en futuro y conductuales que impiden establecer una nueva pareja. En cuanto, a los factores de riesgo y de protección, la profesional argumentó que la víctima no tiene red de contención socio comunitario, en tanto considera que tener hijos con el acusado es un riesgo porque tiene que seguir manteniendo un

vínculo con él. También, refirió que no se observaron factores de protección, en tanto señaló agresiones por parte de uno de sus hijos.

Asimismo, sostuvo que la víctima presentó, por más de seis meses, síntomas de estrés postraumático consistente en pesadillas, insomnio, pensamientos negativos recurrentes, actitudes híper vigilantes, temblores, dolores en el cuerpo, dificultad para concentrarse, temor constante y angustia. En efecto, se advierte que la denunciante se encontraba en una situación de vulnerabilidad por las situaciones de violencia vivenciadas.

Esto, ha sido especialmente tenido en cuenta por el juez al momento de la valoración de los diversos elementos de prueba obrantes en la causa con la debida perspectiva de género y en consonancia con las consideraciones que este Tribunal ha realizado para casos como el analizado (ver, al respecto, «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa»; «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez»; «Vázquez Tumbarello»; «Vega»; «Zurita»; entre otros).

Asimismo, el sentenciante analizó detalladamente la declaración testimonial del hijo de la denunciante y el acusado, L. L. M.. Si bien éste desmintió la versión de la denunciante, sus dichos fueron considerados por el juez como emitidos con cierta parcialidad, en tanto se reflejó su intención de beneficiar al acusado. Ello, se explica en tanto aquel testigo había tenido un conflicto con su madre, lo que derivó en una denuncia penal por parte de esta última hacia él.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP., la defensa considera que lo manifestado por el acusado no reúne los recaudos según los cuales debe resultar serio, grave, injusto ni dependiente de la voluntad del autor. En efecto, considero que este planteo tampoco debe prosperar.

Se advierte, que los dichos del acusado –«vos estas esperando a tu machito, sos una puta cualquiera, te voy a cagar matando»–, tienen, objetivamente, la entidad suficiente para atemorizar, alarmar o amedrentar a la víctima, en tanto el acusado le anunció un mal grave, posible y futuro –«te voy a cagar matando»–.

De esta manera, surge que no sólo fue una discusión entre dos personas, tal como lo sostiene la defensa sino que, por el contrario, se trató de un comportamiento que encuadra claramente en el tipo penal de amenazas simples, previsto en el art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP.

Asimismo, la defensa sostiene que la denunciante nunca manifestó miedo o temor ante los dichos del acusado sino que, por el contrario, fue el representante del Ministerio Público Fiscal quien, mediante una pregunta sugestiva –en vulneración de las reglas del examen directo–, colocó la palabra «miedo» en los dichos de la denunciante.

Al respecto, debo señalar que no comparto el argumento de la defensa, en tanto considero que no es requisito para la configuración del delito de amenazas que la víctima sienta miedo o temor.

En este sentido, esta Sala ha sostenido que «[n]o obsta a la aplicación de la figura del art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP, la pretendida ausencia de temor de la víctima puesto que al respecto considero que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del resultado obtenido» (ver, al respecto, «Barbosa», y en el mismo sentido «Suárez Herrera»).

Por último, debe señalarse que la conducta posterior del acusado, luego de proferir las amenazas, no tiene entidad para conmovir la decisión del juzgador, tal como lo sostiene la defensa, en tanto se advierte que

existen motivos de peso –entre los que se destacan la valoración de la declaración de C.H.G., principal prueba de cargo– para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones.

De lo expuesto, se advierte que la defensa del acusado parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba y ello impone, como regla, la consideración de la prueba en su conjunto.

Los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que, de manera sintética y definitiva, debe valorado para la reconstrucción de los hechos.

Es el resultado global el que cuenta, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan la convicción necesaria acerca de la existencia de los hechos investigados en el proceso (L.S. 381-233; 382- 107; 388-219; 398-42; 401-188).

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia del cuestionamiento de la defensa, referido a que no se encuentra acreditado que el acusado sea el autor del hecho, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada, con la debida perspectiva de género y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo oportunamente señalado en «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros por resultar aplicables en ese aspecto el presente caso.

Respecto al bien jurídico protegido por la figura penal de amenazas y la entidad exigida por la figura penal para que sea considerada idónea, entiendo pertinente remitirme a lo expuesto en los precedentes «**Murcia Lucero**», «**Garay Videla**», «**Maimone Zabala**», entre otros.

Esto, por cuanto comparto, sobre la base de las consideraciones analizadas en los precedentes referidos y la plataforma fáctica acreditada que detallara en su voto mi colega preopinante, que en el caso analizado los dichos expresados por el acusado resultan encuadrables en la figura prevista por el art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, del CP.

En función de ello, considero que la primera de las cuestiones planteadas al acuerdo debe ser respondida de manera negativa. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del

acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «González Pringles», «Ruiz Gutiérrez», «Alaniz Pineira» y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «Scifo Ruffini» y «González Sosa», entre otros).

De tal manera, la primera cuestión planteada debe ser respondida de manera negativa. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por R. A. M. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

16- CORBERA. 02-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	Arm	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231002_FcCSA.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP.

Vox: Amenazas agravadas. Arma. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9764, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro (Licencia). Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06825043-3/1((018501-50860)) F. C/ CORBERA SILVA ANGEL DAVID P/ AMENAZAS AGRAVADAS (50860/20) (50860) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106077132*

En Mendoza, a los dos días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06825043-3/1 caratulada “F. C/ CORBERA SILVA, ÁNGEL DANIEL P/ AMENAZAS AGRAVADAS S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Ángel Daniel Corbera Silva interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.764, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa N° P-50860/20, a la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[e]l día martes 07 de julio de 2020, siendo las 14:00 horas aproximadamente, sobre la vía pública, frente al domicilio sito en Barrio Grilli Sur, M-F, C-11 de Puente de Hierro, Guaymallén, Ángel Daniel Corbera Silva empuñando un arma de fuego tipo 9mm le manifestó a Ángel Gabriel Galván Suárez, María Salome Galván Suárez y Sara Karen Domínguez Luna “los vamos a sacar de vuelo a ustedes” “no van a estar más acá”, provocando temor en las víctimas con tales manifestaciones».

Para así decidir, la sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones de María Salomé Galván Suárez, Sara Karen Domínguez Luna, Ángel Gabriel Galván Suárez, Jorge Daniel Galván Camargo, Nahuel Bautista Castro, Ángel Daniel Corbera, Lucas Emanuel Rodríguez, Alberto Sánchez, Víctor Nieto y la del acusado Ángel Daniel Corbera Silva.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

Estima que la sentencia sólo se apoyó en las declaraciones testimoniales de una misma familia que se encontraba enfrentada con el acusado y desvirtuó las declaraciones de los vecinos –personas ajenas a ambos grupos– que presenciaron el incidente.

Además, sostiene que la sentenciante no sólo no tuvo en cuenta las contradicciones entre los testigos de cargo entre sí, sino también sus propias contradicciones durante el proceso, en tanto en el debate declararon en forma absolutamente contraria a lo manifestado en la instrucción. Veamos.

Refiere que la declaración de la denunciante María Salome Galván Suárez, prestada en el debate, es contradictoria tanto con la formulada en el acta de procedimiento como en la instrucción.

Así, expresó que la testigo en el acta de procedimiento dijo conocer al acusado porque «quiso ser su novio» y luego manifestó que tenía un conflicto «de larga data». También hace referencia que la declaración presentó contradicciones en cuanto a circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En efecto, sostiene que en los fundamentos la sentenciante relativizó estas contradicciones sin dar motivos claros o, por lo menos, razonables de por qué le dio valor probatorio absoluto a estas inconsistencias, siendo a su entender arbitrario. También considera que las declaraciones de Sara Karen Domínguez Luna, Ángel Gabriel Galván Suárez y Jorge Daniel Galván Camargo presentaron importantes contradicciones.

Así, alega que Sara Karen Domínguez Luna, en un primer momento, mencionó que en el momento del hecho se bajaron de la camioneta, cuando en la instrucción manifestó que nunca se bajaron de ella. Asimismo, la defensa expresa que la testigo se equivocó en el horario y aclara que cuando se le marcaron las contradicciones dudó de sus propias declaraciones en sede policial.

En cuanto a Ángel Gabriel Galván Suárez, la defensa refirió que no se mostró orientado respecto al momento de las agresiones previas, incluso se contradijo en varias ocasiones y cuando se las hicieron notar refirió no acordarse y negó su firma en la declaración tomada en sede de la Oficina Fiscal.

Por último, con respecto a Jorge Daniel Galván Camargo, la defensa manifestó que fue el testigo más desorientado y que la sentenciante lo justificó aduciendo su ignorancia y escasa cultura y mencionó sus dichos como base y soporte de su sentencia.

Por otro lado, en cuanto a los testigos de descargo, la defensa considera que, sin ánimo de ganancialidad, presentaron la real visión del caso, siendo los hechos diferentes a los que intentaron destacar los denunciadores. En este sentido, estima que la sentenciante arbitrariamente ignoró importantes pruebas de descargo.

Al respecto, estima que para dilucidar la verdad se debe analizar los dichos del testigo Nahuel Castro, vecino del barrio, quien contradijo lo expresado por los denunciadores, en tanto aclaró que Ángel Daniel Corbera no participó del hecho.

En este sentido, la defensa sostiene que implica de gravedad institucional la circunstancia según la cual la sentenciante no mencionara en sus fundamentos este elemento probatorio decisivo, lo que desvirtúa la fundamentación de la sentencia viciándola de nulidad.

Asimismo, la defensa sostiene que esta versión es corroborada por Lucas Emanuel Rodríguez, quien dejó en claro que el motivo de la denuncia es por «bronca» de los denunciadores hacia Ángel Daniel Corbera, en tanto éste los había denunciado porque le habían robado el celular a su hijo.

Así, la defensa considera que este detalle no fue tenido en cuenta por la sentenciante, quien en sus fundamentos sólo se limitó a cuestionarlo sin argumentos de peso, pero sí mostrando una interpretación tendenciosa, en tanto desconfió de todos los testigos de descargo, usando una vara muy distinta a la que muestra con los testigos de cargo.

En efecto, hace referencia que la sentenciante se basó sólo en las declaraciones de los denunciadores sin que existiera un sólo testigo del hecho, ni una cámara de seguridad, como así tampoco se encontró el arma aludida a pesar de los allanamientos realizados.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que las críticas efectuadas a la resolución son infundadas y no corresponde hacer lugar a la pretensión casatoria.

Así, con relación a las críticas de los testigos, estima que la sentenciante, en general, fundamenta su decisión a partir de la credibilidad de los testimonios de la familia Galván y Sara Domínguez, en virtud que

todas estas declaraciones son coincidentes en lo nuclear.

En cuanto a las contradicciones que marca la defensa, manifiesta que la sentenciante considera que no son relevantes ni dirimentes y se deben al tiempo transcurrido entre unas y otras declaraciones.

Con respecto a los testigos de descargo, alude a que la sentenciante brindó sus razones por las que descrea de sus versiones.

Por último, con relación al resultado negativo del allanamiento en cuanto al hallazgo del arma en el domicilio del acusado, sostiene que la sentenciante explicó las razones por ello no afectaba la prueba de cargo.

En razón de lo expuesto, considera que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó la jueza de la instancia anterior. De manera preliminar, se debe resaltar que, si bien la defensa sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan también en las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP, de su planteo surge que el eje central de la impugnación gira en torno al cuestionamiento de la valoración probatoria realizada por la magistrada de la instancia anterior.

Así, la defensa refiere, por un lado, que la sentenciante no tuvo en cuenta las contradicciones existentes en las declaraciones testimoniales de María Salomé Galván Suárez, Sara Karen Domínguez Luna, Ángel Gabriel Galván Suárez y Jorge Daniel Galván Camargo y, por otro lado, que descartó arbitrariamente la versión de los testigos de descargo Nahuel Castro, Ángel Daniel Corbera y Lucas Emanuel Corbera. Al respecto, entiendo que estos argumentos no resultan procedentes. Paso a explicarlo.

Tal como a continuación desarrollaré considero que existen elementos de relevancia para asignarle razón a la sentenciante en sus conclusiones respecto de la existencia material del hecho y de la intervención de Ángel Daniel Corbera Silva en él.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor de valoración de la prueba por parte de la jueza de la instancia previa, la que no logra ser desvirtuada.

En primer lugar, debe señalarse que la jueza de la instancia anterior refirió que los denunciados fueron claros al momento de indicar al acusado como el autor de los hechos, en tanto manifestaron en forma categórica que el acusado llegó al lugar, en compañía de dos de sus hermanos, Facundo y Mario, y sin embargo respecto de ellos no hay ninguna acusación en concreto.

En segundo lugar, se advierte que la sentenciante analizó detalladamente las contradicciones en las declaraciones de los testigos de cargo, María Salomé Galván Suárez, Sara Karen Domínguez Luna, Ángel Gabriel Galván Suárez y Jorge Daniel Galván Camargo.

Así, surge de la grabación de audio y video de los fundamentos de la sentencia que la jueza de la instancia anterior consideró que las contradicciones de los testigos antes mencionados no resultaban relevantes e importantes para desacreditar el hecho investigado.

Al respecto, argumentó que en el caso de María Salomé Galván Suárez prestó declaración al día siguiente del hecho y, luego, declaró en la audiencia de debate oral y público un año y cuatro meses después, por lo

que refiere que, más allá de las circunstancias que puedan no ser coincidentes con su primera declaración, lo cierto es que en lo que atañe al núcleo central del hecho concreto que se le atribuye al acusado ha sido coincidente.

En el mismo sentido, la sentenciante hizo referencia que todos los testigos mencionados fueron coincidentes en lo esencial del hecho que se investiga en esta causa, más allá que ciertas circunstancias resultaron diferentes como, por ejemplo, si el acusado se encontraba abajo o arriba del rodado.

Es decir, todos los testigos fueron contestes al mencionar que el acusado se presentó en el domicilio de las víctimas y desde la vía pública, con un arma de fuego 9 mm, parecidas a las que utilizan el personal policial, les manifestó que los iba a sacar de vuelo.

En efecto, la sentenciante afirmó que el relato de todos los testigos de cargo fue persistente, sólido y que no hubo modificación en cuanto a la intervención clara del acusado y en cuanto a la amenaza que habría manifestado.

Particularmente, refirió que los testimonios coincidentes de María Salomé Galván y de Ángel Gabriel Galván se presentaron como inalterables e incuestionables. Al respecto, la sentenciante consideró que no advirtió en los denunciantes animosidad y que eso otorgó credibilidad a sus relatos.

En tercer lugar, estimo que no resulta procedente el cuestionamiento referido a que la sentenciante arbitrariamente ignoró los testigos de descargo Nahuel Bautista Castro, Ángel Daniel Corbera y Lucas Emanuel Rodríguez,.

En ese sentido, la sentenciante refirió que no le otorgaba credibilidad al testimonio de Nahuel Bautista Castro.

Esto, en razón que el testigo manifestó haber escuchado el hecho desde adentro de la casa de su tía, por lo que resulta imposible que diera tantos detalles del hecho como si fuera un testigo presencial, cuando en realidad se encontraba dentro de la casa.

Asimismo, la sentenciante argumentó que Nahuel Castro manifestó haber sido amenazado por Gabriel Galván el día anterior a presentarse a prestar declaración testimonial en el debate oral.

Sin embargo, la jueza, en razonamiento que comparto, tampoco le otorgó credibilidad a ese testimonio, en tanto sostuvo que, el sentido común indica que cuando una persona se encuentra muy atemorizada por haber sido amenazada, como sería el caso de Nahuel Castro, según lo referido, le da intervención a la policía.

Sin embargo, Nahuel Castro en ningún momento realizó una denuncia.

Con respecto al testimonio de Lucas Rodríguez, la sentenciante advirtió una cierta conducta tendenciosa al referirse a Ángel Gabriel Galván, en tanto intentó cargar las tintas sobre él al referirse que siempre se encontraba tomando alcohol y consumiendo drogas.

Asimismo Lucas Rodríguez declaró durante el debate oral y público que compartió celda en la comisaría con Ángel Gabriel Galván y María Salome Galván y, escuchó que estos habrían manifestado que en una fiesta le habían robado el celular al hijo del acusado y que estaban armando una represalia contra el acusado por esa situación.

A partir de lo expuesto, entiendo que las declaraciones de los testigos de descargo fueron valoradas adecuadamente por la sentenciante, pero, sin embargo, no en el sentido pretendido por la defensa.

Por último, a mi modo de ver, tampoco puede ser acogido el cuestionamiento referido a que no se encontró el arma de fuego utilizada por el acusado en el hecho.

Esto, por cuanto, entiendo, de manera coincidente con la jueza de la instancia anterior, que la falta de secuestro efectivo del arma de fuego aludida, no implica que no puede tenerse por cierto el hecho, sobre

todo cuando los testigos fueron coincidentes al aportar las características del arma de fuego empleada por el acusado.

En síntesis, considero que la sentenciante sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no ha podido demostrar.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ángel Daniel Corbera Silva. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Ángel Daniel Corbera Silva.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 2 de octubre de 2023.-

17- AVENDAÑO. 04-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231004_FcACM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 15, 58 del CP. Art. 527 CPP. Art. 4 de la Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples. Contexto de violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete meses de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género. Asimismo, en aquella resolución se **revocó la libertad condicional** que se le otorgó y se unificó la pena con la anteriormente impuesta, disponiendo la pena única de catorce años de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12083, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-07104979-9/1((018501-63051)) FC/ AVENDAÑO CAMACHO MARIO DANIEL P/LESIONES LEVES CALIFICADAS Y AMENAZAS (63051) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106275392*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 07104979-9/1 caratulada **“F. c/ A. C. M. D. P/ LESIONES LEVES CALIFICADAS Y AMENAZAS (63.051) S/REC. EXT. DE CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de M. D. A. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 12.083, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto condenó a aquél, en causa n° P-63.051/22, a la pena de siete meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 *bis*, primer párrafo, primer supuesto del CP y art. 4 ley 26.485; arts. 5, 29, 40 y 41 del CP; arts. 415, 557, 560 y cc. del CPP).

Asimismo, en aquella resolución se revocó la libertad condicional que se le otorgó a A. C. en causa n° 28.082/c, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 en fecha 24 de noviembre de 2020 (art. 15 del CP y 527 del CPP), se unificó la pena impuesta en el apartado 2 del resolutivo de la sentencia n° 12.083 con la pena de catorce años, impuesta al nombrado en fecha 17 de diciembre de 2014 por la entonces Quinta Cámara del Crimen en las causas n° P-23.676/12 y P7156/12, y se le impuso la pena única de catorce años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 12, 15, 29 inc. 3°, 40, 41 y 58 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores

Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas .

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado el siguiente hecho por el que fue condenado A. C., esto es que «[...] *siendo las 22:18 horas del día 16 de junio de 2022, encontrándose la Sra. F. en su domicilio, recibió un mensaje a su teléfono celular número [...] desde el teléfono de A. C., número 261-6274228 en el que le manifestaba: «BUENO DONDE LO ENCUENTRE AL E. LO PASO AL CHOTO. ASÍ ES MANDEMOLE ENTONCES A VER A QUIÉN LE DA LA SANGRE», haciendo referencia que va a matar a E., nueva pareja de la víctima, y que lo va a golpear, lo que ocasionó temor en la víctima»* (considerando de la sentencia, punto I).

Para así decidir, la sentenciante valoró las declaraciones de la denunciante y del acusado, el informe psíquico del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), el informe psíquico del Cuerpo Médico Forense (CMF) y las demás pruebas incorporadas al debate (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 12:56).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa técnica de A. C. refiere que la sentencia en crisis es arbitraria por contener fundamento irracional y desproporcionado.

En tal sentido, afirma que la jueza de la instancia anterior sostuvo que existió dolo directo de parte del acusado, es decir, que vertió las expresiones con la finalidad de alarmar o amedrentar a la presunta víctima, cuando en realidad fue un exabrupto producto del enojo con su ex pareja con la que entabló una relación de más de diez años, quien al enterarse de su nueva pareja, M. G., la agredió por Facebook enviándole una foto con la leyenda «*mírame bien, porque cuando te vea te voy a prender fuego, destruiste una familia*».

Señala que la denunciante declaró en la audiencia que envió los mensajes a G. por celos y que ésta decidió terminar la relación con el acusado por temor a que D.F. cumpliera lo dicho en sus mensajes.

Indica que para que la amenaza sea idónea debe tener la aptitud suficiente para provocar amedrentamiento, un mal futuro, grave, cierto y posible, y debe definirse con referencia al contexto dentro del cual fueron expresadas, es decir, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se profirieron las mismas. Agrega que en el caso concreto hubo una discusión de ex parejas, en la que A. C. le recriminó el accionar a D.F. con su nueva pareja y que, incluso en anteriores mensajes, le manifestó: «*no molestes a nadie porque yo no te hago eso*», por lo que no hostigó, agredió, ni celó a la denunciante por su supuesta nueva pareja.

Refiere que la expresión «*pasar al choto*» a otra persona, no hace referencia a una amenaza, y menos de muerte, como consideró la sentenciante, ya que no existe en nuestro idioma, dialecto ni jerga alguna que dicha expresión se refiera a una amenaza de muerte. Indica que podría interpretarse como un insulto similar en nuestra jerga a «*mandar al carajo, mandar a cagar*», pero nunca como una amenaza.

Expone que la juzgadora también consideró que debido al mensaje la denunciante se autolesionó e ingirió pastillas, mecanismo que utilizaba cuando se peleaba con A. C. para que regresara, pero no se demostró que por el mensaje hubiera decidido autolesionarse.

Afirma que el hecho que su asistido haya cometido un delito de homicidio hace diez años, no genera posibilidad de cumplimiento, respecto de la frase «*voy a pasarlo al choto*», porque fue un hecho único y, posteriormente, no cometió otro delito.

Por último, afirma que A. C. no conoce a E., ni le genera algún tipo de conflicto porque haya entablado una relación con D.F., por lo que surge con evidencia que la conducta atribuida es atípica.

En función de lo expuesto, solicita la absolución del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género, por el que fue condenado y perdió el beneficio de la libertad condicional.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. C..

Afirma que la juzgadora realizó un minucioso e integral análisis de la prueba rendida a partir del que tuvo por probado la existencia del delito de amenazas y la autoría del acusado. En este orden, destaca que la jueza se basó, en su condena, en la declaración de la víctima brindada en la denuncia en la que fue contundente, clara y precisa al explicar que la primera parte del mensaje enviado por A. C. significaba que lo iba a matar, y la segunda parte que debían golpearse para ver quién ganaba, lo que le generó temor por su antecedente en un homicidio y encontrarse bajo el régimen de libertad condicional.

Agrega que se consideró en la sentencia que la víctima conocía el lenguaje de su ex pareja y, por ello, pudo desentrañarlo y sentir temor. Asimismo, refiere que la jueza estimó que la declaración de D.F. fue

espontánea y sin interés espurio y que sostuvo sus dichos ante profesionales del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), en donde brindó detalles de contexto, variedad de información y precisión.

Expone que la sentenciante también valoró los dichos de la víctima cuando se retractó con el resultado de riesgo alto que arrojó el informe del EPI, las manifestaciones vertidas en la denuncia y la versión del acusado, por lo que la postura defensiva presentada en el recurso es una confirmación de la estrategia sostenida durante el debate, que no alcanza a menoscabar los fundamentos brindados en la resolución en crisis.

En razón de lo referido, considera que debe convalidarse la sentencia impugnada en su totalidad.

4.- Audiencia de informe oral

En la audiencia de información oral de fecha 13 de setiembre de 2023, la defensa expuso conforme los agravios presentados en el recurso de casación, y afirmó que el acusado nunca tuvo intención de dañar a la víctima por lo que no hubo dolo directo.

Agregó que según el art. 1° de la Convención de Belém do Pará y el art. 4° de la ley 26.485, en el caso concreto la acción no se basó en el género ni en una relación de poder, sino que se trató de una discusión de pareja en que no existió violencia de género. Peticionó se haga lugar al recurso de casación interpuesto. Por su parte, la representante del Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso de casación. Argumentó que el lenguaje utilizado por la víctima y el acusado era la forma de comunicarse, y la denunciante explicó el significado de la frase «pasar al choto» por lo que fue suficiente para el amedrentamiento. Agregó que la jueza interpretó correctamente la expresión contenida en la acusación según las pruebas incorporadas al debate, y que la discusión ocurrió en un contexto de género por la asimetría existente entre el acusado y la víctima.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación planteado por la defensa de A. C., de la revisión de los agravios presentados, las argumentaciones vertidas en la sentencia y las pruebas incorporadas al debate, adelanto en, coincidencia con el Procurador General, que debe desestimarse la impugnación por las razones que a continuación expondré.

Previo a todo, y en razón que los hechos atribuidos a A. C. fueron imputados en contexto de violencia de género (arts. 4 y 5 ley 26.485), procederé a mencionar estándares internacionales en materia de valoración probatoria con perspectiva de género en el proceso penal aplicables al caso junto a la sana crítica racional y garantías constitucionales del acusado.

Sobre el particular, me he pronunciado en anteriores precedentes, en los que destacué la importancia de partir en el análisis de hechos en los que las mujeres son víctimas de violencias en sus diversas manifestaciones, que histórica, sistemática y estructuralmente se encontraron sujetas a patrones de dominación masculina que reproducen discriminaciones y estereotipos negativos de género en los distintos ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales, producto de relaciones jerárquicas desiguales de poder y sometimientos, generadas y reforzadas por un sistema patriarcal (ver al respecto, por ejemplo, «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», «Reyes Cortelezzi», «Di Césare», «Acuña», entre otros).

También en el pronunciamiento en pleno «Hisa» hice referencia al estándar, punto de partida, del *derecho a la igualdad y no discriminación* que surge de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 y aprobada por ley 23.179 (1985); al estándar específico de protección de derechos de las mujeres del

derecho a la vida libre de violencias que emana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de *Belém do Pará*– que adopta un nuevo paradigma de los derechos humanos de las mujeres; al estándar de la *debida diligencia reforzada* con fundamento en precedentes de la Corte IDH en el caso «**Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**» y «**Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**»; al estándar del *derecho de las mujeres en situaciones de vulnerabilidades* que se enfoca en el análisis contextual situado y en la existencia del carácter cíclico de la violencia; y, al estándar de *amplitud probatoria libre de estereotipos y prejuicios de género* incorporado en el art. 16 de la ley 26.485.

a.- Ahora bien, uno de los agravios de la defensa refiere que la expresión vertida por A. C. en el mensaje de *WhatsApp* enviado a D.F. «*pasar al choto*» a otra persona fue un insulto que se produjo en una discusión de pareja, en la que aquél se enojó porque su ex pareja D.F. agredió por celos a su actual pareja G. a través de Facebook, y que D.F. se autolesionó como mecanismo para que regresara el acusado.

Al respecto, la sentenciante luego de exponer sobre el método de valoración de las pruebas incorporadas a la causa en el marco de estándares internacionales y nacionales en materia de derechos de humanos de mujeres en situaciones de violencia por razones de género, meritó en detalle las declaraciones de D.F. brindadas en la etapa de investigación y en el debate, la declaración del acusado en la audiencia de debate, el informe psíquico del EPI realizado a D.F., el informe psíquico del CMF realizado a A. C., diálogos de *WhatsApp* y capturas de pantalla tomadas en la Oficina Fiscal del teléfono celular de la denunciante. Conforme con ello, por un lado, argumentó que luego de analizar la versión del acusado y la teoría del caso en la que se apoyó la defensa y la versión de D.F. durante el juicio, descartaba la versión de A. C. por existir contradicciones y carecía de prueba objetiva.

Por otro lado, le otorgó credibilidad a la primera versión brindada por D. F. al momento de realizar la denuncia en fecha 21 de junio de 2021 y el relato de los hechos ante el EPI, por su consistencia, coherencia, espontaneidad y sustentarse en prueba objetiva (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 12:56).

Así pues, en la sentencia se explicó con claridad y suficientes argumentos que entre la versión inicial de la víctima inculpativa y la segunda versión desinculpativa debía prevalecer la primera, y se consideró probado el contexto de violencia de género con sustento en la evaluación de riesgo de violencia físico «alto» del EPI, que hizo referencia a una relación de pareja de más de diez años, con hijos en común y una separación de la pareja desde hacían diez meses a la fecha del hecho. Veamos.

De manera preliminar, la jueza sostuvo que era «[...]necesario que se aplique entonces una mirada distinta a la generalidad de los casos traídos a conocimiento, de modo tal que la actividad juzgadora resulte compatible con las exigencias de la totalidad del marco de los derechos humanos de la cual devienen especiales deberes de diligencia, garantías reforzadas y una tutela judicial efectiva de esta especial víctima vulnerable sin desconocer ni dejando de aplicar tratados internacionales que amparan al imputado como la Convención de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 19:45; denuncia de fecha 21 de junio de 2021 e informe psíquico del EPI de fecha 22 de junio de 2021).

Seguidamente, la sentenciante afirmó que «en el caso concreto, más allá de la ausencia de controversia [...] el contexto de violencia de género se encuentra acreditado [...] con la declaración brindada en el juicio oral por el imputado y la versión dada por la víctima, analizando dichos testimonios en conjunto con la prueba instrumental oportunamente ofrecida y aceptada, y en especial considerando el informe del EPI que da cuenta de una relación disfuncional en los modos de comunicación, interacción, de significancia

clínica y curso crónico, la existencia de violencia psicológica, económica, y una actual referencia a un caso de violencia física respecto de una víctima con rasgos de personalidad y un contexto que la tornan altamente vulnerable, concluyendo dicho organismo un riesgo de violencia física «ALTO».

De dicho informe y de las demás pruebas, tal como refiriera, entiendo debidamente acreditado este contexto de violencia de género que se encuentra previsto en los arts. 4 y 5 de la ley 26.485, destacando nuevamente la ausencia de controversia en cuanto a la existencia del mismo» (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 21:18).

Asimismo, la jueza de la instancia previa analizó en detalle las diversas declaraciones de D.F. y explicó en la sentencia –a partir de la aplicación de una perspectiva de género y principios de amplitud probatoria, debida diligencia reforzada y tutela judicial– las razones por las cuales otorgó credibilidad a las dos primeras declaraciones y por qué motivos la tercera, cuarta y quinta declaración de D.F. no constituían retractaciones válidas con respecto al hecho denunciado en fecha 16 de junio de 2021.

En cuanto a la declaración de D.F. brindada en la audiencia oral –en la que manifestó no recordar cómo habría denunciado debido a la intoxicación que había transitado y no aportó detalles sobre el hecho amenazante– la juzgadora afirmó que prevalecía la declaración inicial porque en ésta aportó detalles de contexto, información de calidad, tiempo y tipo de relación con el acusado, datos en horas, lugares y tipos de violencias padecidas por parte de A. C., lo que evidenciaba que de haber persistido un estado de intoxicación no habría podido proporcionar aquellos datos con tanta precisión en la denuncia y en forma reiterada y coincidente ante profesionales del EPI.

Ligado a ello, se destacó que la versión inicial era la más cercana en el tiempo al hecho atribuido al acusado, y que la negativa de lo denunciado apareció casi un mes de acaecidas las amenazas (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 22:34 y registro audiovisual de fecha 29 de agosto de 2022, a partir del minuto 51:42).

Cabe señalar también, que la sentenciante analizó la ausencia de interés espurio por parte de D.F. en cuanto habría denunciado a A. C. porque se negó a colaborar con los hijos en común y porque la privación de libertad no le solucionaría el problema económico, sino que lo agravaría.

Agregó que no se probó que D.F. tuviera celos de la actual pareja de A. C., ya que se incurrió en contradicciones porque A. C. se refirió a «M. G.» y la defensa a «L. G.» según consta en el sistema LED, y la supuesta relación no se acreditó «por ningún medio» probatorio.

Sumado a esto, se argumentó que en dos mensajes incorporados a la causa –prueba ofrecida por la defensa– D.F. le pidió a A. C. que la dejara en paz, lo que resultó conteste con el cansancio relatado en la denuncia y ante el EPI por las diversas situaciones de violencias vividas con su ex pareja que la llevó a denunciarlo, y consideró que era una víctima inmersa en ciclos de violencia de pareja según lo informado por los profesionales del EPI (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 36:15).

En efecto, en la denuncia de fecha 21 de junio de 2021, D.F. manifestó: *«[e]l día viernes 17 de junio yo ya estaba cansada de esta situación de violencia de mi ex pareja [...] no quiero que termine en el Penal, pero ya me cansé porque en los últimos días me he lastimado a mí misma [...] han ocurrido varios hechos pero nunca lo denuncié».*

Adviértase que D.F. reconoció su firma inserta en el acta de denuncia de fecha 21 de junio de 2021 en la audiencia de debate (ver registro audiovisual de fecha 29 de agosto de 2022, a partir del minuto 47:35).

Así pues, en la revisión del proceso valorativo de las declaraciones de la denunciante, además de la jurisprudencia reseñada al comienzo, debe tenerse presente la recaída en el caso «**Cruz Caporiccio**», en

que se afirmó que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retractación o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia» (LS. 573-114).

Asimismo, en el caso «**Rodríguez Vázquez**» sostuve que en casos de investigación y juzgamiento de ilícitos penales ocurridos en el ámbito familiar y de violencia doméstica, en que equipos interdisciplinarios especialistas en la materia detectaron en la mujer denunciante tipos de violencias previstos en la ley 26.485, debe indagarse y probarse los motivos por los cuales después de realizada la denuncia penal la mujer presenta una manifestación de retractación en sede penal.

«Ello, porque puede obedecer a diversos factores, por ejemplo, atravesar al momento de la retractación la fase de «luna de miel o amor arrepentido» en la dinámica del «ciclo de violencia» en la que se minimizan hechos graves de violencia denunciados y se petitiona el retiro de la denuncia para el recupero de la libertad de su ex pareja, y/o por temor a padecer nuevos actos de violencias como respuesta del denunciado por haber sido detenido por la denuncia penal y haber tomado la mujer la iniciativa de la ruptura de la pareja e incluso estar en pareja con otro hombre [...] Aunado a ello, también puede existir ausencia o insuficiencia de respuestas adecuadas de las institucionales competentes y/o intervinientes para garantizarles a mujeres denunciantes el acceso a la justicia con patrocinio letrado gratuito especializado en género que les proporcionen información jurídica y acompañamiento durante el juicio, seguridad física-emocional y recursos materiales suficientes acorde a la situación de vulnerabilidad que atraviesa al momento del desarrollo del debate en el juicio penal».

Ahora bien, en la sentencia se ponderaron los mensajes de *WhatsApp* aportados por la defensa. Al respecto, la jueza argumentó en cuanto a los mensajes entre acusado y denunciante un día posterior a la denuncia, el día 22 de junio de 2022, que las capturas no presentaron fecha de la conversación virtual, no se corroboró que fueran de los teléfonos celulares de la denunciante y del acusado, que la conversación era recortada y no surgió una confesión de mendacidad de parte de D.F. ni negó los hechos amenazantes hacia Elías (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 37:52 y constancias incorporadas en la causa n° P-63.051/22).

Unido a lo anterior, la jueza de la instancia previa valoró la declaración de A. C. y su versión desinriminatoria consistente en que el mensaje que envió por *WhatsApp* a D.F. fue un insulto y no una amenaza dirigida a E., pareja de F.D. a la fecha del hecho. En tal sentido, expuso que el acusado declaró en audiencia de debate: «ese mensaje si no me equivoco es en el momento en que yo le recrimino a ella el por qué había amenazado a la persona que había estado en una relación nueva conmigo. Creo que le puse, si yo no te molesto por qué me molestan vos a mí, por qué me molestan a la persona con la que yo estoy saliendo y no recuerdo bien porque pasó mucho, el mensaje creo que decía a vos no te gustaría que a E. yo le dijera te voy a pasar al choto, con perdón de la palabra su señoría, un insulto más, pasar al choto es un insulto que le escribí como para que dejara ya de molestar porque ya había roto mi relación con M. G. que me dijo que no le mandara más mensajes que no la molestara más porque D. la había amenazado por teléfono y como ella tiene hijos y como no quise amenazar a nadie de muerte ni nada solo le dije una mala palabra, una mala expresión mía y nada más que eso».

Al respecto, concluyó que la supuesta relación de A. C. con G. no fue probada en la audiencia y que la frase que envió a D.F. «*pasar al choto*» a E. debía interpretarse, contextualmente, con la frase completa del mensaje enviado por A. C. a D.F., la que fue interpretada por ésta como una amenaza (ver registro audiovisual de fecha 21 de octubre de 2022, a partir del minuto 49:05 y declaración de A. C. en registro audiovisual de fecha 29 de agosto de 2022, a partir del minuto 35:00). Sobre esto último ampliaré en el análisis de los agravios abordados en el punto siguiente.

De tal manera, puede afirmarse que las pruebas de las actuaciones fueron ponderadas en la sentencia según la sana crítica racional, y de acuerdo con la jurisprudencia reseñada en materia valoración probatoria de mujeres denunciantes en situaciones de violencias por razones de género y respeto de las garantías del acusado. En función de ello, los cuestionamientos defensivos analizados deben desestimarse.

b.- Ahora bien, en consonancia con los agravios expuestos en el punto anterior, la defensa afirma que la conducta atribuida a A. C. es atípica, porque no existió dolo directo, ya que la expresión «*pasar al choto*» a otra persona, contenida en el mensaje que el acusado envió a D.F., no fue una amenaza idónea con aptitud de provocar un mal grave, futuro y posible, sino a lo sumo un insulto similar en nuestra jerga a «*mandar al carajo, mandar a cagar*», como también, que el acusado no conocía a Elías y que no le generó conflicto que D.F. haya iniciado una relación con otra persona.

En primer lugar, sumado a lo expuesto en el punto anterior, debe señalarse que la sentenciante también otorgó credibilidad a las declaraciones iniciales de D.F. al ser validadas con el informe psíquico del EPI, en cuanto la denunciante relató actos de violencia padecidos por parte de A. C., que no denunció antes para evitar que el acusado fuera detenido, y que el único fin era hacer cesar la violencia porque había llegado al límite de autolesionarse por el desgaste emocional y psicológico que la relación le aparejaba.

También subrayó la juzgadora que en dicho informe se detectó en D.F. una relación disfuncional con el denunciado, con escasos recursos internos y nulos niveles de alarma respecto de potenciales situaciones de riesgos y vulnerabilidad, y con sentimientos de impotencia y temor.

Agregó que en las conclusiones del informe del EPI donde, como se dijo, se consignó que el nivel de riesgo de violencia física detectado en D.F. «alto» era alto, se relacionó ello con «*la existencia de celos intensos por parte del varón, la no aceptación de la separación de la pareja por parte del mismo, la insistencia en reanudar el vínculo sin tener en cuenta el deseo de la examinada, la existencia de violencia psicológica y actualmente física de parte del varón ante la negativa de la examinada, y la existencia de características de personalidad deficitaria de parte de la examinada, que la tornan altamente vulnerable y la colocan en situación de riesgo para sí*» (ver registro audiovisual de fecha 22 de octubre de 2022, a partir del minuto 28:00 e informe del EPI de fecha 22 de junio de 2021).

De modo entonces, que con apoyo en la prueba objetiva mencionada, la sentenciante hizo referencia a la situación de extrema vulnerabilidad de la denunciante y el temor que le provocó el mensaje amenazante, como también, la falta de aceptación del acusado de la nueva relación de D.F. y su insistencia en reanudar la relación de pareja con D.F., en base a lo cual descartó la versión de A. C. en cuanto no sentía celos de Elías.

En efecto, del informe del EPI citado también surgió —y lo destacó la juzgadora en la sentencia— que durante el vínculo de pareja del acusado con D.F. ésta manifestó padecer violencia psicológica consistente en insultos, descalificaciones, denigraciones, menoscabos y humillaciones en su rol de mujer y madre, y la existencia de celos que se incrementaron junto con la necesidad de control del varón en el contexto de privación de libertad.

En segundo lugar, la sentenciante explicó que D.F. interpretó y entendió la expresión «*pasar al choto*» a E., en el sentido que lo iba a matar, y que la frase «*a ver a quien le da la sangre*», se refería a que E. y A. C. se enfrentaran a trompadas para ver quién ganaba. Luego, la jueza de la instancia anterior procedió a dar lectura de la parte respectiva de la denuncia realizada por D.F. y en cuanto le provocó temor el mensaje porque significaba que donde A. C. viera a E. lo iba a matar, como también, que dicho temor se justificaba porque ya había dado muerte a una persona de género masculino, hecho por el que cumplía una condena desde el año 2012 y gozaba del beneficio de la libertad condicional (ver registro audiovisual de fecha 22 de octubre de 2022, a partir del minuto 26:55 y denuncia de fecha 21 de junio de 2021).

En efecto, surge de la denuncia de fecha 21 de junio de 2021, que D.F. manifestó que tenía captura del mensaje de *WhatsApp* que A. C. le envió el día 16 de junio de 2021 a las 22.18 horas, por medio del cual amenazó de muerte a su novio y que decía: «*Bueno, donde lo encuentre a E. lo paso al choto. Así es mandemole entonces a ver a quien le da la sangre, agamos así, Qrees*». [...] *Me produce miedo porque donde lo vea a E. lo va a matar [...] Porque él mató a un chico que vive cerca de la casa de él en ...*».

En tercer lugar, en la sentencia se analizó la declaración del acusado y se afirmó que no se acreditó la supuesta nueva relación de aquél con G. que habría motivado en respuesta la frase «*pasar al choto*» a E., la que debía interpretarse con la expresión «*así es mandémosle entonces a ver a quién le da la sangre*» que también contenía el mensaje enviado por el acusado a D.F. Vinculado a ello, también se argumentó en la sentencia que si era un insulto por qué el acusado sugirió una suerte de duelo para probar quién podía más, ni tampoco se explicaba cómo pretendía un cambio de actitud en D.F. por medio de un insulto para que cesara de agredir a su actual pareja G. (ver registro audiovisual de fecha 22 de octubre de 2022, a partir del minuto 51:03).

En cuarto lugar, con sustento en dichas argumentaciones, la jueza de la instancia previa sostuvo que la frase analizada constituyó una amenaza idónea vertida en contexto de género, que afectó la libertad psíquica, de organización y tranquilidad individual de D.F., al generarle el acusado sensación de inseguridad por los dichos amenazantes hacia E. y su nueva relación, la posibilidad cierta del cumplimiento del bien amenazado por el antecedente condenatorio que presentaba del acusado.

Agregó que el dolo directo surgió del fin de alarmar o amedrentar, ya que la conducta del acusado llevaba ínsita el conocimiento y la intención de provocar temor en la víctima al anunciarle un mal futuro, grave e inminente, conforme se acreditó con las pruebas mencionadas (ver registro audiovisual de fecha 22 de octubre de 2022, a partir del minuto 57:25).

Sentado lo que antecede, caben las siguientes consideraciones en cuanto a los segmentos de la sentencia mencionados.

Por un lado, con las pruebas testimoniales e instrumentales valoradas se probó que las declaraciones iniciales de D.F. fueron creíbles, espontáneas y consistentes, y que interpretó y entendió que el mensaje enviado por el acusado contenía una amenaza de muerte hacia su actual pareja E., lo que le provocó temor porque lo creía capaz de llevarla a cabo debido a que había dado muerte a otro varón.

También se acreditó que las expresiones amenazantes fueron vertidas en contexto de género y de pareja de más de diez años con hijos en común, el acusado y D.F. se separaron hacía diez meses, y a pesar de la insistencia de aquél de reanudar el vínculo con D.F., ésta se negaba a aceptarlo como pareja y se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad por presentar nulos niveles de alarma para responder a situaciones de riesgos según lo informado por el EPI.

Por otro lado, y más allá de lo señalado, debe tenerse presente lo señalado por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en el caso «R.A.» de fecha 26 de diciembre de 2022, en donde –con cita de los

precedentes «Barbosa, Orlando Norberto», «Murcia Lucero» y «Garay Videla», entre otros– se afirmó que «[...] *la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un delito formal, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, independientemente del temor causado en la víctima*».

En función de esta idea, vinculada con la **idoneidad de la amenaza en sí misma**, adquiere relevancia la afirmación de la jueza de la instancia anterior según existía la posibilidad cierta del cumplimiento de la amenaza por el antecedente condenatorio que presentaba del acusado.

Ello, en tanto esa circunstancia brinda contexto a las expresiones vertidas a D.F. y su idoneidad objetiva.

En función de lo señalado, puede afirmarse que la sentencia en revisión no presenta vicio alguno de arbitrariedad ya que la conducta del acusado resultó típica del delito de amenazas en contexto de violencia de género, tal como resolvió la juzgadora al argumentar respecto de los aspectos objetivo y subjetivo del delito por el que condenó al acusado.

c.- Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa del acusado A. C., comparto con mi distinguido colega de Sala que la impugnación no puede prosperar. Ello, en tanto, y como se explica en el voto preopinante, no se configura ninguno de los vicios denunciados.

En relación con la valoración de la prueba, estimo pertinente remitirme a las consideraciones que he expuesto en diversos precedentes de esta Sala respecto al deber de juzgar con perspectiva de género los casos en los que mujeres resultan víctimas de hechos delictivos (ver, al respecto, los precedentes «**Mercado Orozco**», «**Medina Martínez**», «**Di Cesare Meli**», «**Zurita**», entre otros).

Por su parte, y en cuanto al bien jurídico protegido por la figura penal de amenazas y la entidad exigida por la figura penal para que sea considerada idónea entiendo pertinente remitirme a lo expuesto en «**Murcia Lucero**», «**Garay Videla**», «**Maimone Zabala**».

Asimismo, en relación con las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos, entiendo que deben hacerse extensivas las consideraciones realizadas en los precedentes «**Di Cesare Morales**», «**Mejía Salvador**», «**Mercado Orozco**», en tanto allí expuse las condiciones que deben valorarse respecto de la retractación para entender que ha sido ponderada con la debida perspectiva de género que el caso requiere.

En función de lo expuesto, entiendo que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Ojeda Pérez**», «**Merlo Lassa**», «**Mejía Salvador**», «**Calderón Polo**», «**Cruz Caporiccio**», «**Quiroga Morales**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Montenegro Fisigaro**», entre otros, por resultar aplicable en el presente caso.

Considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO Y EL DR. JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO Y EL DR. JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar recurso de casación interpuesto por la defensa de M. D. A. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

18- VERDUGO. 08-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231108_FcVRV.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.

Vox: VG. Coacción. Retracción. Relato de la víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** en suspenso por considerársele autor penalmente responsable del delito de coacción (art. 149 bis, 2° párrafo del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1766 (18-08-22), pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Perspectiva de género

- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf
- Medina Martínez. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Di Césare Meli. 28-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220428_FcDCM.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Murcia Lucero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf
- Maimone. 20-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230320_FcMZA.pdf
- Garay Videla. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf

Retracción. Violencia de género.

- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Jara
- González Abrego. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcGAE.pdf
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

- González Pringles
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pinera. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

- Acuña. 07-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211207_FcAVH.pdf
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

- Morales Quiroga. 25-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180524_FcMQL.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Vega. 04-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200604_FcVHD.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Montenegro Fisigaro. 10-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220310_FcMFE.pdf
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>
- Mercado Orozco. 27-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221227_FcMOJ.pdf

Precedentes relacionados.

Retractación. Violencia de género.

a-SCJM

- Tello Sánchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06974866-4/1((028601-83800)) FC/ VERDUGO RIOS VICTOR HUGO P/ COACCIONES (83800) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106217921*

En Mendoza, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06974866-4/1 caratulada "F. c/ VERDUGO RIOS VICTOR HUGO P/ COACCIONES P/ RECURSO EXT. CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Víctor Hugo Verdugo Ríos, interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.766 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial el 18 de agosto de 2022.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa P-83.800/21, a la pena de dos años de prisión en suspenso por considerársele autor penalmente responsable del delito de coacción (art. 149 bis, 2° párrafo del C.P.).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto. y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa consideró acreditado, con el grado de certeza exigido para el dictado de una sentencia condenatoria, que «[e]l día 22 de agosto del 2.021, aproximadamente a las 21:25 hs., en las inmediaciones de calle Valle Hermoso y Newbery de la ciudad de Malargüe, Mendoza, VÍCTOR HUGO VERDUGO, discutió con su pareja, la Sra. [P.A.V.P.], a lo que el imputado comenzó a arrojarle piedras a la Sra. [P.A.V.P.], mientras le manifestaba que no volviera o que no se acercara a la casa se volviera porque si no la iba a matar, ocasionando miedo en la víctima. Estos hechos ocurren con frecuencia configurándose así el contexto de violencia de género».

Para decidir en tal sentido, el juez de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes, el acta de procedimiento de fs. 1, 2, 6 y 11, la constancia de las llamadas telefónicas ingresadas al C.E.O., el informe de constatación de domicilio obrante a fs. 13, el informe psíquico realizado a P.A.V.P., la declaración del acusado Víctor Hugo Verdugo Ríos, las declaraciones testimoniales de P.A.V.P., Maricel Andrea Correa Fernández y de Juan Carlos Cortez y los autos N° P-81.104/2.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa técnica, después de justificar la procedencia formal del recurso que presenta, entiende que la sentencia impugnada adolece de vicios que, a su criterio, pueden canalizarse por los motivos contemplados en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Expresa que existe arbitrariedad en la sentencia, en razón de considerar que las pruebas incorporadas al debate fueron valoradas de manera parcial, apartadas de la lógica y del método de la sana crítica racional. En ese sentido, opina que la ilogicidad de la fundamentación se manifiesta cuando el tribunal de juicio hizo referencia, al valorar las declaraciones de P.A.V.P., a una presunta «retractación de la víctima» cuando, a su entender, se trató de una ratificación de lo expuesto frente a los actuantes del procedimiento.

Del mismo modo, cuando expresó que le resultaba inverosímil la versión aportada por P.A.V.P. respecto a

que el día del hecho viajó en colectivo desde la ciudad de San Rafael hasta Malargüe.

También, señala como vicio la **falta de congruencia** entre el hecho atribuido al acusado en el debate y el que da fundamento a la condena ahora recurrida, que existe una **modificación en la plataforma fáctica**.

Igualmente, cuestiona que se condenó a su defendido por el delito de coacciones, sin haberse tenido en cuenta que la presunta agresión se dio en el contexto de una «discusión» y, como consecuencia de ello, no concurren los elementos objetivos y subjetivos de la figura típica.

Por otra parte, también se agravia en que al momento de fundar la pena el juez sentenciante se aparta de lo sucedido en el debate, considerando arbitraria la expresión del magistrado interviniente respecto a que aplicaría la misma pena solicitada por la representante del Ministerio Público Fiscal y aplicó una menor.

Finalmente, hace reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de dictaminar sobre el recurso de casación en tratamiento, el Procurador General entiende que la impugnación procede formalmente, aunque considera que debe ser rechazada en el fondo.

Estima, después de analizar los agravios expresados en relación a la valoración probatoria, que no asististe razón a la defensa por existir sólidos fundamentos para sostener la validez de la sentencia condenatoria.

Para llegar a esa conclusión, señala que el juez de la instancia anterior se basó en la declaración de la víctima P.A.V.P., quien demostró una clara intención de minimizar la situación acontecida, ocultando la verdad de lo ocurrido el día del hecho, en especial las frases proferidas por el acusado.

Ello, no se condice con constancias obrantes en la causa, como el acta de procedimiento, que da cuenta de las amenazas coactivas que el acusado le profirió a aquélla.

Tampoco, con las constancias del CEO, tanto respecto a las amenazas, como al estado de nerviosismo de P.A.V.P., y asimismo, con el testimonio de la oficial policial actuante, quien ratificó lo expuesto en el acta de procedimiento y describió el estado de la víctima apenas acaecido el suceso.

Por su parte, señala que el juez también analizó en forma integral el examen psicológico realizado a P.A.V.P., el que también da cuenta de una minimización y racionalización de los hechos atravesados.

En igual sentido, refiere que el juez examinó los dos expedientes ofrecidos ad effectum videndi de los cuales se extrajo, a raíz de exploraciones psíquicas practicadas a P.A.V.P., el tipo de vinculación que mantenía con el encartado, indicadores de vulnerabilidad, episodios de violencia vividos y ciclos repetidos.

A partir de todo ello, concluye que resulta correcto el análisis del sentenciante, quien dio cuenta que al momento de producirse el hecho, la víctima transitaba el ciclo de violencia de género, en tanto ya habían existido situaciones de violencia a finales del año 2020 cuando convivía, junto con el acusado, en San Rafael.

Estas situaciones culminaron con una prohibición de acercamiento, aunque la pareja había retomado la convivencia en Malargüe, tal como surge de la prueba instrumental y es lo que permite comprender el temperamento evidenciado en el relato que efectuó P.A.V.P. en el debate.

Respecto del agravio referido a la afectación al principio de congruencia, entiende que el acusado no fue sorprendido con la atribución de un hecho sobre el que no haya podido ejercitar su defensa.

Expresa que tampoco puede tener acogida favorable el agravio relativo al vicio sustancial pretendido, ya que dentro del contexto señalado, y en base a las pruebas analizadas, se obtuvo la certeza que los hechos se produjeron tal como lo narró P.A.V.P. en forma espontánea el mismo día de los hechos.

Ello, en tanto así surge de la prueba analizada, por lo que la expresión verbal realizada por el acusado tuvo la finalidad de amedrentarla, con el propósito de obligarla a hacer algo en contra de su voluntad.

Estos dichos fueron serios e idóneos para amedrentar, causando temor en P.A.V.P., lo que se evidencia en

su inmediato accionar, refugiándose en la casa de una vecina de la zona, tal como se desprende del acta de procedimiento, constancias del CEO y la declaración testimonial de Maricel Correa.

Finalmente, en lo concerniente al último agravio esgrimido relativo a que la sentencia resulta arbitraria porque los fundamentos de la pena impuesta se apartan de lo sucedido en debate, recomienda su rechazo porque la alusión en nada conmueve los fundamentos dados por el juez, al ajustarse el monto a la penalidad prevista en abstracto para la figura penal y por resultar inferior a la solicitada, sin ocasionar perjuicio al acusado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del acusado Verdugo Ríos, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia de condena dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción.

Ello, en razón de los argumentos que paso a exponer. De manera preliminar, debe destacarse que el juez de la instancia previa analizó correctamente el material probatorio, **con la perspectiva por razones de género que el caso requería**, en tanto se trata de un supuesto donde P.A.V.P. es una mujer que se encuentra en una relación asimétrica respecto de su pareja varón (ver, al respecto y en lo pertinente, lo señalado por esta Sala en los precedentes **«Mercado Orozco», «Medina Martínez», «Di Cesare Meli», «Zurita»**).

Esta circunstancia surge del plexo probatorio, en el que se puede visualizar el contexto de violencia psíquica y física periódica que padecía aquella, así como de las denuncias que había realizado tiempo atrás contra el acusado, por diferentes agresiones, como el hurto de su teléfono celular y lesiones.

En primer lugar, en relación con el agravio relativo a la valoración que el juez sentenciante ha realizado de la declaración de la víctima, considero que no le asiste razón a la defensa cuando objeta que ello no ha sido debidamente motivada.

Por el contrario, de la sentencia cuestionada surge que el juez analizó y fundamentó las razones por las que, en estos casos, hay que poner especial atención en la retractación de la víctima.

En este sentido, el juez de instancia anterior, tuvo en consideración para analizar en forma crítica la verosimilitud del testimonio brindado por P.A.V.P. durante la audiencia de debate, las distintas declaraciones brindadas por ella, así como las constancias del acta de procedimiento, del informe de constatación de domicilio, del examen psicológico, del informe de suceso del C.E.O., del testimonio brindado por la oficial de policía actuante y de los exámenes psíquicos practicados a P.A.V.P. en los expedientes ad effectum videndi, como así también el tiempo transcurrido.

Todo ello, como ya se dijo, con la debida perspectiva de género, en tanto en el acto sentencial el juez integró lo establecido en la ley 26.485 la que en forma expresa exhorta a los operadores judiciales para que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver, al respecto, **«Calderón Polo»**).

Por su parte, el juez tomó en consideración, tal como este Tribunal ha desarrollado en los precedentes **«Di Cesare Morales», «Mejía Salvador», «Jara», «González Abrego», «Gómez Alcaraz», «Narvárez Videla», «Mercado Orozco»**, entre otros, que las variaciones en el **relato de la víctima** –cuando luego de la denuncia, realiza una declaración en la que desincrimina al acusado– deben ser ponderadas como un posible efecto del ciclo de violencia de género en el que se encuentra inmersa aquella, circunstancia que

lógicamente influye en su testimonio.

Al respecto, en los precedentes referidos expliqué que debe ahondarse, en casos donde se investigan hechos vinculados con violencia de género, en las razones que pueden haber conducido a la víctima a modificar su versión de los hechos para poder considerarse, en consecuencia, que se ha juzgado con la debida perspectiva de género que requiere el caso.

Asimismo, debe destacarse la necesidad de valorar la pretensión de desvinculación del acusado por parte de la víctima con el resto del material probatorio incorporado en la causa a los fines de concluir la existencia del hecho y la participación del acusado.

En segundo lugar, respecto al cuestionamiento defensivo sobre la afectación del principio de congruencia estimo que no exhibe la relevancia pretendida.

En efecto, como bien indicó el sentenciante, una vez rendida la prueba testimonial, la representante del Ministerio Público Fiscal planteó un hecho diverso, cuya única diferencia con el formulado en la acusación original radicó en los términos de la frase intimidatoria que Verdugo le habría proferido a P.A.V.P. aquel 22 de agosto de 2021.

De tal manera, la acusación fijó entonces la plataforma fáctica de la siguiente manera: «El día 22 de agosto del 2021, aproximadamente a las 21:25 hs., en las inmediaciones de calle Valle Hermoso y Newbery de la ciudad de Malargüe, Mendoza, VÍCTOR HUGO VERDUGO, discutió con su pareja, la Sra. Paola Andrea Vázquez Pacheco, a lo que el imputado comenzó a arrojarle piedras a la Sra. Paola Vázquez, mientras le manifestaba que no volviera o que no se acercara a la casa [...] porque si no la iba a matar, ocasionando miedo en la víctima. Estos hechos ocurren con frecuencia configurándose así el contexto de violencia de género».

De tal manera, la pretensión de la defensa no puede prosperar, en tanto la variación en la plataforma fáctica no resulta sorpresiva para el acusado, quien pudo ejercitar su derecho de defensa respecto de todos los extremos de la acusación (ver, al respecto, lo señalado por este Tribunal en el **precedente «Torres Surget»**). Por otra parte, la defensa alega que no se tuvo en cuenta el contexto de «discusión» en el que se dio la presunta agresión del acusado hacia P.A.V.P.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede prosperar, por cuanto el sentenciante dio suficientes razones para desvirtuar la hipótesis ensayada por la defensa.

Así, respecto a la calificación jurídica que cabía a ese hecho, el juez de instancia anterior sostuvo «[...] entiendo que la conducta ilícita que se le atribuye a Verdugo Ríos, consistente en haberle manifestado a su pareja [P.A.V.P] en forma amenazante “que no volviera o que no se acercara a la casa, sino la iba a matar”; se subsume en el tipo penal de COACCIÓN, a los términos del Art. 149 bis, segundo párrafo del C.P.; puesto que amenazó y amedrentó a su pareja con el propósito de obligarla a hacer algo en contra de su voluntad, es decir que anunció un mal o daño que dependía de la voluntad del imputado, el cual la víctima no estaba obligada a sufrir, que implicó además un peligro potencial que perturbó su normalidad de vida, y que tenía por fin (implícito) obligarla a que hiciera algo en contra de su voluntad [...]».

Es decir, el juez, con la debida perspectiva de género, ubicó el sentido intimidatorio de las expresiones del acusado con base en que sus dichos se habrían producido en una discusión.

Ahora bien, esto último no quita entidad amenazante a las expresiones vertidas, sino que las contextualiza.

En tercer lugar, tampoco considero de recibo en esta instancia la supuesta arbitrariedad que implicaría la expresión del juez sentenciante al momento de mencionar que aplicaría la misma pena que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, aunque luego impusiera una inferior.

Ello, en tanto se trata de un error de expresión que en nada conmueve los fundamentos dados porque al

momento de la determinación de la pena que fue impuesta.

Ello, en atención a la escala penal prevista para la figura típica, y las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP.

Además, debe decirse que la circunstancia apuntada por la defensa, tal como afirma el Procurador General, en nada perjudica al acusado, por el contrario, lo beneficia.

En definitiva, entiendo que la sentencia cuestionada se encuentra sólidamente fundada en el plexo probatorio incorporado en autos, lo permite sostener la existencia material del hecho y la calificación jurídica en la que fue encuadrado. De tal manera, al no demostrar la defensa en esta instancia vicios en la motivación debe ser validada como acto jurisdiccional válido (L.S. 186-427, 153- 011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por las razones expuestas, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales mi colega preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa del acusado. En cuanto a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género me remito, en lo pertinente, a lo que ya he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**», «**Acuña**» y más recientemente, «**Vargas Riquelmes**», «**Scifo Ruffini**», «**González Sosa**» e «**Hisa**», entre otros) ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes «**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», «**Ojeda Pérez**», «**Vázquez Tumbarello**», «**Narváez Videla**», «**Brancello Urbón**», «**Vega**», «**Zurita**» ; «**Montenegro Fisigaro**» ; «**Salguero Guzmán**» y «**Mercado Orozco**» ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Hugo Verdugo Ríos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

19- AVEIRO. 21-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231121_FcAOD.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.

Vox: . Coacciones simples. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses de prisión** tras declararlo autor penalmente responsable del delito de coacciones simples (art. 149 bis, 2° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2660, pronunciada por el TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf
- Rojas Garrido
- González Daniel
- Murcia Lucero

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. (Licencia). Valerio.

Fallo

CUJ: 13-07214436-2/1((018602-52198)) FC/ AVEIRO ORTEGA DIEGO ALEJANDRO Y OTROS P/ COACCIONES SIMPLES (52198) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106375333*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07214436-2/1 caratulada “F. c/ AVEIRO ORTEGA, DIEGO ALEJANDRO Y OTROS P/ COACCIONES SIMPLES (52198) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Diego Alejandro Aveiro Ortega interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.660 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-52.198/21, a la pena de dos años y seis meses de prisión tras declararlo autor penalmente responsable del delito de coacciones simples (art. 149 bis, 2° párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado que «[...] el día 28 de mayo de 2.021, siendo entre las 9/9.30hs. las 10.00 horas, aproximadamente, Rodrigo Alexis ORTEGA, Diego Alejandro AVEIRO ORTEGA, Nahuel Nicolás CORTEZ AGÜERO, Daiana Estefanía AVEIRO ORTEGA y Rosalía Deolinda ORTEGA DOMINGUEZ se hicieron presentes en el domicilio sito en Barrio Olivares, calle Principal, casa 05, de la Ciudad de Mendoza, donde reside María Inés Llanos y comenzaron a agredirla. Diego Alejandro AVEIRO ORTEGA le manifestó “así que me batiste a la cana vieja culiada, no voy a parar hasta matarte, hasta la vez que me denuncies te vamos a agarrar a tiros”, “...vas a sacar una foto para batirme a la cana, te voy a cagar matando, cosa que si voy en cana, voy a ir con razón”, junto a sus otros compañeros de fajina [...]» –sentencia, pág. 9–.

Para así resolver, la jueza valoró principalmente la declaración de la denunciante, María Inés Llanos, la prueba instrumental ofrecida y las declaraciones de Eugenia Melisa Serrano Llanos, Brenda Oriana Serrano, Anabella Serrano, Claudio Marcelo Valencia, Damián Alfredo Sánchez Tobares, Carlos Cabieres y Gabriel Serrano.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa funda su impugnación en el art. 474 inc. 2 del CPP.

Ello, por considerar que la sentencia adolece de vicios procedimentales. Estima que la sentencia no valoró correctamente la prueba, y que por eso se encuentra inmotivada.

En este orden, el tribunal habría fundado la decisión condenatoria principalmente en la declaración de la víctima, María Inés Llanos, y en su corroboración por la prueba instrumental ofrecida y las declaraciones de Eugenia Melisa Serrano Llanos, Brenda Serrano, Anabella Serrano y Gabriel Serrano.

Señala que la familia Serrano tenía una enemistad de larga data con la familia Aveiro, que reconocieron en el debate. Considera la defensa que la jueza no tuvo en cuenta en su valoración de las declaraciones el hecho de que Brenda Serrano y Eugenia Melisa Serrano dijeron tener una enemistad manifiesta con el acusado.

No se valoró la ganancialidad de estos testigos en involucrar al acusado en el hecho, ni los conflictos anteriores entre ambas familias.

Agrega que los testimonios de la denunciante y de Eugenia Melisa Serrano no son creíbles, en tanto no se tuvo en cuenta que el supuesto hecho habría ocurrido en un lugar poblado, a plena luz del día y en un horario de circulación permanente, sin perjuicio de lo cual los únicos testigos presenciales son familiares de la denunciante y enemigos declarados de Aveiro.

Además, señala que Eugenia Melisa Serrano se contradijo con la declaración que prestó el mismo día del hecho.

En esa oportunidad declaró que vio cómo se acercaban Rodrigo Ortega, Diego y Daiana Ortega, Nahuel Cortez y los demás coimputados a su casa mientras los tres hombres le gritaban e insultaban, y que los tres tenían armas de fuego en sus manos y que las exhibían.

Sin embargo, en el debate dijo que se dirigió a la casa de María Inés Llanos junto con la policía y que todos los sujetos que estaban afuera la insultaron –sin precisar qué amenazas profirieron–.

Además, expresa que afirmó que se había confundido al decir durante la investigación que había armas, puesto que debía haber confundido ese hecho con otro.

Estas contradicciones, a criterio de la defensa, fueron valoradas arbitrariamente en la sentencia, donde se las justificó como una «confusión», minimizando el hecho de que la declaración que prestó durante la investigación lo fue el mismo día del hecho.

No puede tratarse, como afirmó la jueza, de una confusión por el estado anímico o con otro hecho.

Además, manifiesta que esta testigo se contradijo con la denunciante. Serrano dijo que se acercó a la casa de Llanos porque ésta la llamó cuando sucedía el supuesto hecho, pero Llanos no dijo que la llamó, sino que le avisó un vecino para que hablara con Serrano.

Además, Serrano dice que cuando llegó con la policía el acusado estaba dañando el auto de Llanos, mientras que Rosalía Ortega y Daiana Ortega estaban en la esquina esperando que pase para gritarle.

Sin embargo, Llanos dijo que cuando llegó la policía los hombres Aveiro se habían retirado y sólo quedaban las mujeres.

Si el relato de Serrano fuera cierto, razona la defensa, los policías hubieran detenido en flagrancia a los acusados, lo que no ocurrió.

En cuanto a la declaración de Llanos, ésta afirmó que le dijo a la policía inmediatamente el nombre y las características físicas de los autores, incluso dónde vivían.

Sin embargo, el oficial Damián Alfredo Sánchez Tobares, quien entrevistó a Llanos, no aportó datos sobre las características o nombres de los supuestos autores.

Además, dijo que el supuesto vehículo dañado no estaba en funcionamiento, sino lleno de tierra y que llevaba meses parado ahí.

Esto se contradice con la declaración de Llanos, quien dijo haber usado ese auto esa misma mañana para llevar a su hija al médico.

El oficial tampoco dijo haber sido avisado de supuestas amenazas y coacciones, sino solamente de daños al vehículo, por los que los acusados resultaron absueltos.

Por otra parte, cuestiona la valoración de las declaraciones de Brenda y Anabela Serrano. Anabela Serrano fue evasiva cuando se le preguntó si la persona que había visto atacando el auto era Diego Aveiro, mientras que Brenda Serrano dijo que había visto a Diego Aveiro por la ventana, pero luego dijo que lo reconoció por la voz. Frente a ello, afirma, el tribunal desestimó la versión que aportó el testigo de descargo ofrecido por la defensa, Carlos Cabieres.

Principalmente, debido a que no pudo describir físicamente a Aveiro. Tampoco valoró el tribunal la foto de Aveiro con su hija el día del hecho, al momento del hecho, que aportó la defensa y que refuerza la versión de Cabieres.

Lo mismo ocurre con la declaración de los computados, que se presentaron espontáneamente a declarar y fueron coherentes en que, el día del hecho, Diego Aveiro había padecido dolor de estómago y había estado en su domicilio o en el de su madre.

Tampoco se meritó que Daiana Aveiro había reconocido ser la autora de los hechos investigados en esta causa y que caracterizó el hecho como un «problema de mujeres», lo cual fue corroborado por Claudio Marcelo Valencia, quien llamó a la policía y vio a Melisa Serrano insultando a mujeres que estaban a metros de su domicilio. También cuestiona la valoración realizada del registro del CEO.

El tribunal consignó como hora del primer llamado las 10:26 hs, cuando el hecho ya había sucedido, mientras que el informe muestra que el primer llamado de Llanos fue a las 10:29 hs, donde manifestó que había vecinos causando daños en su domicilio, lo que reiteró en llamados a las 10:32 y 10:33 hs. Ninguno de los llamados, explica la defensa, alude a que la estuvieran amenazando o condicionando su voluntad para que haga, deje de hacer o tolere algo.

Además, un llamado de Claudio Marcelo Valencia a las 10:28 hs dio cuenta de una alteración al orden público que describió como problema entre mujeres frente a la casa de Eugenia Melisa Serrano.

La defensa muestra aquí que el llamado de Valencia, anterior al de Llanos, dio cuenta de una pelea entre mujeres, mientras que Llanos dijo que llamó a la policía porque todos los sujetos estaban en su domicilio causando daños e insultándola, para luego ir a la casa de Eugenia Melisa Serrano. Por último, a las críticas planteadas agrega que las amenazas supuestamente proferidas no fueron idóneas.

Explica que esta idoneidad debe evaluarse en el contexto del ámbito de vida donde se ejecutan, y en este caso habrían ocurrido en el marco de una discusión vecinal, en un barrio conflictivo en el que es normal – según dijo la propia denunciante– que los vecinos se insulten, se digan barbaridades y reclamen de modo violento. Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso resulta formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica, en este sentido, que la defensa cuestiona la valoración probatoria desarrollada por el tribunal, con el objeto de negar la autoría de Aveiro Ortega en el hecho.

Considera que las críticas propuestas lucen como una mera discrepancia de criterio, mas no demuestran vicios o errores en la valoración de la prueba.

Sostiene que la sentencia se encuentra debidamente motivada por cuanto el tribunal analizó y valoró minuciosamente toda la prueba en forma conjunta, cotejándola entre sí y con la prueba instrumental y, en general, con todo el plexo probatorio.

Agrega que tuvo presente la enemistad a la que alude la defensa y las supuestas contradicciones sobre la existencia o no de armas. Aclara el Procurador que la testigo manifestó que los acusados andaban con «fierros», no con armas.

Esto permite descartar la supuesta intención de perjudicar al acusado, puesto que la testigo se rectificó aclarando sus dichos de modo favorable a Aveiro. Su declaración se mantuvo igual, y solo fue rectificada para beneficiar al acusado. En cuanto a la declaración de Eugenia Melisa Serrano, señala que el tribunal cotejó frase por frase con la declaración de la víctima y concluyó que eran coherentes entre sí y con la declaración de Valencia.

También consideró la declaración del oficial de policía Damián Sánchez, quien destacó que la víctima estaba alterada y asustada por las amenazas recibidas y que temía que algo le sucediera a su familia. Contrariamente a lo afirmado por la defensa, señala el testimonio de Carlos Cabieres fue valorado, aunque fue considerado endeble para menoscabar la teoría del caso acusadora.

Tampoco, expresa, fue soslayado el registro del CEO: el tribunal concluyó que si bien el primer llamado es a las 10.26 hs, se refiere a hechos que ya habrían sucedido pues el informe expresa «suceso atendido».

De modo que la sentencia luce adecuadamente fundada, sin que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria o se aparte de la sana crítica racional.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 4 de septiembre del presente la defensa técnica solicito se tuviera por desistida la voluntad de informar oralmente el recurso expresada al momento de interponer la impugnación.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa de Diego Aveiro Ortega considero, en función de las razones que en lo sucesivo expondré, que no corresponde hacer lugar al mismo.

El recurso planteado se estructura en torno a críticas contra la valoración probatoria desplegada por el tribunal, a efectos de negar la autoría del acusado en los hechos, la existencia misma de éstos y, en subsidio, para alegar que las amenazas no fueron idóneas para revestir tipicidad penal.

Ahora bien, luego de considerar los agravios vertidos por la defensa, los fundamentos de la sentencia y la posición del señor Procurador General, coincido con este último en cuanto a que las pruebas obrantes en la causa permiten llegar a la certeza necesaria para condenar al acusado, tal como consideró la jueza de la instancia anterior, sin que los extremos que señala la defensa se verifiquen en autos.

Preliminarmente, debo señalar que el tribunal consideró acreditados los hechos antes individualizados en función, principalmente, de la declaración de la víctima María Inés Llanos, que detalló cómo ocurrieron aquellos y cómo Aveiro Ortega la amenazó y coaccionó.

Asimismo, valoró: la declaración de la hija María Inés Llanos, Eugenia Melisa Serrano, quien corroboró los puntos centrales de la versión de su madre; las declaraciones de las menores de edad Brenda y Anabella Serrano, que aportaron poca información, pero corroboraron la versión de su madre y la intervención del acusado; el testimonio de Gabriel Serrano, quien no estaba en el lugar del hecho, pero corroboró daños al vehículo de su madre; y el testimonio del Auxiliar Principal de Policía Damián Sánchez, quien corroboró que la víctima estaba alterada y asustada por las amenazas sufridas y que temía por su familia; el testimonio del policía Claudio Marcelo Valencia también corroboró una discusión vecinal, y los informes aportados por el CEO ratificaron la existencia de un conflicto.

Conforme surge de los fundamentos de la sentencia estas declaraciones fueron valoradas debidamente y de manera extensa por la jueza de la instancia previa. Relevado el cuadro probatorio con el que el tribunal

fundó la acreditación de los hechos, corresponde explicar ahora las razones por las cuales los agravios planteados no logran hacer mella en la conclusión condenatoria.

En primer lugar, contrariamente a lo afirmado por la defensa, la jueza tomó en consideración la enemistad entre las familias Serrano y Aveiro Ortega.

De hecho, la jueza comenzó el análisis de la prueba con la consideración de esta enemistad, aunque le restó peso como elemento que pudiera menoscabar la credibilidad de la víctima puesto que, tal como señaló María Inés Llanos, esa enemistad se generó a partir de una denuncia del 23 de mayo de 2023 que Llanos formuló contra Aveiro y que dio lugar a una investigación en la que se ordenó un allanamiento.

Esta medida tuvo lugar la mañana del día de los hechos investigados –ver fundamentos, pág. 5–. Además, Llanos explicó que fue agredida porque había sido quien radicó la denuncia, algo que a la postre evaluó como un error, dado que ahora vivía con miedo y sufría hostigamientos –fundamentos, pág. 6–.

Es decir, además de justificar jurídicamente esta enemistad o desavenencia entre las partes en una denuncia y una investigación judicial, el tribunal tuvo en cuenta que, precisamente, a partir de esa situación se explica la agresión que sufrió Llanos el día del hecho. En este sentido, fue clara al afirmar que Rodrigo Cortez, Diego Cortez y Daiana Cortez le gritaban que «les había batido la cana» al realizar una denuncia en su contra y generar un allanamiento en su casa. De manera que la enemistad a la que refiere la defensa no sólo ha sido considerada por la jueza sino que, además, ha sido el argumento inicial para dar crédito a la versión de cargo, según la cual las agresiones tuvieron lugar a raíz de la denuncia efectuada por Llanos.

Denuncia que, sobra señalarlo, constituye el medio jurídicamente adecuado para, de ser así considerado por el Ministerio Público Fiscal, la investigación de hechos que, eventualmente, pueden constituir delitos; por lo tanto, no puede ser considerada –en sí misma– como una razón para menoscabar la credibilidad de los dichos de las víctimas.

En segundo lugar, y en particular en relación con la declaración de Eugenia Melisa Serrano, encuentro que las críticas planteadas por la defensa no logran hacer mella en la sólida valoración probatoria que realizó la jueza. Más bien se tratan esfuerzos por segmentar su declaración y, a partir de allí, advertir contradicciones –estrategia que se reitera luego en los demás agravios propuestos–.

Al respecto, debe recordarse que esta Sala ha sostenido en anteriores oportunidades que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros pueden aparecer como elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta –véase «**Rojas Garrido**», «**González, Daniel**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–

En el mismo sentido, se ha sostenido que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» –véase «**Toro Mendoza**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

La defensa cuestiona, en relación con el testimonio de Eugenia Melisa Serrano, que: i) sus dichos no pueden ser creíbles, puesto que no es posible que solo ella y su madre hayan sido testigos de hechos que habrían ocurrido a plena luz del día y en horario de alta circulación –crítica que hace extensiva a la

declaración de Llanos–; ii) que se contradijo en cuanto a la existencia de armas en el hecho, puesto que el día del hecho declaró que los agresores llevaban armas, pero en el debate se desdijo, negó que llevaran armas y atribuyó esto a «una confusión» poco creíble; iii) que esa confusión ha sido erróneamente validada por el tribunal; iv) que se contradijo con Llanos, puesto que dijo que ella la había llamado, pero Llanos dijo que avisó a un vecino para que la llamara, no que la llamó directamente; v) que es falsa su versión del hecho según la cual, cuando llegó a la casa de Llanos, Aveiro estaba aún dañando el auto de su madre. Estas críticas no pueden ser acogidas en esta instancia. Por una parte, la relativa a la posibilidad de que estas testigos sean las únicas que vieron el hecho no tiene entidad para conmover sus dichos. En efecto, razones de diversa índole pueden explicar esto: que por la duración de los hechos no hubiera otros testigos presenciales; que eventuales testigos no pudieran ser identificados; o, aun identificados, no se presentaran a declarar; que tuvieran miedo de hacerlo; etc.

No es esta la oportunidad para especular al respecto, más bien debe señalarse que la ausencia de otros testigos no es en este caso un extremo que menoscabe la credibilidad de los dichos de las presuntas víctimas. En cuanto a las armas que dijo que portaban los acusados, la testigo explicó en el debate que durante la investigación dijo que «andaban con fierros», no con armas. El tribunal consideró que la testigo fue clara al explicar las situaciones vividas, pero –contrariamente a lo afirmado por la defensa– no validó esa justificación. Aquí debo señalar dos puntos. Por un lado, que el hecho de que la testigo haya aclarado sus dichos en relación con el uso de armas no le resta credibilidad en los demás extremos a su declaración, que además se ven corroborados por otras pruebas. Dado que el uso coloquial de la palabra «fierro» se identifica con el de «arma», la justificación no es sólida. La defensa toma esta aclaración de la testigo como una contradicción. Sin embargo, coincido con el tribunal de instancia previa en que lejos de significar una contradicción que le reste credibilidad, demuestra que la testigo intentó minimizar en el debate extremos que había exagerado durante la declaración prestada en la investigación. No advierto aquí un problema en la valoración del cuadro probatorio de cargo en general. La misma lógica se aplica a la crítica según la cual la testigo se contradijo cuando afirmó que, cuando llegó a la casa de Llanos, Aveiro estaba aún dañando el auto de su madre. Las pretendidas falsedades en su declaración, señaladas por la defensa, no tienen, a mi criterio, entidad suficiente para negar la existencia de los hechos y la intervención de Aveiro Ortega en ellos, que se ve corroborada por el contenido general de las declaraciones de Llanos y Serrano, por los llamados al CEO y la movilización de efectivos, por los daños corroborados en el vehículo y por la denuncia y allanamiento realizados ese día en la vivienda del acusado. De manera similar, tampoco puede prosperar el cuestionamiento vinculado con la pretendida contradicción entre la declaración de Eugenia Melisa Serrano con la de su madre, Llanos, en punto a que Serrano dijo que Llanos la llamó, mientras que ésta dijo que avisó a un vecino para que la llamara, no que la llamó directamente. Esta crítica carece de toda entidad para alterar el cuadro probatorio general: si Llanos llamó directamente a Serrano o lo hizo por intermedio de otro vecino, no cambia el hecho de que Serrano acudió a su domicilio por su llamado, que es lo relevante de su declaración. De manera tal que aquí tampoco advierto un vicio en la valoración probatoria.

Otro grupo de críticas de la defensa se enfoca en la declaración de Llanos. La defensa desmiente que haya podido describir, como dijo, los nombres y características físicas de los agresores a la Policía, puesto que el oficial Damián Alfredo Sánchez Tobares no pudo aportar datos al respecto. Además, señala que dijo que el vehículo dañado estaba en funcionamiento, a pesar de que aquel policía dijo que estaba abandonado y lleno de tierra.

También negó el funcionario que hubiera recibido avisos de amenazas y coacciones, y afirmó – contrariamente a la versión de Llanos– que fue movilizado por daños al vehículo. Nuevamente advierto que la estrategia defensiva pretende aislar elementos de prueba para restarles credibilidad. Sin embargo, esta crítica no puede prosperar. Más allá de que es irrelevante para el hecho si el vehículo dañado funcionaba o no y de que no se le atribuyó a Aveiro Ortega el delito de daños, lo cierto es que esta eventual falsedad en la declaración de Llanos no altera la credibilidad de su relato en lo relevante para el hecho.

Dicho en términos claros, aun cuando su vehículo no funcionara –lo cual no está acreditado– y ella hubiera exagerado este dato falsamente para perjudicar al acusado, no se ve alterado el cuadro probatorio general según el cual el acusado se presentó en el domicilio de Llanos porque ésta realizó una denuncia que condujo al allanamiento de su casa, y le profirió amenazas de muerte exigiéndole que retirase la denuncia. De modo tal que la eventual tergiversación del uso real del vehículo por parte de Llanos no hace mella en el cuadro probatorio general. Igual de irrelevante es el hecho de que Tobares no haya podido aportar los nombres de los acusados ni haya estado al tanto de un llamado al número de emergencias por coacciones o amenazas.

Que este funcionario no pueda aportar datos sobre estos extremos no beneficia la teoría del caso de la defensa, puesto que sus dichos no tienen virtualidad alguna para hacer mella en la teoría del caso de la acusación, que se encuentra apoyada en otras pruebas. No se advierte que Llanos haya afirmado que le dijo concretamente a ese efectivo policial la descripción de los acusados. Además, que no se haya dado aviso de amenazas o coacciones no dice nada respecto de su existencia, que puede haber tenido lugar en el marco de otras agresiones y haberse identificado jurídicamente como tales con posterioridad. Dicho en términos claros, no es esperable –de acuerdo a las reglas del sentido común– que cuando una víctima da aviso de un hecho delictivo a la autoridad separe con precisión cada aspecto del hecho y lo califique jurídicamente.

El argumento de la defensa, llevado al extremo, demanda esta irracional precisión a las víctimas. Por otra parte, la defensa cuestiona que las menores de edad Brenda Serrano y Anabella Serrano no pudieron identificar con solidez a Diego Aveiro Ortega como el agresor. Aquí, la defensa se limita a proponer una crítica sin dar cuenta de las razones que el tribunal brindó para asignarles peso probatorio –marginal, en el cuadro general–.

En efecto, el tribunal sostuvo que «[...] fue poco lo que pudieron aportar, terminaron por confirmar con sus gestos de nerviosismo y pocas palabras, el temor vivenciado y cómo se venían sucediendo los eventos con la familia Aveiro Ortega, siendo por demás Diego Aveiro Ortega, reconocido como un participante activo en todos esos sucesos. Brenda en particular contó que “Daiana, Nahuel, Rodrigo y Diego insultaban a su mamá, le decían que la iban a matar [...]» –ver fundamentos, pág. 7–.

En otras palabras, las exigencias de precisión que la defensa coloca en cabeza de estas testigos no se condice con su edad, con el hecho de que habrían sufrido agresiones de modo tangencial, como parte de la familia de Llanos, y con la coincidencia central en reconocer a Aveiro Ortega como autor de las coacciones investigadas en este caso. En cuanto a la desestimación de la versión del testigo de descargo, Carlos Cabieres, las críticas de la defensa no dan cuenta de la sólida valoración que el tribunal hizo de su testimonio, que enfatizó que: i) sólo pudo dar cuentas de escuchar gritos aquella mañana y que apareció la policía, pero no resultó claro si vio el allanamiento que se practicaba cuando él supuestamente llegaba, ni si tenía idea o no de lo sucedido; ii) que extrañamente no pudo describir físicamente a Aveiro Ortega, a pesar de que en una primera instancia refirió que trabajaba con él todas las mañanas, aunque justamente ese día, estuvo con dolor de estómago; iii) que era poco creíble que recordara cuestiones

puntuales, como horarios de ese día, pero otras de trascendencia determinante –como las características físicas de su compañero de trabajo y quien dirigía o le daba instrucciones en la obra–, las desconociera; iv) que en su versión colocó a Aveiro en la casa de su madre durante todo el día, mientras que los propios parientes del acusado refirieron que se encontraba en su casa particular; y, finalmente, v) que se advertía con claridad una maniobra de resguardo hacia Aveiro –fundamentos, págs. 7 y 8–.

En síntesis, la declaración de Cabieres luce adecuadamente valorada por el tribunal, sin que las críticas defensivas constituyan otra cosa que una mera discrepancia con aquél mérito, insuficiente para demostrar la existencia de vicios procedimentales. Si bien es que en la sentencia no se meritó que Daiana Aveiro había reconocido ser la autora de los hechos investigados, su reconocimiento no tiene fuerza convictiva para desvincular a Aveiro Ortega del hecho, en la medida en que resulta claro su interés –como familiar– por beneficiar al acusado. Interés que se ve corroborado además por la presentación espontánea de los demás familiares a declarar en la investigación. En cuanto a la valoración de los informes del CEO, la defensa omite señalar que el tribunal meritó los horarios de las llamadas, y explicó las discrepancias entre los horarios que ahora la defensa cuestiona. En este sentido, el tribunal afirmó que «[...] si bien el primer llamado consignado es a las 10.26 hs., el mismo data de hechos que “ya” se habrían sucedido. Más precisamente el informe expresa “suceso atendido”. [...] Posteriormente 10.33hs. se registra que un sujeto informa que le habrían provocado daños, que llama por segunda vez, situación que se compadece con el testimonio del Sr. Serrano, quien habría llamado al 911 una vez que los hechos ya habían acontecido, no encontrándose él en el momento mismo de éstos [...]». «En igual sentido, de los testimonios producidos en el tribunal, los testigos presenciales ubicaron el inicio del desarrollo del suceso entre las nueve o nueve treinta horas de la mañana, siendo ello una aproximación, relatando que no podían con total certeza dar una indicación precisa de la hora exacta en que se presentaron al domicilio y luego fueron a amenazar a Melisa. [...]». «Dicho esto, vista el acta de procedimiento que registra ser alertados los actuantes policiales a las 10.20 hs. aproximadamente, registro de CEO dando cuentas de las novedades, declaración de Serrano Gabriel de haber tomado conocimiento aproximadamente a las 9.30 hs., Valencia Claudio expresarse en igual sentido, me permito concluir que el suceso tuvo lugar entre las 9/9.30hs y diez horas con algunos minutos de la mañana, que realizados los llamados a la policía, luego, a los minutos intervino ésta de manera presencial, que se fueron pasando las novedades, que el Sr. Valencia pudo percibir un tramo del conflicto (final), el suscitado con posterioridad al ataque en la casa de la víctima, cuando las mujeres fueron a gritar hacia la esquina, más precisamente a Melisa, quien fue visualizada por el Sr. Valencia [...]» –fundamentos, pág. 8–.

De tal manera, se advierte que la jueza de la instancia anterior justificó adecuadamente las razones por las cuales estimó que el hecho había ocurrido entre las nueve y las nueve treinta horas, sin que la defensa retome cada uno de los argumentos brindados en la sentencia al formular su crítica. En función de ello, el agravio tampoco resulta procedente. Resta, finalmente, desestimar el agravio según el cual las amenazas proferidas no revestirían tipicidad por no ser idóneas. La defensa señala que, dado que ocurrieron en un barrio conflictivo donde es normal que los vecinos «se insulten, se digan barbaridades y reclamen de modo violento», y en el marco de una discusión vecinal, no revisten importancia.

Tampoco aquí la defensa retomó las razones de la jueza para señalar que las amenazas fueron, efectivamente, idóneas. En este sentido, consideró las amenazas proferidas fueron idóneas por cuanto el acusado se presentó con un grupo de personas, ocasionó daños materiales y disturbios en la vía pública, sin reparo alguno (fundamentos, pág. 11).

También analizó expresamente el argumento defensivo y descartó que se tratara de un altercado común: «[...] el avasallamiento a la víctima tuvo su raíz por una denuncia ante la justicia, por lo que, nuevamente la víctima padeció las amenazas denunciadas en su hogar. María Inés Llanos, fue directamente compelida en su domicilio, buscada, atacada y anoticiada de posibles males mayores sino se conducía de la manera esperada por los actuantes, debía retirar la denuncia [...]» –fundamentos, págs. 10 y 11–.

De manera tal que no se trató de un mero conflicto vecinal, sino de una grave agresión producida por la denuncia que la víctima realizó contra la familia del agresor, frente a lo cual éste respondió con amenazas de muerte y la exigencia de que retirasen la denuncia realizada. Lo fundamentado por la jueza responde al criterio de esta Sala según el cual el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión es el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima, que a través de la amenaza ve puesta en tela de juicio su posibilidad de elegir su actuar de modo libre de injerencias.

Así, la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima.

A su vez, la vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada» (ver, al respecto, «**Murcia Lucero**»). En el caso que nos ocupa, resulta claro que se encuentra fuera de las conductas estereotipadas –se trate del barrio del que se trate– el amenazar violentamente la vida de una persona y de su familia, si ésta no retira una denuncia.

Sin perjuicio de lo dicho, he de señalar que el hecho de que el barrio donde ocurrieran los hechos en ocasiones se susciten conflictos entre vecinos y de otra índole, no reduce la idoneidad de las amenazas.

Si bien éstas deben ser siempre meritadas en contexto, la vecindad no constituye un parámetro para reducir la idoneidad de una amenaza de muerte, o justificarla, unida a la exigencia de una acción procesal por parte de la víctima. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en estos autos por la defensa de Diego Alejandro Aveiro Ortega.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

20- GUARDIA. 27-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	N	495

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231127_FcGLR.pdf

Lex: Art. 183, 150, 92, 89, 80 inc. 1 y 11, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto y 55 del CP. Arts. 13 del CP y Art. 33 de la ley 8465. Art. 295 inc. 3 del CPP.

Vox: VG. Daño simple. Violación de domicilio. Lesiones leves calificadas. Amenazas agravadas. Arma. Concurso real. Unificación de pena. Nulidad parcial. Recurso de revisión. Competencia. JAI.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión en efectivo** tras declararlo autor penalmente responsable de los delitos de daño simple, violación de domicilio, lesiones leves calificadas, y amenazas agravadas, todo en concurso real (arts. 183, 150, 92, 89, 80 inc. 1 y 11, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y 55 del CP). Además, revocó la condicionalidad de la pena de dos años de prisión impuesta por el entonces Sexto Juzgado de Garantías mediante la sentencia n° 4.838, y unificó ambas penas en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de revisión. (Art. 495 del CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió anular los resolutivos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la sentencia n° 841, y los fundamentos correspondientes a esos resolutivos; como también la audiencia de acusación en lo que a ellos refiere, cuya constancia luce agregada a fs. 134/135. (Art. 198, 199, ss. y cc. del CPP) teniendo por desistido el recurso de revisión interpuesto. (art. 460 del CPP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6033, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Guerra Terrones. 17-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200617_FcGuerra.pdf
- Ahumada Núñez
- Sánchez Orellano. 19-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230519_FcSOC.pdf

Parágrafos destacados

“...si bien «[t]odas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas» (**art. 16 de la ley 9.040**), la actuación del juez que intervenga en ellas deberá producirse a pedido de parte, dentro de su competencia, de acuerdo a la etapa procesal que transite la causa, con observancia de las disposiciones normativas pertinentes y nunca para reeditar cuestiones ya resueltas; lo que en autos no se verifica...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04297376-3/1((011201-143059)) FC/ GUARDIA LUCIANI ROBERTO LEANDRO P/ DAÑO SIMPLE, VIOLACION DE DOMICILIO, LESIONES LEVES CALIFICADAS Y AMENAZAS AGRAVADAS TODO EN CONCURSO REAL (143059) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104370776*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04297376-3/1 caratulada “F. c/ GUARDIA LUCIANI, ROBERTO LEANDRO P/ DAÑO SIMPLE, VIOLACIÓN DE DOMICILIO, LESIONES CALIFICADAS (...) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Roberto Leandro Guardia Luciani interpone recurso de revisión contra la sentencia n° 6.033 y sus fundamentos, emitida por el entonces Primer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto admitió el juicio abreviado solicitado por las partes y condenó al acusado. Impuso la pena de un año de prisión en efectivo tras declararlo autor penalmente responsable de los delitos de daño simple, violación de domicilio, lesiones leves calificadas, y amenazas agravadas, todo en concurso real (arts. 183, 150, 92, 89, 80 inc. 1 y 11, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y 55 del CP).

Además, revocó la condicionalidad de la pena de dos años de prisión impuesta por el entonces Sexto Juzgado de Garantías mediante la sentencia n° 4.838, y unificó ambas penas en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Todo ello, en los autos P-143.059/17.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Aunque por error material el recurso alude a la sentencia n° 5926, se entiende en esta instancia que impugna la sentencia n° 6.033 antes mencionada, en tanto no existe una sentencia con el número 5926 en estos autos y el contenido de la presentación refiere a la sentencia del Juzgado Correccional. Como se señaló, mediante esa decisión Roberto Leandro Guardia Luciani fue condenado a la pena de un año de prisión por los delitos de daño simple, violación de domicilio, lesiones leves calificadas y amenazas agravadas, todo en concurso real (arts. 183; 150; 92; 89; 80, inc. 1° y 11°; 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y 55 del CP); pronunciamiento dictado en función de un acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes.

A través de dicha resolución también se revocó la condicionalidad de la pena de dos años de prisión impuesta mediante sentencia n° 4.838 por el Sexto Juzgado de Garantías en autos N° P-15.968/17 y se unificó ambas condenas en la pena única de tres años de prisión en forma efectiva.

2.- El recurso de revisión interpuesto por la defensa

La defensa de Roberto Leandro Guardia Luciani interpone recurso de revisión con invocación del art. 495 inc. 4 del CPP, esto es, el supuesto previsto para aquellos casos en los que después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso,

hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.

En ese orden, explica que luego de que fuera dictada la sentencia, la supuesta víctima de autos envió un mensaje de texto a la hermana del acusado en el que reconocía haber mentido en la denuncia que motivó el expediente, algo que hizo cuando Guardia Luciani recuperó su libertad por los hechos acusados en la causa n° P-15.968/17 tramitada previamente ante el Sexto Juzgado Correccional.

Solicita que se produzca prueba, como la declaración de la denunciante y examen psicológico de la denunciante y el acusado. También afirma que Guardia Luciani estaba nervioso al momento de realizarse el juicio abreviado, porque había prestado su consentimiento por considerar que la prisión sería en modalidad domiciliaria.

En función de ello, pide que se absuelva al acusado por el principio de la duda, y que hasta tanto se resuelva, se disponga la modalidad domiciliaria de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que debe hacerse lugar al recurso, en función de que la sentencia impugnada carece de fundamentos.

Explica que el juicio abreviado no releva a la jurisdicción del deber de motivación de la sentencia condenatoria, y que ese deber no se satisface únicamente con el control de los requerimientos externos del acuerdo.

En tanto la sentencia del caso no contiene fundamentación alguna, debe ser anulada de conformidad con lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 del CPP. Invoca jurisprudencia en apoyo de su posición.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a este Tribunal a resolver se advierte que, conforme a las constancias de la causa precedentemente reseñadas, corresponde expedirse acerca de dos circunstancias dirimientes para la resolución del caso.

Por una parte, debe resolverse sobre la validez de la sentencia n° 841 que fue dictada con posterioridad a la sentencia recurrida, por el Juzgado Penal Colegiado n° 1, mientras se encontraba **pendiente de resolución el recurso de revisión que aquí se trata**; así como el pedido de saneamiento del proceso realizado por el Ministerio Público Fiscal una vez que las actuaciones retornaron a este Tribunal (a).

Por otra parte, debo expedirme en relación con el desistimiento del recurso de revisión realizado por Guardia Luciani en sede del Juzgado Penal Colegiado (b).

Previo a ingresar a su tratamiento, resulta oportuno señalar que el hecho por el que fue condenado el acusado consistió en que «el día 5 de [o]ctubre de 2017, siendo aproximadamente las 23:00 horas, mientras la ciudadana Jessica Lorena Vidal Ortiz se encontraba en su domicilio sito en calle Matienzo n° 2653, 2° piso de Las Heras, Mendoza, se hizo presente su ex pareja [Roberto Leandro Guardia Luciani], quien tocó el timbre manifestándole a la víctima [“abrimelo porque te destrozó todo”], luego rompió a patadas a la puerta del pasillo del departamento, subió las escaleras y se dirigió hasta la puerta de la vivienda, la rompió a patadas, para luego ingresar sin el consentimiento de su moradora, posteriormente forcejeó con la víctima, la agarró del cuello causándole un hematoma en antebrazo derecho de 5 cm por 2 cm, constatadas por el Cuerpo Médico Forense, tomó un cuchillo de cocina y mientras sostenía el mismo le manifestó [“te voy a matar hija de puta que metés todos los machos acá”]» (según acta de imputación formal de fs. 52 y vta.).

Por su parte, deben reseñarse algunos actos procesales relevantes durante la tramitación del recurso en esta instancia.

En efecto, con posterioridad a la interposición del recurso aludido, la defensa planteó un **control jurisdiccional** a favor de su defendido, por lo que se dispuso la remisión de estos obrados al tribunal de origen a fin de que se resolviera la **incidencia defensiva**.

Intertanto, **se suspendió la tramitación de la impugnación en esta instancia**.

En sede del Juzgado Penal Colegiado N° 1, y en oportunidad de celebrarse la audiencia de control jurisdiccional solicitada, las partes propusieron un nuevo **juicio abreviado inicial** en estos autos n° P-143.059/17.

En función de ello, la jueza interviniente en esa ocasión dictó la sentencia n° 841 mediante la que se condenó a Roberto Leandro Guardia Luciani a la pena de un año de prisión en efectivo como autor de los delitos de daño simple, violación de domicilio, lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo preexistente y por media violencia de género y amenazas agravadas por el uso de arma, todo en concurso real (arts. 183; 150; 82 en función de los arts. 89 y 80, inc. 1 y 11; 149 bis, segundo párrafo, primer supuesto y 55 del CP).

Asimismo, en el pronunciamiento referido se revocó la condicionalidad de la pena de dos años de prisión en suspenso aplicada mediante sentencia n° 6.033 en autos N° P-15.968/17 y se unificó esa pena, con la impuesta en los autos n° P-143.059/17, en la pena única de tres años de prisión efectiva.

En esa oportunidad también se dispuso la inmediata libertad de Guardia Luciani en atención al tiempo que había cumplido en detención (art. 295, inc. 3° del CPP) (según surge de fs. 134/135 y 138/139).

Conforme con las constancias audiovisuales en las que se instrumentó la audiencia de control jurisdiccional ya referida, la defensa técnica de Guardia Luciani, en presencia de su asistido, **desistió del recurso de revisión presentado en su favor**.

Una vez devueltas las actuaciones a este Tribunal, se corrió vista al señor Procurador General.

El Fiscal Adjunto Penal contestó la vista y entendió que, considerando el particular derrotero procesal experimentado por los presentes obrados, las actuaciones bajo estudio deberían ser rigurosamente analizadas por este Tribunal y resueltas conforme a derecho, mediante una eventual declaración de **nulidad** con el fin de sanear el presente proceso.

a.- En relación con la validez de la sentencia n° 841 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1

a.- En relación con la validez de la sentencia n° 841 dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 y el pedido de saneamiento del proceso realizado por la Procuración General, es relevante señalar que, en oportunidad de realizarse el juicio abreviado ante el Juzgado Correccional –que derivó en la sentencia n° 6.033 luego impugnada–, las partes renunciaron a los términos para recurrir, conforme surge del acta de fs. 77/78.

Luego el acusado nombró nuevo letrado defensor, quien interpuso recurso de revisión fundado en las previsiones del **art. 495, inc. 4 del CPP**.

Como señalé antes, una vez radicadas las actuaciones en esta Sala a fin de dar trámite al recurso antes referido –esto es, contra la sentencia n° 6.033 del Juzgado Correccional–, la defensa técnica de Guardia Luciani interpuso control jurisdiccional en su favor, por lo que las presentes actuaciones fueron remitidas al tribunal de origen a efectos de la resolución de esa **incidencia**.

Con posterioridad, se estableció nueva fecha de audiencia para resolver el pedido de control jurisdiccional relativo a la modalidad de ejecución de la sentencia condenatoria (fs. 117 vta.); la que devino en audiencia de acusación (fs. 134/135), sin que existan constancias en autos de las razones por las cuales varió su finalidad.

En esa audiencia se hizo lugar a un pedido de las partes de juicio abreviado y se dictó una nueva sentencia

condenatoria en relación con los mismos hechos que ya se habían tenido por acreditados mediante sentencia n° 6.033 (fs. 79 y vta.), conforme surge de la plataforma fáctica descrita en la nueva sentencia n° 841 dictada por el Juzgado Penal Colegiado y obrante a fs. 138/139. Ello, **a pesar de que la primera sentencia (la n° 6.033) había adquirido firmeza** por la renuncia de términos que efectuaron las partes de acuerdo al acta de fs. 77/78 de autos, así como por la ausencia de interposición de recurso alguno en el término de ley.

La reseña precedente revela que en estos obrados se verifican serias irregularidades que podrían derivar en una eventual afectación de derechos fundamentales de la persona acusada; por lo que, al margen de lo que constituye materia de agravios, esta Sala posee competencia que lo habilita al tratamiento de la cuestión aludida (conf. L.S. 377-190, véase también «**Guerra Terrones**»).

En ese orden, se advierte que tanto la segunda audiencia de acusación –en la que se presentó una nueva petición de juicio abreviado– como la sentencia n° 841 dictada en consecuencia –en la que se condenó a Guardia Luciani nuevamente por idénticos hechos que en la sentencia n° 6.033– se llevaron a cabo sin que se verificara uno de los presupuestos ineludibles para ser considerados jurídicamente válidos, esto es, la jurisdicción del tribunal para dirimir la cuestión sometida a su conocimiento.

En el caso de la **segunda audiencia de acusación, debe señalarse que su invalidez deriva de haberse celebrado en el marco de un proceso ya concluido**, en el que ya había tenido lugar la audiencia de acusación pertinente y se había dictado sentencia condenatoria por los hechos objeto de esa acusación.

Es decir, no sólo había precluido la etapa procesal pertinente para la sustanciación de una nueva audiencia de acusación, sino que también **se había agotado el ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, la jurisdicción para la celebración de un acto de esa naturaleza**, por haber concluido el proceso mediante una sentencia condenatoria firme.

No puede soslayarse que, en un sistema acusatorio, la función jurisdiccional sólo se concreta cuando es debidamente instada por las partes y, en función de ello, las decisiones que emita el órgano decisor sólo serán válidas si se pronuncian para resolver planteos concretos deducidos por aquéllas.

Es que, si bien «[t]odas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas» (**art. 16 de la ley 9.040**), la actuación del juez que intervenga en ellas deberá producirse a pedido de parte, dentro de su competencia, de acuerdo a la etapa procesal que transite la causa, con observancia de las disposiciones normativas pertinentes y nunca para reeditar cuestiones ya resueltas; lo que en autos no se verifica.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que «[e]n materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio [...] [que] no se cumplen si un tribunal interviene en una causa sin hallarse facultado para conocer en ella, de modo tal que toda decisión que haya sido emitida con **ausencia de jurisdicción se encuentra inexorablemente afectada de invalidez**» (conf. **CSJN, Fallos 342:1501**).

Dicho en términos claros, esta segunda sentencia condenatoria carece de presupuestos procesales ineludibles debido a que ya existía una sentencia condenatoria firme en la causa que había definido de manera definitiva la situación procesal de Guardia Luciani.

De tal manera, de otorgársele validez a la segunda sentencia, se vulneraría la prohibición constitucional de doble juzgamiento o non bis in idem, toda vez que Guardia Luciani habría sido condenado dos veces por su intervención en el mismo hecho. Cabe recordar que en virtud de este principio (art. 1, última parte, del CPP) se veda la persecución penal múltiple de una persona, contemporánea o sucesiva, por un mismo hecho.

Ello comprende tanto la doble persecución como una ulterior condena por el mismo hecho, a una misma persona y por idéntica causa –ver, al respecto, «**Ahumada Núñez**», «**Sánchez Orellano**», entre otros–.

Si bien nuestra Constitución Nacional no previó en forma expresa la garantía aludida, se la ha entendido como comprendida entre las garantías no enumeradas que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho, según prevén los arts. 1, 28 y 33 de la CN.

Lo cierto es que se encuentra explícitamente establecida en el art. 26 de la Constitución de Mendoza al disponer que «[...] nadie puede ser [...] encausado dos veces por un mismo hecho». Además, el Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza la reconoce expresamente en su art. 1.

En definitiva, la observancia de aquel principio imposibilita que una persona sea sometida a proceso o condenada en dos oportunidades por el mismo hecho, regla que no ha sido respetada en las presentes actuaciones.

Así, en el presente caso no se tuvo en consideración que la sentencia n° 6.033 adquirió autoridad de cosa juzgada y que por ello era, y es, inmutable (salvo, claro, la procedencia del art. 495 del CPP); por lo que los hechos y la responsabilidad de Guardia Luciani que ella tuvo por acreditados no podían ser presentados por las partes para que fueran objeto de nuevo juzgamiento y para que se le impusiera idéntica pena.

En síntesis, de lo expuesto se colige que la segunda sentencia n° 841 fue dictada sin la jurisdicción pertinente en razón de que Roberto Leandro Guardia Luciani (eadem persona) fue condenado en dos oportunidades por haber intervenido en los hechos descriptos en el acta de imputación formal de fs. 52 y vta. (eadem res) y en el marco de un mismo proceso penal –tramitado en estos autos N° P-143.059/17– (eadem causa petendi).

Sobre esta cuestión la Corte Federal tiene dicho que «[l]a sentencia que condenó al recurrente desconociendo la firmeza de la anterior sentencia [...] dictada por el mismo hecho [...] fue dictada sin jurisdicción, con evidente afectación de la garantía de la cosa juzgada y privando de toda efectividad a la prohibición de la doble persecución penal, de reconocido rango constitucional» (conf. **CSJN, Fallos 342:1501 citado**).

En virtud de las consideraciones precedentes, resulta evidente que en el proceso que aquí se analiza existen irregularidades en relación con dos actos –la audiencia de acusación celebrada el 29 de agosto de 2018 (fs. 134/135) y la sentencia n° 841–, que encuadran en las previsiones del art. 198, inc. 1 del CPP. Estos actos resultan nulos por carecer el tribunal interviniente de la capacidad (jurisdicción) necesaria para llevarlos a cabo.

De no ser declarados como inválidos, ello podría derivar en una vulneración de las garantías constitucionales antes analizadas, por lo que se impone su declaración de nulidad (conforme prevén los arts. 198, inc. 1; 199, ss. y cc. del CPP).

Sin embargo, como se explicará a continuación tal anulación de la sentencia n° 841 debe ser **parcial**.

En efecto, existen algunos extremos de esa resolución que deben conservar su validez. Concretamente, el punto 6 de la sentencia n° 841, que **ordenó la libertad del condenado** por haberse dado las condiciones establecidas en el **art. 295, inc. 3 del CPP**.

Lo afirmado se basa en que, por un lado, las circunstancias en que se fundó la orden de libertad referida –esto es, el tiempo que Guardia Luciani llevaba en detención (art. 295, inc. 3 del CPP)–, también resultan aplicables a la sentencia n° 6.033, aunque en el marco de la ejecución de la pena impuesta y de lo dispuesto en los arts. 13 del CP y 33 de la ley 8.465 de la provincia de Mendoza, por encontrarse firme ese primer pronunciamiento. Por otro lado, porque la resolución del incidente de control jurisdiccional planteado oportunamente era la única cuestión para la que tenía jurisdicción la jueza interviniente, en ejercicio de la

competencia de ejecución penal (art. 48 del CPP). En virtud de ello, corresponde no hacer extensiva la nulidad referida al punto 6 de la sentencia n° 841.

b.- Ahora bien, la segunda situación que debe ser analizada se refiere a la vigencia del recurso de revisión oportunamente presentado por la defensa de Roberto Leandro Guardia Luciani.

En ese orden, y tal como surge del registro audiovisual de la audiencia de control jurisdiccional que derivó en juicio abreviado inicial –constancia de fs. 134 y vta.–, la jueza interviniente, en relación con la petición defensiva allí presentada, señaló que ella «en realidad, estaría en contra de lo planteado en oportunidad de plantear el recurso de revisión [...]», frente a lo que el letrado defensor, en presencia del acusado, manifestó «ante esta solución, esta parte desiste formalmente de ese recurso» –ver audiencia del 29 de agosto de 2018, min. 07:10 a 07:38–.

Lo expresado por la defensa del acusado refleja una clara voluntad de esa parte de no continuar con la tramitación de la vía impugnativa que motivó la apertura de esta instancia, en virtud del resultado obtenido en la audiencia aludida –homologación del acuerdo de juicio abreviado y libertad de Guardia Luciani–.

En efecto, la conducta del acusado posterior al recurso interpuesto ante esta instancia consistió en **desistir verbalmente de la impugnación, y aceptar acuerdo de juicio abreviado** por la misma pena que le había sido impuesta en la sentencia antes recurrida.

De modo que su voluntad de desistir del recurso de revisión resulta clara y manifiesta.

En consecuencia, a tenor de lo dispuesto por el **artículo 460 del CPP**, se debe tener por desistido el mencionado recurso de revisión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular los resolutive 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la sentencia n° 841, así como los fundamentos correspondientes a esos resolutive; y anular la audiencia de acusación en lo que a ellos refiere, cuya constancia luce agregada a fs. 134/135. Todo, de conformidad con lo establecido en los arts. 198, 199, ss. y cc. del CPP.

En cuanto al recurso de revisión interpuesto a fs. 92/94 por la defensa de Roberto Leandro Guardia Luciani (art. 460 del CPP), corresponde tenerlo por desistido. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

RESUELVE:

- 1.- Anular los resolutive 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la sentencia n° 841, y los fundamentos correspondientes a esos resolutive; como también la audiencia de acusación en lo que a ellos refiere, cuya constancia luce agregada a fs. 134/135. Todo, de conformidad con lo establecido en los arts. 198, 199, ss. y cc. del CPP.
- 2.- Tener por desistido el recurso de revisión interpuesto a fs. 92/94 por la defensa de Roberto Leandro Guardia Luciani (art. 460 del CPP).
- 3.- Imponer las por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo V.

Delitos contra la propiedad.

Robos y Hurtos.

CAPÍTULO V. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.

1- TOLEDO PEREYRA. 22-02-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE	-	EGT	A	-	CI CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 167 inc. 2, 164 y 55 CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Poblado y banda. Robo simple. Tentativa. Concurso real. Principio de la unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión e inhabilitación** absoluta por el tiempo de la condena como autor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia con concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, robo simple en grado de tentativa, todo en concurso real (arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 54, 167 inc. 2, 164 y 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2102, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes relacionados

- Alcaraz Ferrer. 22-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf

Parágrafos destacados

“...En este orden, considero que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración. En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219). Asimismo, que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la **unidad de la prueba** e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219)...”

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo.** (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06899754-7/1((018601-83029)). FC/ TOLEDO PEREYRA, MAUCO NAHUEL, NIETO JOFRE, SEBASTIÁN EZEQUIEL Y PARIHUAMAN HUAMAN, LUIS ENRIQUE P/ROBO AGRAVADO POR USO ARMA IMPROPIA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA (83029) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.*106146822*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06899754-7/1** caratulada **“F. c/ TOLEDO PEREYRA, MAUCO NAHUEL, NIETO JOFRE, SEBASTIÁN EZEQUIEL Y PARIHUAMAN HUAMAN, LUIS ENRIQUE P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

La defensa de Mauco Nahuel Toledo Pereyra interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.102, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de cinco años y seis meses de prisión e inhabilitación por todo el tiempo de la condena por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia con concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, robo simple en grado de tentativa, todo en concurso real (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 54, 167 inc. 2, 164 y 55 del Código Penal), que se le atribuye en las causas N° P-83.029/20 y P-5.137/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio entendió probado, con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria, y en el marco de la causa n° 83029/20, que «[e]l día 08 de Noviembre de 2020, aproximadamente a la hora 02:00, el menor Brandon Jofré caminaba por el interior del Parque Central, sito en calle Las Viñas y el Parral de Ciudad, específicamente por la colina del mismo, cuando fue sorprendido por tres sujetos, posteriormente identificados, como Maximiliano José Nieto Jofré ó Sebastián Ezequiel Nieto Jofré, Mauco Nahuel Toledo Pereyra y Luis Enrique Parihuaman Huaman, oportunidad en la que Parihuaman se paró frente a la víctima y le manifestó “dame todo”, a la vez que le propinó un golpe en la cabeza costado derecho, con una botella de fernet marca Branca de 750cc. Al mismo tiempo Toledo, le exhibió un gas pimienta, atento a ello, Jofré entregó a los sujetos su mochila color negro marca Nike, la cual contenía su teléfono celular marca Moto C de color negro, número 2612185693 de la compañía de Movistar, un paquete de cigarrillos, una campera blanca de “AFA” con líneas negras al costado. Allí la víctima corrió hacia una esquina del Parque Central y tocó el botón de pánico que se encontraba en el lugar, en tanto los sujetos se quedaron en el sitio del hecho. Minutos después personal de preventores y personal policial, arribaron al lugar, instante en que Jofré señaló a los tres sujetos que momentos antes lo habían abordado.

Allí, los sindicados, al verse descubiertos, arrojaron al pasto parte de la res furtiva, para luego darse a la fuga. Personal policial, salió en procura de los mismos, logrando la aprehensión de Toledo en calle Pellegrini y España de Ciudad, en tanto que Nieto, el cual llevaba en su bolsillo delantero derecho del pantalón un gas pimienta, y Parihuaman, el cual llevaba una botella de Coca Cola de 2.25cc. en su mano, fueron aprehendidos en calle 9 de Julio y Coronel Plaza de Ciudad».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes la declaración testimonial de Brandon Jofré, como así también las declaraciones de Priscila Celeste Gil Jofré, Justo Daniel Acevedo, Humberto Sebastián Gil, Damián Alejandro Lana, Sergio Javier Palacios, Jonathan Cuevas.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo con las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP.

Considera que el relato de la víctima Brandon Jofré es interesado, en tanto sostiene que luego de la denuncia inicial se mostró reticente para concurrir a las sucesivas citaciones.

Al respecto, estima que la declaración de la víctima, lejos de ser calificada como creíble, lo único que trae es la ratificación del interés que lo motivó a apretar el botón de pánico, esto es, recuperar sus pertenencias que se encontraban en el predio del parque central, lugar donde minutos antes había compartido con los tres sujetos señalados por él como autores del robo agravado, quienes permanecían en el sitio de manera pacífica.

Asimismo, considera que el sentenciante no valoró las declaraciones indagatorias, ni la declaración de Priscila Gil Jofré, única testigo del hecho en el que fueron parte Brandon Jofré y las hoy víctimas de su falsa denuncia.

En efecto, afirma que las declaraciones indagatorias coinciden con lo dicho por Priscila Gil Jofré, quien manifestó que Brandon Jofré se encontraba en el parque central junto a otras personas, entre ellas, quienes resultaron condenados en autos.

Argumenta que el sentenciante no consideró el posible acaecimiento de un hecho distinto al inicialmente relatado por la supuesta víctima, esto es que, según su parecer, Brandon Jofré sólo pretendía hacerse de sus pertenencias pero, por alguna razón no expuesta por él, no quiso o no pudo regresar al sitio donde las dejó voluntariamente, por lo que optó por denunciar un robo.

Por otra parte, sostiene que no se ponderó una prueba vital, esta es que Brandon Jofré no reconoció a Mauco Toledo en la rueda de reconocimiento. Al respecto, afirma que, la valoración de esta prueba era suficiente para considerar la inexistencia del hecho o, bien, la falta de intervención del acusado en cualquier suceso producido entre Brandon y los otros dos coimputados.

Por último, cita jurisprudencia que estima pertinente.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Al respecto, sostiene que el sentenciante realizó un análisis pormenorizado y minucioso de todo el plexo probatorio.

Así, estima que, de la lectura del recurso intentado, se puede afirmar que los agravios enumerados por el quejoso, más que vicios en la sentencia, reflejan su discrepancia, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración dada al plexo probatorio.

Por lo expuesto, entiende que debe rechazarse el recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero que no corresponde hacerle lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

Por un lado, la defensa refiere que el sentenciante no valoró las declaraciones del acusado, ni la declaración de la testigo Priscila Gil Jofré. Al respecto, entiendo que este argumento no resulta procedente. Paso a explicar.

En primer lugar, luego de reproducir los videos de las audiencias de debate y de observar las actuaciones de la investigación penal preparatoria, se advierte que el acusado Mauco Nahuel Toledo Pereyra no prestó declaración indagatoria, motivo por el cual el sentenciante no podría valorar una prueba que no fue producida, ni ofrecida.

En segundo lugar, surge de los fundamentos que la declaración de Priscila Gil Jofré fue valorada por el juez de la instancia anterior, aunque no en el sentido pretendido por la defensa. En efecto, la contundencia de los elementos de cargo obrantes en la causa no logra ser conmovida por la declaración de la testigo ofrecida por la defensa.

En este orden, considero que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración. En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] *los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]*» (L.S. 388-219). Asimismo, que «*el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados*» (L.S. 388-219).

Por otro lado, considero que la cuestión destacada por la defensa, en cuanto a que «*no se ponderó una prueba vital, esta es que Brandon Jofré no reconoció a Mauco Toledo en la rueda de reconocimiento*», no resulta en nada relevante a los fines pretendidos, debido al solido caudal probatorio que sustenta la acusación y que fue debidamente valorado por el sentenciante.

En efecto, el testimonio de la víctima se encuentra corroborado por otras pruebas que hablan a favor de la existencia del robo y la responsabilidad del acusado. Ellas son, las declaraciones testimoniales del Oficial de la Policía de Mendoza David Jonathan Cuevas y del Auxiliar de Policía Sergio Javier Palacios Barraza, que dan cuenta de la existencia material del hecho y la participación punible del acusado.

En este sentido, debe decirse que el primero señaló que las características y la vestimenta del sujeto que aprehendieron coincidían con las que les habían suministrado desde el CEO del autor del hecho. La más importante era que tenía puesta una gorra de color rosado, tal como lo manifestó la víctima con respecto al sujeto que tenía el gas pimienta en su mano.

Por su parte, el segundo refirió, en igual sentido, que el sujeto que aprehendieron tenía las mismas características y la misma vestimenta que habían pasado desde el CEO. La más destacada era una visera, tipo gorra, de color rosado.

También resultaron elementos de cargo valorados por el juez de la instancia previa el acta de procedimiento de fs. 1, acta de aprehensión de fs. 3, acta de vestimenta y descripción morfológica de fs. 37, acta de requisa de persona de fs. 57 y acta de secuestro de fs. 96, de las que surge que las características fisonómicas y de vestimenta de Mauco Nahuel Toledo Pereyra coincidían con las características aportadas por la víctima como uno de los autores del hecho.

En este aspecto, debe señalarse que la víctima describió al sujeto que le pegó con la botella de «Fernet» en el rostro como de baja estatura, de aspecto peruano, con una remera de color blanca y ojotas.

Por su parte, y en relación con el sujeto que llevaba el gas pimienta refirió que tenía colocada una visera de color rosada y que llevaba un morral o riñonera con la inscripción de River Plate. Finalmente, en cuanto al tercer sujeto, señaló que llevaba una campera de color roja y negra.

A su vez, conforme surge del acta de procedimiento de fs. 1, Toledo Pereyra, al momento de su aprehensión, tenía puesta una gorra de color rosada de tela.

En el mismo sentido, del acta de requisa de fs. 57, surge que al acusado le secuestraron la gorra rosada y riñonera de color negra con el escudo de River Plate.

Por tal motivo, estimo que el relato de la víctima Brandon Jofré no es interesado, tal como sostiene la defensa, en tanto se encuentra acreditado por la prueba instrumental anteriormente referida, la que fue debidamente incorporada en el debate.

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO. D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso

de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO. D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO. D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mauco Nahuel Toledo Pereyra.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Dr. Valerio. Dr. Adaro. Dr. Palermo no suscribe por encontrarse en uso de licencia.

2- LINEROS LAGOS. 28-02-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230228_FcLLL.pdf

Lex: Art. 164, 42, 89, 55 y 26 del CP

Vox: Robo simple. Tentativa. Concurso real. Lesiones leves dolosas. Valoración de la prueba. Calificación legal. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses de prisión** como autor del delito de robo simple en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves (arts. 164, 42, 89 y 55 C.P), con el beneficio de la suspensión en el cumplimiento de la pena (art. 26 C.P).

El **MPF** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1352, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Parágrafo destacado

“...En primer lugar, porque la motivación de la sentencia, es suficiente a los fines de su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 354-218, 392-94, 397-177, entre otros), lo que en el caso de autos no ocurre. En efecto, el juez de la instancia previa se basó en las pruebas rendidas, que fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no ha logrado demostrar el impugnante...”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-05710175-4/1((028601-91728)). FC/ LINEROS LAGOS LEANDRO EMANUEL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105895248*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05710175-4/1caratulada “**F. C/ LINERO LAGOS, LEANDRO EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero, **DR. OMAR A. PALERMO**.

El Fiscal de la Unidad Fiscal Departamental Fiscalía de Instrucción N° 2 de San Rafael, Mendoza, interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.352, en tanto condena a Leandro Emanuel Linero Lagos a la pena de dos años y seis meses de prisión como autor del delito de robo simple en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves (arts. 164, 42, 89 y 55 C.P), con el beneficio de la suspensión en el cumplimiento de la pena (art. 26 C.P). Este pronunciamiento fue dictado por la Sala Unipersonal N° 1 el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en los autos n° P-91.728/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sentenciante consideró probado que el 6 de diciembre de 2020 a las 13.50 horas Leandro Sánchez Ceschín se acercó al lugar en que se encontraba pernoctando el acusado, en calle Rawson hacia el norte de calle Núñez de San Rafael. Allí se produjo un intercambio de palabras entre ambos, procediendo Sánchez Ceschín a arrojarle algunas pertenencias al primero, lo que motivó que Linero golpeará con un escobillón de plástico a Sánchez en la nuca, ocasionándole un hematoma occipital de tres centímetros. Seguidamente, Sánchez se fue del lugar hacia el sur por Rawson, llamando por teléfono al 911, siendo seguido por el acusado. Luego Sánchez hizo unos quinientos metros hacia el sur, haciéndole señas a Antonella Corales y Néstor y Ana Leiva, que estaban en el lugar. El acusado le dio alcance a Sánchez y comenzó a golpearlo con una varilla o rama en la espalda varias veces, para luego propinarle golpes de puño en el rostro, lo que le ocasionó un gran hematoma en el pómulo izquierdo, tirándolo al suelo. El acusado a continuación le arrebató el celular a Sánchez, que guardaba en uno de los bolsillos del pantalón. Linero se fue hacia el norte, rumbo al lugar donde pernoctaba, siendo seguido por Sánchez que le exigía la devolución del celular. En un momento dado, el imputado se ocultó en el interior del canal, siendo aprehendido a los pocos minutos por personal policial, que lo sorprendió con el celular en una mano y la remera en la otra, haciendo entrega en forma espontánea del celular.

En el primer tramo de los hechos consideró el sentenciante, que Sánchez se acercó al lugar donde dormía la siesta el acusado y le comenzó a arrojar sus pertenencias al canal, lo que generó que éste lo golpeará produciéndole lesiones.

En un segundo tramo, tiene por probado que Sánchez se fue caminando del lugar hacia el sur, siendo seguido por el acusado. Sánchez llamó al 911 dando cuenta de ello. A unos quinientos metros, Sánchez fue alcanzado por el acusado, quien comenzó a golpearlo con una rama en la zona de la espalda para luego propinarle golpes de puño en el rostro y arrojarlo al piso, lo que fue parcialmente observado por los testigos Corales, Leiva y Serpa. El acusado comenzó a forcejear, logrando sacarle un celular que Sánchez tenía en el bolsillo del pantalón, dándose a la fuga hacia el lugar donde pernoctaba, siendo seguido por Sánchez hasta que el acusado se ocultó en el interior del canal y a los pocos minutos fue aprehendido por personal policial, a no más de sesenta metros del lugar en que se ocultó, entregando espontáneamente el celular.

2.- Recurso de casación

El fiscal aduce que la sentencia es nula, dado que no se observaron en ella las reglas de la sana crítica racional. Se agravia especialmente por la arbitrariedad con la que fue valorada la prueba, extremo que generó la errónea aplicación del derecho sustantivo.

Indica que no se examinó la prueba de manera conjunta y que se adoptó sin más, una posición favorable a la defensa.

Se queja en particular, porque el juez de la instancia anterior determinó que Sánchez provocó a Linero arrojándole sus pertenencias al cauce, para lo cual consideró a éste como sincero y a Sánchez como mentiroso.

Al respecto, refiere que Linero dijo que estaba durmiendo la siesta y al despertar encontró a Sánchez tirándole el colchón y otras pertenencias al canal, por lo que se ofuscó y lo golpeó tres veces en la nuca con un palo de escobillón. Como estaba muy enojado lo siguió hasta alcanzarlo, lo golpeó de nuevo tres veces en la espalda hasta que se quebró la varilla con la que lo golpeaba. Luego, lo arrojó al suelo, donde lo golpeó con los puños y le sacó el celular del bolsillo, versión que el representante del Ministerio Público Fiscal no comparte.

Funda su disconformidad, en que no se confrontó esa prueba con el resto, por ejemplo, con los dichos de la víctima sobre que Linero había querido abusar de él. También resalta que en el acta de procedimiento no consta que el acusado mencionara que la víctima le hubiera arrojado sus cosas al canal.

Agrega que el personal policial que aprehendió a Linero tampoco relató que el acusado hubiera dicho que la víctima lo provocó de esa manera, cuando fueron interrogados por el ayudante fiscal que hizo la inspección ocular del lugar.

De tal manera, considera que fue arbitrario tener como veraz la versión sobre este tramo de los hechos, omitiendo valorar lo declarado por la víctima en el sentido que podía tener animosidad previa contra él, sin que fuera provocado ese día.

Otro agravio se centra en que el juez de la instancia anterior tuvo por cierto que las lesiones en el rostro de la víctima se debieron a golpes de puño, refiriendo que Sánchez no estaba atento y desestimando por ello sus afirmaciones en el sentido que fue golpeado con un palo.

Relata que según el juez, la víctima dijo que el acusado lo golpeó con un palo grueso en la cara, en la zona de la sien y que no recibió golpes de puño. A su vez, el acusado dijo que lo golpeó con una varilla varias veces en la espalda y que ese elemento se quebró, agregando además que cuando le quitó el celular lo golpeó con el puño en la sien.

El juez dijo que esa versión estaba corroborada por los testigos Corales y Serpa y con el informe del Dr. Barrera y la explicación que brindó el médico en el debate.

Según el recurrente, cuando el juez de la instancia anterior consideró que la víctima se equivocó sobre dónde y con qué lo golpeó el acusado, omitió que Sánchez dio una declaración precisa sobre los hechos, sin indicios de mendacidad y con detalles, como que le colocó una rodilla sobre su cuello.

Agrega que la víctima ya había sido atacada momentos antes por Linero, quien lo había golpeado en la nuca con el mango de un escobillón y que lo había perseguido quinientos metros, que como era inminente que lo alcanzara Sánchez llamó primero al 911 y luego se acercó al lugar donde se bañaban Corales, Serpa y unos niños, pidiendo auxilio.

Por estos motivos, el recurrente descarta que Sánchez estuviera desatento o que haya sido sorprendido al recibir los golpes con un palo por parte de Lineros, en forma tal que no pudiera recordar en qué lugar del cuerpo recibió esos golpes.

Destaca asimismo que el juez omitió que el médico forense en el debate dijo que la herida que ocasionó el gran hematoma en el rostro, pudo haber sido causada por un palo de considerable diámetro y no por una varilla, de donde emerge que Linero le propinó el primer golpe en el momento de pretender apoderarse del teléfono en el rostro, con un palo, ocasionándole un gran hematoma en el pómulo y clavándole algunas espinas en el rostro, lesión que llevó al profesional a solicitarle placas radiográficas para descartar una posible fractura de los senos nasales.

Sobre los vicios *in iudicando* dice el recurrente que tanto los hechos que consideró probados el juez como los sostenidos por la acusación, son subsumibles en el delito de **robo agravado por el uso de arma**.

Si bien considera que los hechos que estimó probados el juez son menos graves que los que sostuvo el Ministerio Público a su cargo, aún en ellos, no se encuentra justificada la calificación en lo referente a la eliminación de la circunstancia agravante del uso de arma y a la consumación de los hechos.

Con relación al uso de armas, alega el recurrente que el acusado admitió que persiguió a la víctima hasta alcanzarla y la golpeó con un elemento contundente varias veces hasta tirarla al piso y allí le sacó el celular para huir.

De esto deriva que usó un elemento contundente para aumentar su poder ofensivo y provocar su indefensión para sustraerle el teléfono.

Sobre la consumación se queja porque la víctima persiguió al acusado hasta que se arrojó al canal, donde lo perdió de vista, dadas las malezas que hay en el canal.

Señala que Linero no entregó voluntariamente el celular, sino que la policía lo halló oculto dentro del canal y le exigieron que saliera. No salió al cruce del móvil policial para entregar espontáneamente el celular. Una persona que se apodera de bienes ajenos y es sorprendido por la policía no desiste voluntariamente del delito.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso interpuesto por el fiscal impugnante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan,

entendiendo que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado.

En primer lugar, porque la motivación de la sentencia, es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación. Ello, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 354-218, 392-94, 397-177, entre otros), lo que en el caso de autos no ocurre.

En efecto, el juez de la instancia previa se basó en las pruebas rendidas, que fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no ha logrado demostrar el impugnante.

Asimismo, no ha mencionado pruebas decisivas entre las que, a su entender, fueron erróneamente valoradas, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 416 CPP, sino probanzas carentes de relevancia, esto es, sin aptitud para que se modifique la decisión final.

Entre ellas, puede citarse la circunstancia que el juez de la instancia anterior, no tuvo en cuenta que el denunciante conocía con anterioridad al acusado, quien habría intentado abusar de él en otra oportunidad. O bien, que no consideró que más allá de la declaración de Linero, no existe otra constancia –acta de procedimiento, testimonio del personal policial interviniente–, que dé cuenta que Sánchez le arrojó las pertenencias del acusado al canal, extremo éste que tampoco es dirimente a los fines precedentemente explicitados.

Además, la apreciación del representante del Ministerio Público Fiscal sobre que el juzgador le confirió credibilidad al acusado, «[...] *considerando por ello mentiroso a Sánchez* [...]» (recurso, fs. 91), así como que adoptó sin más una posición favorable a la defensa, evidencian un mero desacuerdo con la ponderación del material probatorio, lo que lo que configura un motivo más por el que el recurso debe ser desestimado, según ha dicho esta Sala con anterioridad (L.S. 400-240, 407-155, 333-64).

Estimo oportuno destacar en este punto, que a criterio del recurrente «[...] *no existirían diferencias medulares entre los hechos que estimó probados el señor Juez y los que fueron objeto de la teoría del caso de la acusación* [...]» (recurso, fs. 100 vta), por lo que la petición de nulidad de la sentencia formulada por el impugnante en la primera parte del recurso de casación, constituye un formalismo excesivo.

En este sentido se ha expedido esta Sala con anterioridad, estableciendo que las nulidades no pueden ser declaradas en el solo beneficio de la ley, toda vez que **«la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes»**, (L.S. 331 fs. 40, entre otros), agravio que en la especie no se ha verificado.

Por otra parte, el representante fiscal luego de expresar su conformidad con las lesiones leves en la que se ha encuadrado parte de la conducta del acusado, requiere que en esta instancia se califique a los hechos como robo agravado por el uso de arma consumado.

Con relación a la agravante de uso de arma contenida en la acusación, se debe resaltar que de la revisión efectuada, surge que no hay pruebas suficientes que avalen que para sustraer el celular de la víctima se usó además de golpes de puño, algún elemento que pudiera aumentar la capacidad ofensiva de Linero.

Arriba a esa conclusión, por cuanto el palo, rama o varilla –de acuerdo a las distintas versiones reunidas en la causa– con el que Linero golpeó a Sánchez, no le dejó marcas en el cuerpo, extremo éste que no permite que sea considerado como arma.

Efectivamente, al no haber sido secuestrado, la única forma de probar en el caso concreto, su idoneidad como arma, es la lesión que produjo en el cuerpo de la víctima. Y al no haber lesión, arribo a la conclusión que no constituyó en la especie, un objeto apto para aumentar la capacidad ofensiva del acusado.

Al respecto, tengo en cuenta que el Cuerpo Médico Forense certificó por escrito que el denunciante presentó un gran hematoma en el pómulo izquierdo y un hematoma occipital de 3 centímetros, lo que coincide con los golpes en la zona de la nuca calificados como lesiones leves.

En este punto debo apuntar que de la reproducción del registro audiovisual de la audiencia en la que declaró el firmante de dicho certificado, doctor Barrera, no surge que este profesional médico asevere en forma contundente que ese gran hematoma en el pómulo izquierdo haya sido ocasionado por algo distinto a un muy fuerte golpe de puño.

Es más, de acuerdo a las explicaciones que dio, es acertada la conclusión que expone el juez de la instancia previa, en el sentido que de haber sido golpeado Sánchez con un palo «*bien grueso*» –como dijo la víctima–, se hubiera producido una ruptura o corte en la piel (fundamentos, fs. 82), lo que no ocurrió.

De lo hasta acá narrado queda claro que se ha configurado una situación de duda, correspondiendo aplicar el art. 2 CPP, en tanto dispone que al momento de dictar sentencia se debe estar a lo más favorable para el acusado, solución que en el caso de autos, coincide con la decisión adoptada por el juez de la instancia anterior, que debe confirmarse.

Por el mismo motivo, considero que el robo quedó en grado de tentativa, dado que Linero fue aprehendido a los pocos minutos de haber sustraído el celular de Sánchez, y a escasa distancia –no más de cincuenta metros– del lugar que éste le indicó al personal policial que se hizo presente, en el interior del canal de calle Rawson.

Dicho en otras palabras, el acusado no alcanzó a quitar el teléfono del ámbito de custodia de la víctima ni pudo disponer del mismo, por lo que el robo que se le endilga no llegó a consumarse.

Por lo tanto, y habiendo mantenido el recurso el Procurador General, corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada, y confirmar la sentencia recurrida, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de la Unidad Fiscal Departamental, Fiscalía de Instrucción N° 2 de San Rafael, Segunda Circunscripción Judicial.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de febrero de 2023.-*

3- ROJAS ZUÑIGA. 13-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf

Lex: Art. 165,47 del CP

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Dolo. Participación primaria. Participación secundaria. Convergencia intencional.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión**, con costas y accesorias legales, por considerársele partícipe primario penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, previsto y penal por el art. 165 del Código Penal.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2191, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Homicidio en ocasión de robo.

- Ramírez. 20-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>
- Oro. 26-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf
- Barrionuevo Tarragona. 03-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- González Zacca. 25-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf
- Narambuena. 04-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Narambuena.pdf
- Vildoza Soria. 15-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=856>
- Rojas Zúniga. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcRZH.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

Ver Capítulo I. Delitos contra las personas.

4- DIAZ GONZALEZ y ots.. 13-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcDGE.pdf

Lex: Art. 167, inc. 2°, art. 166 inc. 2°, 3° párrafo y art. 54 del CP

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Concurso ideal. Arma de fuego no apta. Unificación de pena. Derecho al recurso. Momento consumativo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** –la que fue unificada con la dictada en el marco de la causa nº 19.206–, resultando una pena única de **catorce años y seis meses de prisión**- como autor responsable del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada (art. 167, inc. 2°, art. 166 inc. 2°, 3° párrafo y art. 54, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2661, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Derecho al recurso

- Ledesma Barrera. 23-02-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180223_FcLBJ.pdf
- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf

Momento consumativo.

- González Araya 15-08-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Precedentes relacionados.

Momento consumativo.

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Diaz Tapia. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=41>
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Rodríguez Chambi. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_Fc_Rodriguez.pdf
- Moyano Montoya. 04-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcMoyano.pdf
- Guerra Mora. 29-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf
- Segura Muñoz. 25-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=548>
- Carrizo Pallero: 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=675>

- Escobedo. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Rodríguez. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- Ruggieri. 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Diaz González. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcDGE.pdf
- Contreras. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcCOR.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06896891-1/1((038601-49985)). F. C/DIAZ GONZALEZ, ESTEBAN Y CORNEJO, MICAELA MARÍA P/ ROBO AGRAVADO (49985) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106144208*

En Mendoza, a los trece días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-06896891-1/1**, caratulada **“F. c/ DÍAZ GONZÁLEZ Y CORNEJO MARTÍNEZ S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**; segundo, **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero, **DR. OMAR A. PALERMO**.

La defensa técnica de Esteban Ariel Díaz González interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la Sentencia N° 2.661 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión –la que fue unificada con la dictada en el marco de la causa n° 19.206– a.170.327, resultando una pena única de catorce años y seis meses de prisión- como autor responsable del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada –causa P-49.985/20– (art. 167, inc. 2°, art. 166 inc. 2° aptdo. 3° y art. 54, todos del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que el «[...] *el día 5 de Julio de 2020, siendo las 08:45 horas aproximadamente, en momentos en que la víctima Enrique Antonio Inocente Abejes se encontraba en su local comercial de razón social “Granjeros del Este” ubicado en Calle Sargento Cabral y Calle Tomas Thomas, de San Martín, Mendoza, quiénes luego fueran identificados como Esteban Ariel González Díaz y un sujeto masculino NN –no habido ni identificado hasta el momento– arribaron al lugar a bordo de un vehículo automotor marca Ford, modelo Fiesta, dominio BFI 842, de color bordo, con vidrios polarizados; una vez en su interior, mientras una mujer NN, no habida ni identificada, se quedó en la parte de adelante del negocio trabando la puerta de acceso y rompiendo las cámaras de seguridad; Esteban Ariel González Díaz y un sujeto NN portando un arma de fuego de color plateado, a punta de arma llevaron a la víctima a la parte del fondo del local, le tiraron al piso, previo golpearle con la culata del arma en la cabeza, le pusieron boca abajo, le ataron con un cable, dañaron el disco rígido de las cámaras de seguridad, y le sustrajeron dinero y cigarrillos y se fueron del lugar con la res furtiva en su poder a bordo del vehículo descripto, el cuál posteriormente abandonaron en una obra en construcción sobre calle San Juan n° 1084, de San Martín, Mendoza» (véase audiencia del día 24 de mayo de 2022, min. 27 ss.).*

Para decidir en tal sentido, el juez valoró la declaración de la víctima, Enrique Inocente, los testimonios de

Carlos Ocaña, Rubén Martínez, Daniel Caligole y María de los Ángeles Ruiz, así como las manifestaciones del propio acusado, Díaz González. Además, la prueba instrumental debidamente incorporada al proceso, el reconocimiento positivo del acusado en rueda de personas, el secuestro del automóvil con el que se trasladaron los sujetos que perpetraron el hecho y el informe del Cuerpo Médico Forense que constata las lesiones sufridas por la víctima.

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En ese sentido, sostiene que la sentencia se basa única y exclusivamente en el sistema de la libre convicción, siendo que corresponde evaluar las cuestiones sometidas a decisión con base en el sistema de la sana crítica racional.

Acto seguido hace referencia a reglas y principios que deben guiar el razonamiento del juez para que la sentencia sea motivada. Postula, en consecuencia, que dichas reglas y principios no han sido aplicados al caso de autos.

Finalmente, sostiene que existió prueba incorporada al debate que no fue considerada por el magistrado sentenciante, lo que sería un elemento más a considerar en orden a determinar la arbitrariedad de la sentencia.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que corresponde, si bien el recurso de casación formulado procede formalmente, corresponde su rechazo en el fondo. Por ello, entiende que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada (véase expte. digital).

Considera que el planteo de la defensa se presenta como una enunciación genérica de conceptos y expresiones que se efectúan en abstracto, sin especificarse cuál es el vicio o defecto que se detecta en la sentencia. Es decir, entiende que la defensa no concreta en ningún momento la expresión de motivos de los agravios enunciados.

De tal manera, estima que el recurso no cumpliría con lo establecido por el art. 480 del CPP. No obstante, en el dictamen referido se analiza la sentencia y se descarta que pueda padecer algún vicio en su motivación.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria.

De manera preliminar, y en línea con lo advertido por el Procurador, entiendo que el recurso defensivo – además de poseer numerosas erratas y mencionar artículos referidos a delitos sexuales no vinculados a la acusación que pesa sobre Díaz González y que carecen de todo vínculo con el trámite de la causa– contiene una enunciación genérica de consideraciones.

En efecto, la defensa enuncia una serie de principios y reglas que habrían de guiar el razonamiento del juez para que sus sentencias sean motivadas. Pero, en ningún momento, estos lineamientos son utilizados,

en concreto, para analizar la sentencia que se critica, a la luz de la prueba obrante en la causa.

En este sentido, los subtítulos que atraviesan el cuerpo del escrito, a saber «*La aplicación de los principios enunciados al caso. Los agravios que genera a mi defendido la sentencia en el recurso*» (p. 10) o «*La prueba incorporada al debate y no considerada por el magistrado – La arbitrariedad*» (p. 11), no contienen ninguna referencia a la prueba obrante en la causa o a motivos concretos que pudiesen invalidar la sentencia en tanto acto jurisdiccional.

Más allá, de que el recurso defensivo no permita aproximarse a la sentencia de una manera crítica, orientando respecto a posibles agravios que pudieran perjudicar la situación procesal de Díaz González, corresponde revisar la razonabilidad de la condena a la luz de los hechos probados y el derecho aplicable. Todo ello, con el objeto de garantizar el derecho al recurso del acusado (ver, al respecto y en lo pertinente, «**Ledesma Barrera**» y «**Téves Lucero**», entre otros).

Anticipo, en este sentido, que **no se advierten visos de arbitrariedad** en el razonamiento del juez sentenciante. De la compulsión de los registros fílmicos y del hilo argumentativo concretado oralmente por el juez de la instancia previa en la audiencia del día 24 de mayo de 2022, surge que sus conclusiones se basaron en las declaraciones de la víctima, Enrique Inocente, de los testigos Carlos Ocaña, Rubén Martínez, Daniel Caligole y María de los Ángeles Ruiz, así como de la valoración de las manifestaciones del propio acusado, Díaz González. Especial relevancia cobró el reconocimiento positivo en rueda de personas del acusado por parte de Carlos Ocaña y el secuestro del automóvil con el que se trasladaron los sujetos que perpetraron el hecho.

En este orden, el juez colocó en un lugar central de su razonamiento al testimonio de la víctima, quien relató que el día de los hechos, pocos minutos de abrir su comercio en la ciudad de San Martín, entró una mujer y después dos muchachos que lo encerraron en la parte de atrás del negocio y lo golpearon en la cabeza con una culata o bien con un puño. Él les dijo que no lo lastimaran porque estaba operado de la hernia y en ese momento los sujetos se detuvieron (min 8:00 y ss. de la audiencia referida).

Este testimonio fue considerado verosímil, sincero y coherente (min. 29:00), descartándose que pudiese existir intención alguna de perjudicar al acusado. Como ejemplo de este temperamento, el juez mencionó que la víctima se mostró dubitativa respecto a si el golpe había sido con la culata del arma o con un puño. Igualmente, valoró como un indicio de verosimilitud y ausencia de encono para con los asaltantes, el hecho de que revelara que no había podido identificar a la mujer.

No obstante, fue categórica la víctima en relación con la existencia del arma, la cantidad de intervinientes y que se llevaron dinero y cigarrillos de su negocio antes de darse a la fuga. A partir de aquí –y del testimonio de Carlos Ocaña, uno de los empleados del local que ingresó durante la ejecución del robo y alcanzó a llamar al 911, quien también hizo referencia a un arma de fuego– el juez consideró que debía considerarse que en el hecho se había utilizado un arma cuya aptitud para el disparo no puede de ningún modo tenerse por acreditada. El testimonio de la víctima, junto con el de Carlos Ocaña, permitieron entonces determinar la dinámica del hecho no sólo respecto a la modalidad del asalto, sino también a la existencia de la banda.

Vale decir que el acusado al declarar también reconoció su intervención en el hecho, en particular, que utilizó un arma de fuego, pero cargada con balas de fogeo. Dijo estar arrepentido, que no golpeó a la víctima y que no alcanzó a sustraer ninguna suma de dinero.

Por otra parte, Carlos Ocaña participó de un reconocimiento en rueda de personas (véase f. 122 expte. digital) que arrojó resultado positivo en relación con el acusado.

Además, otro indicio de autoría fue que el rodado en el que se dieron a la fuga los asaltantes era un Ford Fiesta color bordó que Díaz González le había pedido prestado ese mismo día a su suegro, Carlos Cornejo, quien declaró en sede de debate y confirmó este extremo. Finalmente, las lesiones sufridas por la víctima fueron constatadas por personal del Cuerpo Médico Forense.

De esta manera, entiendo que no existen dudas respecto de la dinámica del hecho y de la autoría del acusado. Se discutió en sede de debate sobre el grado de realización del delito. Mientras la defensa sostuvo que el acusado no consiguió llevarse ninguna de las pertenencias de la víctima, pues fue sorprendido por Carlos Ocaña, el juez consideró probada la hipótesis de la acusación en orden a que la sustracción se consumó, pues la víctima verificó que le faltaba dinero –poca cantidad, pues había abierto el local recientemente– y sus cigarrillos.

El juez puso de relieve que no tenía motivos para dudar del testimonio de Enrique Inocente y, por el contrario, le restó valor a la declaración de Díaz González, quien negó que había golpeado a la víctima –explicó que se cayó durante el forcejeo– y rechazó que pudiera llevarse dinero o cigarrillos el día del hecho. Para el tribunal de juicio, este fue un intento de beneficiarse que no se basaba en ninguna prueba objetiva que permitiera tomar como verosímiles las explicaciones brindadas por el acusado.

En suma, de acuerdo con lo anterior, el autor desposeyó a la víctima y tuvo posibilidad segura de disposición de las cosas robadas –ello en tanto fue detenido días después de ocurrido el hecho–, considerándose el **delito consumado** para cualquiera de las posiciones asumidas por esta Sala al respecto –ver, al respecto, «**González Araya**»–.

Por último, la pena impuesta, cuatro años y medio de prisión, se encuentra dentro de la escala penal de los delitos atribuidos, así como por debajo del máximo de pena pedido por el Ministerio Público Fiscal –que solicitó seis años y seis meses de prisión–.

Esa pena fue impuesta, de manera fundada, de acuerdo con lo dispuesto por art. 40 y 41 del CP y unificada, con aplicación del método compositivo, en la pena única de catorce años y seis meses de prisión en efectivo.

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Esteban Ariel Díaz González y convalidar la sentencia condenatoria n° 2.661 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Dr. Adaro. Dr. Valerio. Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 13 de marzo de 2023.-

5- ALMONTE. 29-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf

Lex: Art. 166 del CP. Art. 201 inc. 4°, 202, 197, 207, 314, 229 del CPP. Art. 1 de la ley 8008, reformado por ley 8911. Ley 27411 -que ratifica el Convenio de Budapest.

Vox: Robo. Extracción de datos. Derecho a la intimidad. Nulidad. Nulidades genéricas. Nulidades específicas. Exclusión probatoria. Plenario. Impugnabilidad objetiva. Geolocalización de los teléfonos celulares. Doctrina de terceros. Renuncia a su expectativa de privacidad.

Summa:

El **TPC** ordenó **declarar la nulidad de los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares** realizados por el Ministerio Público Fiscal, así como de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías que autorizó las medidas y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

El **MPF** interpone recurso de casación contra el auto dictado por el TPC N° 1-1° CJ. Ello, en tanto hizo lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado por las defensas de Almonte y Luna.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto.

La **SCJM** resolvió: rechazar *in limine* la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Alonso sobre la audiencia de informe oral; desestimar la solicitud de cese de la prisión preventiva requerido por la defensa el acusado Alonso. Asimismo, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y, en consecuencia, anular la audiencia de apelación desarrollada y el auto dictado, remitiendo en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al TPC a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia de apelación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado (10-11-22) por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ibáñez Benavidez. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Mopardo Dupox. 18-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Tizza. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Mercado Carrizo. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMCM.pdf
- D'Ascanio
- Colaiacovo. 19-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210419_FcColaiacovo.pdf
- Prieto Franco. 08-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210708_FcPrieto.pdf
- Lima
- Oropel. 01-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200701_FcOropel.pdf
- Orihuela Soto. 17-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211217_FcOSJ.pdf
- Sánchez Gutiérrez. 30-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210630_FcSGA.pdf

b-Estados Unidos.

- United States v. Jones
- Ryley v. California
- Carpenter
- United States v. Hambrik. 2000

<https://law-justia-com.translate.goog/cases/federal/district-courts/FSupp2/55/504/2376421/? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc>

c-CSJN

- Halabi. 24-02-09: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/37/documento>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6625571&cache=1647258848267>
- Charles Hnos. (Fallos, 46:36)
- Daray.
- Francomano. (Fallos 310:19)
- Rayford. (Fallos 308:733)
- Minaglia.
- Giroldi.

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giroldi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf>

CIDH

- Bulacio vs. Argentina. 18-09-03:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Escher y ots. Vs. Brasil. 06-07-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
- Tristán Donoso vs. Panamá. 27-01-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf

Cámara Nacional de Casación Penal

- Quinteros.

Doctrina citada.

SAGÜES, Néstor Pedro, “*Elementos de Derecho Constitucional*”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782, con referencia al fallo “Daray” de la CSJN, sobre la existencia de “un curso de prueba independiente

TRAVIESO, Juan A., «En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”», La Ley, suplemento del 22 de marzo de 2019

ROMERO, Sebastián, «Los registros de comunicaciones telefónicas (sábanas) en la investigación penal: otro capítulo sobre la permanente tensión entre tecnología y privacidad», Revista de Derecho Procesal

Penal 2011-2. La investigación Penal Preparatoria –II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 327 y ss.

LLERA, Carlos Enrique, «¿Puede el fiscal requerir el listado de llamadas telefónicas entrantes y salientes en las causas delegadas del art. 196 del CPP?», LL-2011 B- 763/764).

PAWLIK, Michael, Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 36 37.

NINO, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 333.

BOBBIO, Norberto Teoría general del derecho, Ed. Temis, Colombia, pp183 y 175.

ADARO, Mario y ots, en **CORVALÁN**, Juan G. (director), Tratado de Inteligencia artificial y Derecho, Ed. Thomson Reuters, Bs As, 2021, tomo 1, págs. 405 y 406.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Investigación y prueba del narcotráfico, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 309.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, «Aplicación del principio de calidad en el tratamiento de los datos personales en un caso de informes crediticios», La Ley, Sup. Const., 18/2/2014, 57; 2014-AS, 341

CORVALÁN, Juan G, Perfiles Digitales Humanos, Ed. La Ley, CABA, 2020.

SCJM. Dra. **Day**. Dres. : Palermo. (Disidencia parcial). Valerio. Gómez. Adaro. Llorente. Garay. **Plenario**.

Fallo:

CUIJ: 13-07116903-5/1((018601-85765)). FC/ ALMONTE SANCHEZ LUCIANO EMANUEL, LUNA MEDINA CARLOS ROQUE, MEDINA ROBERTO MAURO, LUNA AMAYA LUCAS ENZO, CORIA MURATORE LUCIANO ANDRES, WEISS ALONSO ALEJANDRO EXEQUIEL P / ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO DE CASACIÓN. *106286083*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07116903-5/1 caratulada **“F. c/ ALMONTE SÁNCHEZ LUCIANO EMANUEL, LUNA MEDINA CARLOS ROQUE, MEDINA ROBERTO MAURO, LUNA AMAYA LUCAS ENZO, CORIA MURATORE LUCIANO ANDRÉS Y WEISS ALONSO ALEJANDRO EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra el auto dictado en fecha 10 de noviembre de 2022, y sus fundamentos, emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto hizo lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado por las defensas de Almonte Sánchez, Luna Medina, Medina Luna y Luna Amaya, y, en consecuencia, ordenó declarar la **nulidad de los pedidos de extracción de datos** de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y 484/486 de los autos P-85.765/20 -y sus correlativos en las causas acumuladas-, así como de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías que autorizó las medidas a fs. 311 y 487 y vta. -y sus correlativos en las causas acumuladas- y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DRA. MARÍA TERESA DAY**, segundo, **DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO**, tercero, **DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO**, cuarto, **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**, quinto, **DR. MARIO DANIEL ADARO**, sexto, **DR. PEDRO JORGE LLORENTE**, séptimo, **DR. DALMIRO GARAY CUELI**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, este Tribunal en pleno se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente la nulidad interpuesta por la defensa del acusado Luciano Andrés Weiss Alonso respecto de la audiencia de informe oral?

SEGUNDA: ¿Es procedente el cese de la prisión preventiva solicitado por la defensa respecto del acusado Luciano Andrés Weiss Alonso?

TERCERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

CUARTA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

QUINTA: Pronunciamiento sobre costas.

1° cuestión: Voto Dra. Day. Preopinante.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

En relación con la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Weiss durante la audiencia de informe oral, corresponde señalar que no resulta procedente por ser manifiestamente improcedente.

Doy razones.

La letrada cuestionó la realización de la audiencia celebrada a los términos del art. 480 de la ley adjetiva, entendiendo que la vía impugnativa articulada por la parte recurrente resultaba formalmente improcedente.

Fundó su pretensión en la falta de impugnabilidad objetiva del decisorio censurado, dado que el mismo no se trata de una sentencias definitivas ni de un auto que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas (conf. **art. 475 del CPP**).

Agregó que de ningún modo podía considerarse que la decisión del tribunal de la instancia previa signifique la extinción del curso de la acción penal, dado que las nulidades declaradas sobre actos procesales cumplidos durante la investigación penal preparatoria no determinaron el dictado del sobreseimiento de su representado –ni de ningún otro de los coimputados-, sino sólo la conformación de un nuevo cuadro probatorio sobre el cual, el Ministerio Público Fiscal debía evaluar el mérito convictivo en cada una de las causas tramitadas.

Según entiendo, el planteo así formulado debe rechazarse *in limine*.

Ello por cuanto, conforme surge de la compulsa de los autos principales, la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria bajo revisión se encuentra resuelta por la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia quien, por mayoría de votos, en fecha 16 de febrero de 2023 decidió admitir la queja interpuesta por la acusación pública contra la resolución que declaró formalmente inadmisibile el recurso extraordinario de casación formulado.

Pronunciamiento que, a la fecha, luego de las notificaciones de rito, no ha sido materia de impugnación por los interesados dentro del plazo de ley. Por lo cual, se encuentra firme.

En razón de lo expuesto, el planteo nulificante formulado por la defensa oficial del acusado Weiss, no puede ser de recibo en esta instancia.

ASI VOTO

1° cuestión: Voto Dr. Llorente y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los **DRES. PEDRO JORGE LLORENTE Y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

1° cuestión: Voto Dr. Palermo. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión planteada considero que debe rechazarse el planteo de nulidad formulado por la defensa del acusado Weiss. Ello, pues si bien al momento de expedirme sobre la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal respecto de la **resolución cuestionada sostuve que ésta no era susceptible de revisión** en esta instancia por la vía intentada, lo cierto es que **el voto mayoritario de la Sala Segunda la admitió**. Esa resolución se encuentra firma y por lo tanto, el planteo de nulidad debe ser rechazado *in limine*.

ASÍ VOTO.

1º cuestión: Voto Dr. Gómez. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ** adhiere al voto que antecede

1º cuestión: Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

En relación con la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Weiss durante la audiencia de informe oral, no corresponde dar trámite por ser manifiestamente inadmisibile.

En efecto, la defensa cuestiona la realización de la audiencia por ser nula de nulidad absoluta, al considerar que el recurso del Ministerio Público Fiscal no resultaba procedente formalmente.

Refiere, al respecto, que lo resuelto en la instancia previa no resultaba impugnabile por vía de casación de acuerdo con las previsiones del art. 475 del CPP, en tanto esa resolución cuestionada no encuadra en ninguna de las previstas por aquella norma.

El planteo así formulado debe rechazarse *in limine* toda vez que la cuestión relativa a la procedencia formal del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal fue resuelta en fecha 16 de febrero de 2023 por la Sala Segunda, en voto mayoritario, al admitirse la queja interpuesta por la acusación pública contra la resolución que desestimaba el recurso de casación formulado. Esa resolución se encuentra firme, razón por la que el planteo formulado no puede ser de recibo en esta instancia. Me explico.

En primer lugar, la incidentante plantea la nulidad absoluta de la audiencia para recibir el informe oral, argumentando contra los motivos que expuso la Acusadora al recurrir contra la decisión del Juez del Tribunal Penal Colegiado en función de Juez de Apelaciones, pero no lo hace contra la decisión de este Tribunal al admitir el recurso de Queja del Ministerio Público Fiscal y que como consecuencia de ello se dispone la realización de esta audiencia que cuestiona. En principio es una incidencia de nulidad impertinente, por cuanto no tiene relación directa con el acto procesal del cual deriva en forma directa la realización de la audiencia cuestionada.

En segundo lugar, según el régimen legal vigente las nulidades que se pueden plantear *inmediatamente después de abierta la audiencia* de acuerdo al inc.4 del art. 201 del CPP, son las *acaecidas durante la tramitación* del recurso de Alzada, son: a) las nulidades específicas previstas en el art. 197 del CPP, es decir, aquellos actos procesales que están dispuestos expresamente bajo pena de nulidad, lo que no acontece con la invocada norma del art. 475 del CPP, lo que aún, en el supuesto caso que lo estuviera, quedó subsana por no haberla planteado la parte oportunamente (inc. 1 del art. 202 del CPP); y b) cuando se trate de una nulidad absoluta prevista en el párrafo tercero del art. 199 del CPP, que se deben declarar de oficio en cualquier estado y grado del proceso, lo que no fue invocado por la incidentante, ni se advierte una posible situación jurídica subsumida en la misma.

En consecuencia, como anticipo corresponde declarar inadmisibile la incidencia de nulidad absoluta de la audiencia.

ASÍ VOTO

1° cuestión: Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el **DR. MARIO DANIEL ADARO** adhiere al voto que antecede

2° cuestión: Voto Dra. Day. Preopinante

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

En relación con la solicitud de cese de la prisión preventiva solicitada por la defensa del acusado Weiss, corresponde señalar que el pedido resulta improcedente.

En primer lugar, porque resulta prematuro, tal como la propia defensa reconoció al momento de formularlo (art. 295, inc. 4 del CPP).

En segundo lugar, debido a que esta no es la instancia para solicitarlo pues este Tribunal no tiene personas detenidas a su disposición.

De tal manera, debe desestimarse lo solicitado.

ASÍ VOTO

2° cuestión: Voto Dres. Palermo. Valerio. Gómez. Adaro. Llorente. Garay.

Sobre la misma cuestión, los **DRES. OMAR ALEJANDRO PALERMO, JOSÉ VIRGILIO VALERIO, DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DR. MARIO DANIEL ADARO, DR. PEDRO JORGE LLORENTE Y DR. DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

3° cuestión: Voto Dra. Day. Preopinante

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior, ante un recurso de apelación interpuesto por las defensas de Luciano Emmanuel Almonte Sánchez, Carlos Roque. Luna Medina, Mauro Roberto Ángel Medina y Lucas Enzo Luna Amaya en relación con la resolución dictada en fecha 18 de abril del año 2.018 por el Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de elevación a juicio (art. 362 del Código Procesal Penal), dispuso la nulidad de los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y 484/486 de los autos P-85.765/20 -y sus correlativos en las causas acumuladas-, así como de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías que autorizó las medidas a fs. 311 y 487 y vta. -y sus correlativos en las causas acumuladas- y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción de conformidad con el art. 474, inc. 2, del CPP.

Se agravia en que la resolución es arbitraria, imprecisa y carece de debida motivación. Respecto a la imprecisión, critica que el tribunal no ha determinado cuáles son todos los actos procesales que se encuentran afectados en cada uno de los expedientes por la nulidad que declara y únicamente realiza una remisión genérica. Afirma que ello impide tener certeza en cuanto a la extensión de la decisión.

En relación con la arbitrariedad, explica que no se ha mencionado disposición legal que justifique la declaración de nulidad absoluta. Hace hincapié en que no existe regulación sobre la solicitud de datos de

tráfico que pudiera dar lugar a nulidades y que el supuesto bajo estudio no encuadra en ninguna de las situaciones previstas en las normas procesales relativas a nulidades. Acerca de la motivación de la resolución casada, la cuestiona por resultar genérica y no haberse referido a ningún pedido fiscal o resolución judicial en específico.

Además, la recurrente asevera que la afectación a la intimidad que puede surgir del pedido de datos de tráfico de los celulares no resulta de tal entidad que justifique la intervención del juez de garantías.

Que en las presentes actuaciones la información requerida por el fiscal de instrucción se encontraba dentro de sus facultades en virtud de encontrarse vinculada a la investigación de hechos delictivos.

Agrega que por la naturaleza de la información a extraer es imposible conocer con anterioridad dónde se encuentra dentro del dispositivo electrónico. En el caso de autos, destaca que las solicitudes fiscales han especificado los hechos investigados y los elementos probatorios a obtener lo que estima que configura su debida fundamentación en cada unos de los expedientes en lo que se realizó.

En consecuencia, solicita se revoque la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción y se resuelva conforme a lo argumentado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en las presentes actuaciones y mantiene el recurso de casación interpuesto por la doctora María Paula Quiroga, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores, y el doctor José García Mango, Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores. Remite a los argumentos expresados en el recurso de casación, en honor a la brevedad.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 20 de marzo del corriente año se realizó la audiencia oral solicitada por la parte recurrente en la Sala nº 15 del Polo Judicial a las 17:30hs. Participaron las defensas de los acusados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Carlos Roque Luna Medina, Mauro Roberto Medina Luna, Lucas Enzo Luna Amaya y Alejandro Weiss Alonso y, en representación del Ministerio Público Fiscal, la doctora María Paula Quiroga, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores, y el doctor José García Mango, Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores.

Además de la exposición por las partes de los argumentos vinculados con el recurso interpuesto, debe señalarse que, en la audiencia, la defensa del acusado Alejandro Weiss Alonso planteó la nulidad absoluta de la audiencia. Ello, por considerar que la resolución cuestionada a través el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, no resulta objetiva impugnable, de acuerdo con lo previsto por el art. 475 del CPP. Por su parte, solicitó el cese de la prisión preventiva de aquel acusado, en función de lo dispuesto por el art. 295, inc. 4 del CPP.

Las razones expuestas por las partes en la audiencia quedaron debidamente registradas en formato audiovisual; constancias a las que corresponde remitirse en honor a la brevedad.

5.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

Puesta a resolver el recurso extraordinario de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Penal Colegiado n° 2, considero que el mismo debe ser acogido en esta instancia. Ello por cuanto, como se analizará en los acápites siguientes, el decisorio impugnado adolece de vicios que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, que determinan su nulidad. Veamos.

a.- Punto de partida: análisis de la posición institucional del Ministerio Público Fiscal en la provincia de Mendoza

En atención a que durante la audiencia de informe oral del recurso interpuesto la representante del Ministerio Público Fiscal realizó referencias a la posición institucional del Ministerio Público Fiscal en la provincia de Mendoza, para diferenciarlo de lo sucede en Estados Unidos y, de esa manera, **destacar la ausencia de pertinencia en la jurisprudencia de este país citada por la defensa**, se estima conveniente realizar algunas consideraciones al respecto.

En efecto, en oportunidad de expedirse esta Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua, en el voto que concurrimos a integrar, sostuvimos, al abordar la cuestión vinculada con la separación de poderes, que en nuestro sistema de gobierno nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y por tanto la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función.

Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un principio de derecho público al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional (ver, al respecto, **plenario «Ibáñez Benavídez»**, del voto de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, Pedro J. Llorente y María Teresa Day).

Así, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria (**art. 1 de la ley 8.008, reformado por ley 8.911**). Se encuentra integrado por un Procurador General, como máxima autoridad, y por magistrados y funcionarios que se desempeñan en ese órgano. Asimismo, y como correlato necesario del ámbito donde desarrolla y cumple sus funciones, es que tanto el Procurador General, como los magistrados que integran ese órgano –los fiscales–, son designados de acuerdo al mismo procedimiento que los jueces, pueden ser removidos por las mismas causales y por el mismo órgano que los jueces y gozan de la misma estabilidad e inmunidad que los jueces (art. 15, art. 20 de la normativa citada).

A partir de allí, puede concluirse que el Ministerio Público Fiscal, y quienes lo conforman, integra el Poder Judicial, conformando por ello, uno de los tres poderes del Estado provincial. Debe destacarse la autonomía que caracteriza la actuación de sus integrantes quienes, por disposición de la propia ley, ejercen sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad,

oportunidad y objetividad.

Si bien éste no resulta ser el ámbito propicio para desarrollar con mayor extensión los conceptos brevemente señalados en este acápite, lo cierto es que aquella última afirmación impacta en forma directa en la solución del caso que en el presente voto se propone al acuerdo. Principalmente, en cuanto permite reconocer que **salvo expresas limitaciones constitucionales o procesales, los miembros del Ministerio Público Fiscal se encuentran habilitados a cumplir determinadas diligencias probatorias en forma directa, esto es, sin necesidad de contar con una previa autorización del órgano jurisdiccional.**

Ello en el entendimiento de que al obrar de ese modo, siempre que se respeten los márgenes legales de actuación correspondientes, no se vulneren garantías constitucionales del debido proceso legal –que contempla un amplio conjunto de derechos, y es presupuesto de la protección de todos ellos: entre otros, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, a contar con un tribunal competente, independiente e imparcial, definido con anterioridad por ley, a obtener un pronunciamiento fundado y dentro de un plazo razonable, a ser asistido por un defensor, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y, a recurrir el fallo ante un juez-, ni ninguna otra garantía constitucional o convencional, no existe impedimento para que los agentes fiscales puedan proceder en forma directa.

b.- Descripción de las principales actuaciones procesales involucradas, de la resolución cuestionada y de los agravios casatorios

Entiendo que la individualización de las actuaciones procesales que preceden la resolución jurisdiccional que es materia de impugnación casatoria permite observar, previo al ingreso del tratamiento de los concretos puntos de agravio expresados por la parte recurrente, cuál fue el derrotero procesal cumplido en la tramitación de los presentes obrados, así como también, las incidencias que oportunamente fueron planteadas –y resueltas- en diversas etapas del proceso, y los principales argumentos que sostienen esas resoluciones jurisdiccionales que, a la postre, fueron anuladas por el tribunal de la instancia previa.

b.1.- En el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de citación a juicio (art. 362 del CPP), en fecha 22 de agosto de 2022, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 2, rechazó los planteos efectuados por las defensas de los imputados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Lucas Enzo Luna Amaya, Mauro Medina y Carlos Roque Luna Medina, contra las medidas probatorias oportunamente ordenadas por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo, rechazó las oposiciones efectuadas a los requerimientos de citación a juicio y dispuso la elevación a juicio de los autos principales P-85.765/20 y sus acumulados P-64.536/20, P-59.342/20, P-72.329/20, P-75.021/20, P-66.521/20, P-62.027/20, P-69.036/20, P-65.418/20, P-65.247/20, P-92.904/20, P-86.503/21, P-98.011/20, P-98.286/21 y P-102.768/21, de conformidad con lo previsto en el art. 361, ss. y cc., del CPP.

Esa resolución fue apelada por la defensa del acusado Carlos Luna, quien dirigió su impugnación contra el «[...] *resolutivo arribado en audiencia del día 22 de agosto de 2022 en virtud de causar la misma un gravamen irreparable [por la que] se denegó la oposición al requerimiento de elevación a juicio y el pedido de nulidades contra las medidas probatorias ordenadas por la fiscalía que fueron razón determinante de la actuación fiscal de requerimiento de elevación a juicio [...]*». Sin embargo, en el desarrollo del recurso se aleja del objeto del mismo (v. orden n° 490).

Aquí conviene detenerse para formular observaciones sobre la impugnación defensiva y su admisión formal por parte del tribunal de la instancia previa. Por un lado, debe señalarse que, como fundamento del recurso interpuesto, la defensa invocó el art. 509 del mismo cuerpo normativo (v. pág. 2 del escrito de

la defensa, obrante en soporte digital), siendo que en dicha norma nada tiene que ver con el caso bajo estudio. Ello, por cuanto se trata del dispositivo procesal que establece el procedimiento de las apelaciones contra las resoluciones que han sido dictadas en el marco de un incidente de ejecución penal. Además, la defensa consideró que la resolución que le provocaba un **gravamen irreparable**, era la denegatoria de nulidad de dictamen del Ministerio Público Fiscal, relacionado a un pedido de recusación del fiscal (v. pág. 3). Por otro lado, debe tenerse en cuenta, también, que el recurso de apelación resultó articulado sólo respecto de Carlos Luna por los letrados que ejercían su defensa técnica en el marco de las causas seguidas a instancia fiscal en su contra quienes, además, asistían a Almonte Sánchez y Mauro Medina –Dres. Carlos Reig y Pablo Moreno-.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que uno de los requisitos fundamentales que debe cumplirse para que el recurso de apelación resulte formalmente admitido, es la indicación de los puntos de la resolución que se cuestionan, es que estimo que los defectos apuntados precedentemente, que tienen que ver con aspectos accesorios al recurso más que con defectos sustanciales, no impiden su admisibilidad formal.

Razón por la cual, la vía impugnativa intentada ha sido debidamente concedida por el tribunal recurrido (v. decreto de fecha 29 de agosto de 2022, orden n° 496 del sistema LeD) quien, además, les concedió a las restantes defensas plazo para adherir al recurso interpuesto, conforme se desprende de las cédulas de notificación –y su diligencia- a los letrados correspondientes (v. cédulas, orden n° 498 al 506).

Por su parte, en relación con las adhesiones al recurso, debe señalarse que no ha podido establecerse en el expediente si ello efectivamente aconteció. No obstante ello, se observa que a las audiencias de apelación, comparecieron el doctor Da Silva –defensor de Lucas Enzo Luna Amaya- y los doctores Reig y Moreno, que desarrollaron agravios también en defensa de Mauro Medina y Almonte (v. registro audiovisual de las audiencias de los días 20 y 26 de octubre de 2022, orden n° 442 del sistema LeD de autos P-62.027/20).

b.2.- Sustanciadas las audiencias de apelación -los días 20 y 26 de octubre de 2022-, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, en fecha 10 de noviembre de 2022, resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que detalló seguidamente.

En ese orden, el tribunal de la instancia previa resolvió lo siguiente:

«I.- **HACER LUGAR** parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que se detalla en los puntos siguientes.

II.- **DECLARAR** la nulidad de: 1) los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público de fs. 307/309, y 484/486 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas; 2) de las resoluciones dictada por el Juez de Garantías que autorizan dichas medidas obrantes a fs. 311 y 487 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas, y 3) de todos los informes relacionados a dichas extracciones (Art. 203 del C.P.P.).

III.- Atento lo resuelto precedentemente disponer:

En autos P-85765/20, respecto de los imputados Coria, Almonte, y Luna Amaya **ELEVAR** la causa a juicio por el delito de **ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA** (Arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y

167 inc. 2 del C.P.); y respecto del imputado Carlos Roque Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-59342/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-75021/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-64536/20 respecto de los imputados Almonte, Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-72329/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-66521/20 respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-62027/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-69036/20, respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65418/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65247/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-92904/20, ELEVAR la causa a juicio respecto de Luna Medina Carlos Roque por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (Arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54, y 166 inc. 2 tercer párrafo del C.P.).

En autos P-98286/21, ELEVAR la causa a juicio respecto de Mauro Roberto Medina por el delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA (Art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo del C.P.).

En autos P-61212/20, respecto de los imputados Almonte y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-980115/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-86503/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-102768/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

*IV.- Conforme lo resuelto precedentemente y lo dispuesto por el art. 204 del C.P.P., **APARTAR** al Dr. Galdo Andreoni y a las Dras. Patricia Alonso, Natacha Cabeza, Miriam Núñez y Miriam Gardey [...]» (orden n° 549 del sistema LeD, de los autos n° P-85.765/20).*

La fundamentación de esa decisión fue expuesta en forma oral por el juez interviniente, quien basó su decisión en una serie de argumentos que, resumidos, pueden ser individualizados del siguiente modo:

i.- Las comunicaciones telefónicas se encuentran amparadas por el **derecho a la intimidad** conforme los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, la ley 27.411 -que ratifica el Convenio de Budapest-, normas del Código Procesal Penal de Nación (sic), y jurisprudencia nacional, tal como el fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

ii.- Que la comunicación telefónica cuenta con tres segmentos de datos: del abonado; de tránsito o tráfico; y, de contenido;

iii.- Que los datos de tráfico –metadatos- resultan ser los más importantes pues son precisos y reveladores, siendo éstos información sensible por lo que deben estar protegidos por el derecho a la intimidad;

iv.- Que esos datos sólo pueden ser revelados por orden de autoridad judicial;

v.- Que dicha autoridad es del juez, pues es quien controla en nuestra legislación al fiscal, en resguardo al debido proceso;

vi.- Que en el requerimiento de apertura telefónica se deben hacer saber los motivos o razones y los datos telefónicos que se pretenden buscar, así como el período de tiempo que debe coincidir con los delitos investigados;

vii.- Que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y ello los torna nulos;

viii.- Que en el caso analizado los jueces en función de garantías se extralimitaron en las respectivas órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales;

ix.- Que declarada la nulidad de las actuaciones referenciadas en las fojas precitadas, luego de analizado el mérito probatorio con la exclusión de la prueba nulificada, correspondía elevar alguna de las causas a juicio y reenviar las restantes al Ministerio Público Fiscal para que evaluara el mérito probatorio. Esto último el tribunal lo hizo sin declarar la nulidad de los autos de elevación a juicio, que le había sido peticionado por la defensa.

a.3.- Frente a esa decisión, el Ministerio Público Fiscal se agravia porque la resolución emitida por el tribunal impugnado ha declarado erróneamente la nulidad del pedido de extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados en el marco de las investigaciones producidas en las presentes causas, como así también, de las órdenes judiciales emitidas por los jueces competentes autorizando dichas medidas, y de los informes solicitados a la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen organizado del Poder Judicial de la Nación vinculados con los teléfonos celulares mencionados. Ello por cuanto, a su entender, no existe ninguna actividad procesal que resulte violatoria de derechos y garantías

fundamentales de los acusados, dado que las diligencias practicadas se encontraban debidamente justificadas en el caso concreto, y no han puesto en crisis el desenvolvimiento del proceso.

Considera el impacto que esa resolución causa en la tramitación de las causas, dado que hace imposible que la acción continúe, porque si bien el juez *a quo* dispuso que se evaluara el mérito de diferentes causas por parte del fiscal de instrucción, lo cierto es que el material probatorio nulificado ha sido el basamento fundamental para determinar la participación de los acusados en todos los hechos investigados.

La nulidad de la extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados como de todos los informes vinculados a estos, determina que resulte difícil determinar otra corriente probatoria independiente que permita arribar al grado de convicción requerido para el elevación a juicio.

Refiere que el juez *a quo* entendió que había existido violación al derecho de intimidad protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales al razonar que esos datos de tránsito resultan más importantes que los datos de contenido porque brindan información precisa de los lugares en donde puede encontrarse una persona y, en mérito a ello, deben ser recabados por orden de juez competente a pedido del fiscal.

En base a ello, señala que esa resolución resulta arbitraria, imprecisa e inmotivada y que, además, imposibilita que se continúe con el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos investigados, por la trascendencia que ostenta el material probatorio nulificado por el juez *a quo* en la acreditación de la participación criminal de los acusados en tales hechos

En este orden, estructura los **agravios** en tres acápite:

1.- Falta de precisión de la decisión cuestionada.

En este aspecto, la parte recurrente expresa que en la parte resolutive del auto atacado, únicamente se individualizan los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, pero no se determina cuáles son los demás actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, supliendo esa específica determinación por una remisión genérica que impide tener certeza sobre la extensión de la sanción, y genera inseguridad jurídica que no puede ser salvada por las partes. Explica que no se trata de simplemente una cuestión de estilo, sino que no es posible precisar los actos procesales que tienen o no validez en las distintas investigaciones.

Ejemplifica el cuestionamiento de la siguiente manera: los autos P-102768/21, que se originan por una compulsión de los autos P-78708/18 en los cuales Medina quedó con pedido se captura, se iniciaron en una investigación que llevaba adelante la Justicia Federal por secuestro extorsivo quien remitió a esta Unidad Fiscal el desgrabado de las intervenciones telefónicas y los datos obtenidos de esas líneas. Asimismo existían dos causas acumuladas (P-79721/18 y P-77365/18) en las cuales no estaba Medina pero donde se solicitaron datos de tráfico que han sido valorados en la causa P-102768/21. Por lo tanto, en atención a la decisión del juez *a quo*, la declaración de nulidad podría alcanzar a medidas probatorias dispuestas en otras causas y sobre las cuales ya ha recaído sentencia firme (último párrafo del punto III del resolutive impugnado)

2.- Arbitrariedad por falta de mención de las disposiciones legales en que funda dicha nulidad absoluta.

Ello, por no tratarse de una nulidad taxativa en cuanto a la solicitud de datos de tráfico por el Ministerio Público Fiscal, y no encuadrar aquélla en ninguno de los supuestos del art. 198 del CPP.

En particular, desde que la actividad desarrollada por el Fiscal de Instrucción, en cuanto a solicitar los datos

de tránsito vinculados a las líneas telefónicas utilizadas por los acusados, no ha implicado la inobservancia de ninguna de las disposiciones concernientes a los sujetos esenciales que justifique su declaración de nulidad, lo que vacía de sustento legal que justifique la anulación.

3.- Falta de motivación del tribunal.

Al respecto, el Ministerio Público Fiscal considera que la nulidad dispuesta, carece de una adecuada fundamentación, en tanto se funda en manifestaciones del juez *a quo* sobre la supuesta vaguedad e imprecisión de las solicitudes efectuadas por parte del representante fiscal y de las órdenes judiciales emitidas en consecuencia, como así también, que, en esas actuaciones, no se analizó ni la pertinencia, razonabilidad ni la necesidad de las medidas probatorias en cuestión.

Al respecto, advierte que en el análisis jurisdiccional censurado, el juzgador no se refirió a ningún pedido del fiscal, como tampoco a las órdenes dadas por los distintos jueces de garantías, sino que ha realizado una afirmación genérica, y no ha considerado que surge de las solicitudes fiscales y de las decisiones jurisdiccionales pertinentes, una expresa referencia a los hechos investigados, como así también, a los elementos probatorios que se pretende obtener con esta medida.

Al profundizar este último agravio, y previo sostener que no ha existido ninguna actividad violatoria del derecho a la intimidad de los acusados, en los términos sostenidos por el tribunal con función de apelación, los recurrentes afirman que el pedido de datos de tráfico, aun cuando puedan significar una afectación al derecho a la intimidad, no es de tal envergadura que justifique la intervención del juez de garantías. Ejemplifican al respecto con otras medidas probatorias que también la afectan –así, el art. 211 del CPP- y que son resorte del Ministerio Público Fiscal.

Entiende, asimismo, que ninguna cita de la jurisprudencia invocada en la resolución cuestionada resulta aplicable a los supuestos de autos, en función del ordenamiento jurídico que rige en el orden nacional. En particular referencia **al fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, considera que resuelve sobre otros aspectos vinculados a las comunicaciones, reafirmando que la información requerida lo ha sido dentro de sus facultados, porque estaba vinculada a la investigación de hechos delictivos concretos.

En cuanto a las órdenes emitidas por los jueces de garantías, refiere que el juez en función de apelación desconoce las características de la evidencia digital, la cual, por su propia naturaleza, no permite determinar con anterioridad dónde se ubica dentro del dispositivo electrónico.

Por otra parte, refiere que la apertura y extracción de datos es una imagen forense que, con posterioridad a su obtención, es analizada al igual que sucede con las escuchas telefónicas.

Finalmente, reitera que en todos los pedidos formulados mediante oficio o el formulario de extracción de datos (Resolución nº 51 de implementación de la ley 9.040) se han volcado las razones que justificaban las medidas, y así lo entendieron los jueces de garantías que libraron los pertinentes decretos.

c.- Reseñadas las principales actuaciones de las causas que originan el recurso interpuesto, particularmente la decisión cuestionada y los motivos por lo que se agravia el Ministerio Público Fiscal, corresponde a continuación analizar la procedencia de estas razones.

c.1.- Acerca de la falta de determinación sobre el alcance de las nulidades declaradas con relación a las actuaciones conexas a los actos anulados

En segundo lugar, y circunscribiéndonos al concreto análisis de aquellos actos procesales que el tribunal

puntualizó y que fulminó de nulidad, es decir, de los que obran a fs. 307/309, 484 y 486, 311 y 487 y vta. de los autos antes referenciados, se advierte que también le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el tribunal en función de apelación no determinó los actos correlativos que anulaba en las causas acumuladas al expediente principal.

Jurídicamente, la manda procesal del art. 203 del CPP expresamente impone otra solución. En efecto esa norma establece que «[l]a **nulidad** de un acto cuando fuera declarada, hará nulos los actos consecutivos que de él dependan». Ahora bien, esa misma norma también dispone que «[a]l declararla el Tribunal interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado [...]».

Esta norma procesal regula los **efectos nulificantes o colaterales** de la declaración de nulidad y es cierto que dicha declaración de nulidad lleva implícita la de todos los actos posteriores que tengan conexidad o dependencia con dicho acto. Por ejemplo, la nulidad de la imputación formal torna nula la prisión preventiva ordenada.

Sin embargo, aun cuando la ineficacia dictada pueda ser entendida del modo en que lo fue respecto de los actos posteriores en la causa principal, ello no puede colegirse en las causas acumuladas. En ellas, el tribunal en función de apelación debió aplicar la segunda regla de la norma referida, lo que se imponía desde que se trataba de otros procesos y, conforme ello, debió determinar e individualizar concreta y expresamente sobre qué actos procesales anteriores o contemporáneos al acto anulado se extendía aquella sanción de nulidad, con indicación precisa de la conexidad de los mismos.

Debe recordarse que siendo la nulidad el reconocimiento jurisdiccional de la invalidez de un acto procesal, reviste las características de una verdadera sanción, la más grave e importante estructurada en la legislación procesal penal. Dada esa trascendencia, toda la preceptiva legal sobre la nulidad de los actos procesales, debe ser interpretada con carácter restrictivo, conforme el criterio unánime imperante en la doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, basta con mencionar que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «[s]ólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público» (Fallos 325:1404, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

A ello, cabe agregar que «[l]a **idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos» (Fallos: 315:677).**

Nada de esto aconteció respecto de la errónea aplicación del régimen de nulidades –conforme lo analizado

en forma precedente-, y las consecuentes nulidades declaradas en forma incorrecta en las causas acumuladas. Como adelantáramos, además de resultar en sí mismo inválido, no permite material y jurídicamente el control en esta instancia de la razonabilidad de la decisión adoptada respecto de aquellas actuaciones. Es competencia de este Tribunal en el caso, controlar, no el de investigar como en los sistemas inquisitivos o mixtos.

Así, y como se señalara, la defensa planteó la **nulidad de los pedidos de geolocalización** de los teléfonos celulares por resultar solicitados únicamente por el Ministerio Público Fiscal y entender que requerían de una orden judicial, y, a raíz de ello, la nulidad del informe de UDAPIF. El tribunal en función de apelación, por su parte, entendió que los datos surgían, entre otros, de la geolocalización y de la apertura de los teléfonos, considerando que los datos de tráfico son de suma importancia. Ello así por el modo en que se resuelve.

Ello es parcialmente correcto, pues como bien apuntó el fiscal en la audiencia del recurso de apelación, dicha información fue solicitada y recibida con anterioridad a la apertura de los teléfonos (ver a modo de ejemplos contestación de los oficios N° MZ 4026/20 de información de ex Nextel de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 376/377 y N° 963105 de información de Telefónica de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 378 y vta. de la Dirección de Asistencia Judicial de Delitos Complejos y de Crimen Organizado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos principales) y no fue nulificada por el juez. Asimismo, conforme plantea la defensa, dicha información formó parte del informe de UDAPIF y permitió las imputaciones.

Este detalle efectuado, no hace sino confirmar la generalización en la que incurrió el juez *a quo* en el dictado de la nulidad que es materia aquí de control, así como de sus consecuencias en el marco de las investigaciones desarrolladas en las causas conexas a la principal. Déficit que no sólo impide a las partes, específicamente al Ministerio Público Fiscal advertir las razones que justifican tamaña sanción procesal, sino también, que este Cuerpo pueda, eventualmente, ejercer su competencia en esta etapa extraordinaria. Lo contrario, llevaría a esta instancia a complementar la actividad jurisdiccional del juez en función de apelación, que debió, primero, evaluar el mérito probatorio en cada uno de los expedientes de la medida probatoria nulificada y, segundo, decidir articuladamente sobre los pedidos de nulidad que fueron incoados por la defensa.

Conforme lo expuesto, el agravio articulado en relación con el punto la falta de precisión de la parte resolutive al individualizar únicamente los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, sin determinar los otros actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, debe prosperar.

c.2.- Acerca de la alegada arbitrariedad y deficitaria motivación de la resolución cuestionada.

Del modo en que se adelantara, se considera que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal en los argumentos que propone para sustentar este punto de agravio casatorio, porque la resolución cuestionada adolece de una serie de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido. Veamos.

c.2.1. En forma preliminar, debe señalarse que asiste razón a la parte recurrente cuando sostiene que en la instancia previa se confundió el abordaje de la cuestión en tratamiento. Ello, en razón de que se declararon las nulidades reseñadas en el apartado anterior, cuando en realidad, y más allá de que la parte recurrente sostiene su improcedencia, lo resuelto debió abordarse a través del instituto de la **exclusión probatoria, previsto en el art. 207 del CPP.**

En efecto, no obstante que las nulidades y la exclusión probatoria eventualmente pueden tener vinculaciones, son instituciones procesales diferentes. Muestra de ello es que, incluso, están previstos en capítulos diferentes del Código Procesal.

Un acto procesal necesariamente debe contener los presupuestos básicos establecidos en la ley, si es así, puede decirse que se trata de un acto procesal perfecto, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente eficaz para producir efectos jurídicos; por otro lado, cuando el acto procesal abandona o mejor dicho no reúne las formalidades establecidos por la Ley, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada «mera irregularidad», o de una gravedad que puede provocar la nulidad absoluta de dicho acto procesal, es decir, declarar su inexistencia.

Así, habrá actividad procesal defectuosa (nulidades) cuando el acto procesal no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo al concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías o formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

Es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice “**no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley**”. Con lo cual, las nulidades deben ser productos exclusivos de la ley, es decir, solo el orden jurídico puede imponer, establecer, regular los requisitos de validez de los actos jurídicos en general -actos procesales penales en particular- y ordenar, en consecuencia, cuando un acto es nulo o carente de eficacia o valor jurídico.

En materia de nulidades penales, el sistema procesal distingue dos especies o categorías de nulidades. En un primer grupo aparecen las **nulidades denominadas específicas**, donde rige el principio de la taxatividad, y en el segundo grupo encontramos las **nulidades genéricas** o de carácter general, prescriptas por la ley en una norma genérica aplicable a cualquier acto procesal.

Las nulidades específicas

Las nulidades específicas son aquellas en las cuales la propia norma consagra la sanción en el caso de que no se cumpla con los requisitos. Comprenden todo acto procesal efectivizado sin las exigencias previstas por la ley bajo sanción de nulidad.

Las nulidades genéricas

Por su parte, las nulidades genéricas son las que nacen en defectos prescriptos por la ley, en una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa. Su declaración exige que se verifique la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (doctrina de Fallos: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 330:4549). No procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).

Mientras que las nulidades de carácter general, son las que nacen en defectos prescriptos por la ley, en

una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa

Asimismo, en materia de interpretación del régimen de las nulidades procesales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que debe primar un criterio de **interpretación restrictiva** y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad parecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).

De este modo, como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”), las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio o general.

Por lo tanto, si proyectamos esas breves consideraciones efectuadas sobre el régimen de nulidades procesales al caso bajo análisis, advertidos, por un lado, que todas las partes han afirmado que las medidas probatorias cuya validez ha sido negada por el juez *a quo* en la resolución impugnada –solicitud de datos de tráfico de teléfonos celulares en el ámbito de una investigación penal en curso-, no se encuentran reguladas expresamente en el Código Procesal penal, y, por otro lado, que son nulos los actos procesales cuya irregularidad se encuentra expresamente prescripta bajo pena de nulidad, cabe formularse el siguiente interrogante: ¿puede coherentemente, entonces, afirmarse que lo no previsto y, por tanto, no prescripto bajo pena de nulidad es nulo? La respuesta negativa se impone con toda certeza.

Efectuada esa afirmación, y descartada la posibilidad que la nulidad declarada por el tribunal impugnado pueda ser comprendida dentro del ámbito de las nulidades específicas, surge que el tribunal ha considerado que las irregularidades o defectos en las solicitudes fiscales, así como también, en las resoluciones jurisdiccionales adoptadas oportunamente con relación a aquellas, han implicado la violación de normas constitucionales.

Sin embargo, aún en este ámbito de las nulidades, debe demostrarse con absoluta contundencia y motivación, que la actividad procesal desarrollada lo ha sido afectando la efectiva vigencia del debido proceso legal. En el caso, los derechos y garantías del acusado, referidos a **«[a] la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece» (art. 198 inc. 3 del CPP)**.

Es precisamente en este aspecto donde le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la resolución cuestionada resulta arbitraria por la ausencia de mención de la normativa involucrada. Ello, pues si bien las violaciones a garantías constitucionales del imputado en el proceso habilitarían el dictado de la nulidad en los términos del citado **art. 198 inc. 3 del CPP**, no puede desconocerse que esa disposición legal está directamente orientada –y encuentra su fundamento constitucional- a la protección de las garantías constitucionales procesales y del debido proceso legal, en virtud de la cual se prevé la exigencia de cumplir con determinadas formas esenciales o sustanciales en la realización de actos procesales. Por

ejemplo, en el derecho de defensa desde el primer momento de la persecución penal dirigida en contra de una persona (art. 92 del CPP), en el derecho del acusado de hacerse defender por un abogado de su confianza o por el Defensor de Pobres y Ausentes (art. 131 del CPP), el derecho a conocer el hecho que se le acusa, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, que puede requerir la presencia de un defensor (art. 271 del CPP), a impugnar las resoluciones que no le favorecen (art. 451 del CPP), entre muchos otros.

Nada de ello resulta de la motivación dada por el juez *a quo* en la resolución atacada, donde se observa que las supuestas vulneraciones sobre garantías constitucionales por las actuaciones procesales nulificadas, no aparecen sustentadas en normas legales que avalen la aplicación de esa sanción procesal.

En el caso, tanto la **solicitud de datos de tráfico de los teléfonos** celulares secuestrado a través de las tareas de investigación cumplidas en virtud de la comisión de hechos delictivos, como también, las órdenes jurisdiccionales emitidas por las juezas del Juzgado Penal Colegiado, no han inobservado ninguna de las disposiciones procesales concernientes a los sujetos esenciales que justifiquen su declaración de nulidad.

No se trata de un caso de nulidad de conminación específica, porque no existe ninguna disposición legal que regule la solicitud de datos de tráfico; tampoco de conminación genérica, porque no se ha producido ningún efectivo perjuicio que lesione el debido proceso legal ni el derecho de defensa en juicio.

Lo antedicho demuestra, además de la arbitrariedad de lo así resuelto, un error en el análisis procesal del caso.

Considero que la situación analizada en la presente causa, en todo caso debió encuadrarse dentro del **régimen procesal de la exclusión probatoria** –régimen más flexible que el de las nulidades–, entendida como la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales.

Si bien es cierto que la vulneración de garantías constitucionales es el primer límite a la libertad probatoria, también se refiere a los efectos de la incorporación u obtención de prueba ilegítima: la ineficacia y sanción de invalidez alcanza a aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia de aquélla.

Exclusión probatoria

La regla de exclusión probatoria, fue enunciada en 1891 por nuestra Corte Suprema de Justicia en «Charles Hnos» (Fallos, 46:36) y sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito. Dicha doctrina, se ve ensanchada, por la del **“fruto del árbol venenoso”**, según la cual, son inválidas las probanzas obtenidas, derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida ilegítimamente, en violación de garantías constitucionales.

En **“Francomano” (Fallos 310:19)**, siguiendo la doctrina de **“Rayford” (Fallos 308:733)**, la Corte entendió que si en el proceso penal hay un único camino de investigación, *“y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél”*. Doctrina judicial que también se encargó de poner límites y excepciones a las reglas de exclusión probatoria y su extensión, la doctrina del fruto del árbol venenoso (v. al respecto, **SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782,**

con referencia al fallo “Daray” de la CSJN, sobre la existencia de “un curso de prueba independiente”).

En nuestra legislación procesal local, las exclusiones probatorias aparecen previstas en el art. 207 de la ley adjetiva, en cuanto dispone que «*[c]arecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella*».

Advertido ello, dado que la norma citada emplea una conjunción copulativa «y» para separar las exigencias que deben verificarse para que sea posible excluir un elemento probatorio del plexo de una causa, es necesario recurrir a un **doblo juicio de derivación**. El primero, si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión. El segundo, si dicha prueba constituye una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito y no una consecuencia meramente casual, o contingente. De aquí surge que sólo son «frutos del árbol envenenado» aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que además, son consecuencias necesarias a partir de dicho acto ilícito (ver, al respecto y en lo pertinente, CSJN, Fallos 46:36; 303:1938; 306:1752; 310:2402; 311:2045).

En este orden, debe destacarse, como lo ha afirmado la Corte Federal, con consideraciones de aplicación al presente, que el examen del proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y en atención a las reglas de la lógica, las que se verían alteradas si se anulase un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades, cuando en realidad y como se explicará, la garantía de la intimidad de los acusados estuvo suficientemente resguardada al existir orden jurisdiccional suficientemente fundada y, en consecuencia, válida. Es que, una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar el proceso de la búsqueda de la verdad -en sentido de «verdad procesal», tal como se ha afirmado en el **precedente «Carranzani»**- y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial (Fallos 311:2045).

Llevadas estas consideraciones al presente caso, entendemos que, para resolver del modo en que lo hizo, fulminando de nulidad actuaciones procesales cumplidas en el marco de las respectivas investigaciones penales iniciadas como consecuencia de la consumación de hechos delictivos, el tribunal de la instancia previa **debió individualizar y precisar qué tipo de información fue obtenida por el Ministerio Público Fiscal vulnerando derechos y garantías constitucionales**.

En su caso, **cómo y en qué medida o extensión se lesionó el ámbito de intimidad y privacidad** de aquellas personas sobre quienes existía un grado de sospecha fundada de su participación en la realización de conductas delictivas, cuya descripción en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, aparece mencionada en las respectivas solicitudes fiscales y, por tanto, valoradas por las magistradas que resolvieron, autorizando las diligencias probatorias en cuestión.

Esto último pone de manifiesto que, esas medidas probatorias, no sólo fueron solicitadas debidamente por el agente fiscal interviniente, dentro del marco de una investigación criminal. Sino que, la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal ha sido efectivamente sometida a control jurisdiccional, y de la defensa de los acusados.

Por lo cual, la información obtenida sobre la ubicación de las personas, en tanto usuarios de telefonía celular secuestrada, a partir del impacto y captación de la comunicación por las torres de comunicación telefónica -antenas-, estuvo precedida de una “causa probable” expresa, fundada y controlada, de

acuerdo con la etapa procesal transitada.

En definitiva, **no se trata de la nulidad del acto practicado (arts. 197 al 204 del CPP), sino de la correspondiente exclusión probatoria de cada prueba obtenida por esos actos (art. 207 del CPP)**. Lo que confirma el acierto del Ministerio público Fiscal en este punto de agravio de su impugnación casatoria.

c.2.2. Aclarado lo anterior, también acierta la parte recurrente cuando cuestiona que existe una evidente discordancia entre el pedido de nulidad articulado por la defensa, y lo resuelto sobre ese tópico por el tribunal de la instancia previa. Afirmación que encuentra sustento objetivo en las constancias comprobadas de la causa. Veamos.

En efecto, conforme se desprende de la visualización del soporte audiovisual respectivo, teniendo en cuenta la presentación defensiva y –principalmente- la segunda audiencia oral realizada en fecha 26 de octubre de 2022 (a partir del min. 00:27:02), como bien señala el Ministerio Público Fiscal, la defensa impetró la nulidad de los pedidos de geolocalización de las líneas telefónicas móviles a las empresas de telefonías, porque consideró que fueron requeridos sin orden judicial.

Este planteo se asentó en considerar que la relevancia de la información surgida de allí como elemento que permitió –luego- inferir la participación de los imputados en los hechos.

Así, uno de los defensores de Luna, Almonte Sánchez y Medina, expresó que «[iba] a mantener los agravios del recurso de apelación [...] [pues] ha existido violación de normas y garantías constitucionales y convencionales [...] [por lo que, junto con el otro defensor, iban a] a solicitar la nulidad por haber pedido el Fiscal la geolocalización de teléfonos celulares [haciendo mención a la causa principal N° P-87.765/20 y sus acumuladas N° P-59.342/29, P-980.115/29, P-61.212/20, P-62.027/20, P-64.536/20, P-65.427/20, P-65.418/20, P-66.521/20, P-79.036/20, P-72.329/20 y P-75.021/20 respecto de Almonte, Luna Medina y Luna Amaya] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:07:40 y hasta 00:10:23)».

Luego, hizo referencia al hecho de los autos principales y el secuestro de un celular a Almonte Sánchez, por cuanto «[...] eso da inicio a pesquisas de UDAPIF [para luego afirmar que] a partir de la apertura de los teléfonos encuentran ciertos números de teléfonos que darían ciertos elementos de que se habrían planeado hechos delictivos, iniciando la Fiscalía una pesquisa en la que trata de identificar los usuarios de esas líneas telefónicas [...] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:12:51 y ss)».

Agregó que «[...] todo eso se condensa en un informe de UDAPIF y también en el pedido de geolocalización de dichos números telefónicos [...] a partir de ese informe infieren [en referencia a los representantes del Ministerio Público Fiscal] quién habría cometido los hechos, atribuyendo las líneas telefónicas y los responsabiliza del hecho (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:13:39 y hasta 00:14:19 y ss)».

Reiteró la importancia de la nulidad del pedido de geolocalización que dan las distintas compañías para las que se necesita orden judicial como una manera de resguardar la esfera de la intimidad (v. fundamentos de la defensa, registro audiovisual de la audiencia del día 26/10/22, a partir del min. 00:14:41).

Citó normativa constitucional involucrada –arts. 18 y 19 de la CN-, la ley 25.326 sobre protección de datos personales, la incidencia de esos datos en la expectativa de privacidad de los ciudadanos respecto de dicha información.

A partir de ello, consideró que era necesaria orden judicial para su adecuado control aun frente a la falta de regulación (ver fundamentos orales de la defensa, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:14:43

y hasta 00:17:20). Fundó su postura en jurisprudencia de Estados Unidos y nacional.

Seguidamente, al analizar la situación de Carlos Luna Medina, consideró determinante su detención por la geolocalización de un teléfono que le atribuían, sin indicación de número de línea alguna en su relato. Ello en autos P-85.765/20 y en P-86.503/21 y P-102.768/21, con algunos argumentos adicionales –rastros dactilares y genéticos entre otros- que no hacen al motivo del agravio aun cuando sí a la situación de este imputado y de Mauro Medina, hermano de aquel.

Finalmente, la defensa refirió que pretendía «[la] nulidad de las causas de los pedidos de geolocalización condensados en informe de UDAPIF y consecuente nulidad de la elevación a juicio [entendiendo que lo es por sus defendidos] y oposición también por Medina [...]» (ver fundamentos orales de ésta, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:39 y ss).

A su turno, el tribunal en función de apelación, hizo una aclaración y resumió -con asentimiento del apelante- aquella presentación. Así, se circunscribió el planteo de nulidad al informe de UDAPIF y de todos los relacionados con los pedidos de geolocalización en las causas que enumeró la defensa, y a la solicitud de nulidad de los requerimientos de esas causas (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:50 y ss).

Asimismo, respecto de Medina expresó que correspondía un tratamiento diferente por insuficiencia de prueba. Luego de ello, la defensa de Luna Amaya, el doctor Da Silva, adhirió a lo señalado por la defensa de Almonte, Medina y Luna Medina.

De lo detallado, se advierte claramente que la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por haber sido realizados directamente por el Ministerio Público Fiscal mediante oficios y, a consecuencia de ellos, nulidad del informe de UDAPIF, de todos los informes relacionados, sin indicación de cuáles, y además de los distintos requerimientos elevación a juicio de las distintas causas, infiriendo la incidencia determinante del mérito probatorio de dichos elementos. Mientras que, por su parte, el juez *a quo* resolvió la nulidad de los pedidos del Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y fs. 484/486 y de sus correlativas y de las órdenes de apertura de los teléfonos celulares libradas por los jueces de garantías de fs. 311 y 487 y vta. de los autos N° P-85.765/20 y sus correlativos y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

Sobre ello, debe recordarse que, tratándose del recurso de apelación, la normativa procesal regula, entre otras cuestiones, el modo de interposición y el procedimiento para la tramitación y resolución del mismo (art. 467 del CPP). Sobre las condiciones de interposición, dada la remisión a lo previsto en el art. 455, se exige que el apelante indique específicamente los puntos de la decisión que fueren impugnados.

Esto último tiene directa trascendencia sobre el ámbito de competencia del Tribunal de Alzada, quien sólo se encuentra habilitado para el conocimiento y decisión sobre los puntos de la resolución a que se refieran los agravios (art. 462 del CPP), y la situación jurídica no se encuentra dentro de la excepción prevista en el art. 199 para declarar la nulidad de oficio. Márgenes de actuación que resultaron superados por la **actuación *extra petita* del juzgador.**

c.2.3. Continuando con el análisis y abordaje de los restantes agravios del Ministerio Público Fiscal, relacionados con los concretos actos procesales anulados por el juez de la instancia previa en la causa principal, cabe señalar que también se considera que acierta la parte recurrente cuando afirma que, de las presentes actuaciones, surge la primera solicitud de extracción de datos de fecha 20 de noviembre de

2020 (obrante a fs. 307/309), como la segunda, de 3 de febrero de 2021 (obrante a fs. 484/486), han sido debidamente motivadas por el representante fiscal interviniente. Si bien dicha medida no encuentra previsión legal expresa dentro de los medios de prueba en nuestro digesto procesal, no se advierte que sean imprecisas y vagas como afirmó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, en esas solicitudes existe expresa mención de la causa en la que se solicita la medida, indicación de los datos completos de la víctima y pedido concreto y circunstanciado de apertura de extracción de datos de elementos secuestrados al momento de la aprehensión de ciudadanos sindicados, con indicación de los teléfonos móviles secuestrados sobre los que se peticionaba la medida, e, incluso, la metodología a utilizar y el personal técnico a cargo de la medida, perteneciente a la División Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza.

Seguidamente, y en lo que aquí interesa, se fundamentó la solicitud haciendo saber que dichos teléfonos fueron obtenidos de la requisita de los sindicados como autores de un hecho acaecido, determinando seguidamente el objeto de la medida. A efectos de ilustrar al Juzgado Penal Colegiado y motivar la misma, en los pedidos se hizo una transcripción absolutamente detallada del hecho sucedido el 17 de noviembre de 2020, con todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde resultaron víctimas Rosendo Lino Gorez y su esposa, ambos de más de noventa años, con indicación incluso de los elementos que les fueron sustraídos a éstas con el máximo detalle.

Posteriormente se detalló el accionar de los autores que se dieron a la fuga con la *res furtiva* a bordo de una camioneta y al ser advertidos por personal policial se desarrolló una persecución que terminó con la aprehensión de los mismos en el departamento de San Martín, previo efectuar disparos de arma de fuego contra los efectivos policiales. Se mencionó también el examen efectuado sobre las armas utilizadas y secuestradas de la División Balística de la Policía Científica. Por su parte, se consignó que dicho rodado registraba pedido de secuestro de un hecho delictivo ocurrido el día 12 de agosto de 2020 en autos N° P-59.342/28 en el que se investigada un robo agravado.

Si bien el acápite del oficio del Ministerio Público Fiscal hace mención al hecho, de su atenta lectura surge claro, que el mismo no es sino una síntesis de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal. Pues no solo se detalla el modo del suceso, sino también las medidas probatorias llevadas adelante a ese momento. Todo ello, impide sostener que dicho pedido se encuentre inmotivado, sea vago o impreciso, como sostuvo el juez en función de apelación. Pues, no se trata de una actividad argumentativa, sino que en forma concisa debe exponer el hecho punible, y establecer la vinculación con personas o cosas que justifiquen la medida.

Si esa vinculación es directa –se investiga un homicidio agravado por el uso de arma de fuego, y con el allanamiento del domicilio se busca el secuestro del arma homicida y la detención del sospechoso- no requiere explicación adicional a la descripción circunstanciada del hecho. Pero si, en cambio, esa vinculación es indirecta o deducida or hipótesis o complejidad de investigación, entonces sí se deberá explicar razonablemente el probable nexo de vinculación que justifica la medida solicitada.

Por su parte, en fecha 26 de noviembre de 2020 (v. fs. 311), obra la orden del Juzgado Penal Colegiado que, por considerar pertinente la medida, la autorizó en los mismos términos en que fue peticionada. Téngase en cuenta que fue el propio juzgado quien elaboró el oficio al personal que la llevaría adelante, y así le fue comunicada por correo electrónico a la División Observaciones Tecnológicas (fs. 312). Además que, por Secretaría del tribunal, se solicitó con antelación el turno correspondiente, para poder notificar a las defensas de los acusados.

Otorgado el turno, en fecha 30 de noviembre de 2020, se notificó telefónicamente (ver fs. 347), pero la defensa solicitó plazo para proponer perito de control, motivando la suspensión y solicitud de nuevo turno para el 1 de diciembre de 2020. En virtud a la negativa a ser notificados telefónicamente de ello, nuevamente pidieron plazo de ley para proponer perito de control (constancia de fs. 357), se vuelve a suspender la medida y se fecha ara el 10 de diciembre de 2020 (ver constancia y decreto de fs. 362), notificándoseles esta vez por cédula que obra a fs. 363. Debido a un cambio en la defensa de alguno de los imputados, fue la propia Fiscalía quien decidió la reprogramación del turno originario para poder notificar a la nueva defensa (ver decreto del 9 de diciembre de 2020, obrante a fs. 407), reprogramada para el 18 de diciembre del mismo año (cédulas de fs. 409).

Ello no hace sino demostrar el acabado conocimiento de las medidas por las defensas.

El día de mención, notificado a la defensa, y no existiendo en autos constancia de proposición de perito de control –únicamente se ha ejercido este derecho respecto del examen psíquico realizado a Luna Medina (ver fs. 443/444)- el personal técnico autorizado de la División Observaciones Tecnológicas elaboró un informe de extracción de datos de los teléfonos 1) Motorola GSM XT1970-3; 2) tarjeta SIM PERSONAL N° 89543420119028647926, 3) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194064356971; 4) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194055787879 (agregado a fs. 449/471 de autos principales).

La imposibilidad de realizar la medida respecto de todos los teléfonos secuestrados o de acceder a la información en forma completa, motivó un informe acerca de la utilización de otras tecnologías (fs. 476/477) y el pedido de nueva orden jurisdiccional para practicar la medida. Esto, con devolución de los elementos objeto de ella (ver fs. 478).

La circunstancia referida motivó la nueva solicitud del Ministerio Público Fiscal de fs. 484/486, también nulificada por el juez de la instancia previa, que resulta idéntica a la anterior, pero con mención a la nueva tecnología a utilizar para proceder a la realización de la medida, de la que entiendo, por los mismos motivos que se expresaran antes, que se encuentra también debidamente motivada.

Correlato de este pedido, el 3 de febrero de 2021, el Juzgado Penal Colegiado (fs. 487 y vta.) autorizó nuevamente la extracción de datos, tal como fuera solicitada, en el entendimiento de la pertinencia, utilidad y relevancia para la averiguación de la verdad real en relación al delito que se investiga. Agregó únicamente que la medida, dada su falta de previsión, debía adecuarse a lo normado por los arts. 227 y 228 del CPP, delegando la confección de los oficios en la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos. La medida continuó el mismo procedimiento: oficios con solicitud de turno para la medida con antelación para notificación de la defensa. El Informe de dicha medida se agrega a fs. 615/633.

Del recorrido seguido por la causa y circunscribiéndonos a los actos que fueron expresamente nulificados por el tribunal en función de apelación, a los que corresponde remitirse en honor a la brevedad, es posible afirmar que las órdenes de apertura de los teléfonos celulares fueron otorgadas por jueces en función de garantías del Juzgado Penal Colegiado, en ejercicio de su competencia, a requerimiento de quien tiene a su cargo la investigación penal preparatoria, y mediante solicitudes debidamente motivadas en los hechos punibles y la evidencia reunida. Se trata de una motivación concisa, tal como se dispone para la sentencia en el art. 411, inc. 2 del CPP, pero suficiente a los fines requeridos. En este orden, debe considerarse que la propia Corte Federal ha admitido, en relación con el pedido de allanamiento, pero con consideraciones extensibles al presente caso, que es válida la orden jurisdiccional que fundamenta la medida en las constancias de los autos que motivaron el pedido (ver, en lo pertinente, **CSJN, «Minaglia», Fallos**

330:3801).

c.2.4. Entendemos que, también, debe prosperar el agravio casatorio que señala la arbitrariedad del resolutive impugnado, en relación a que los argumentos dados por el *a quo* para anular las actuaciones procesales cumplidas en la causa principal y sus acumuladas, exponen el desconocimiento del tribunal de la instancia anterior sobre las especiales características y cualidades que presenta la **evidencia digital**.

Particularmente, en cuanto tiene que ver con la naturaleza de la evidencia digital, y las consecuentes particularidades que se presentan para la captación, almacenamiento y análisis de la información que se presenta en formato digital. También, para introducir esa evidencia digital en juicio.

Valga en este sentido mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes tangibles, por ejemplo, un arma de fuego o estupefacientes, **la evidencia digital no es la computadora o el celular, sino que son los datos almacenados en tales dispositivos electrónicos**. Así, como bien lo refiere el Ministerio Público Fiscal, previo a la apertura de un teléfono celular, así como cualquier otro dispositivo electrónico, por caso una computadora, resulta imposible, o al menos de extrema dificultad, determinar de antemano cuál ha de ser su contenido.

Claro está que, en el caso analizado, la limitación viene dada por el curso de la causa donde la medida se ordenó, y es así como fue plasmado, tanto por el Ministerio Público Fiscal, como por las juezas del Juzgado Penal Colegiado intervinientes.

Por estas razones se considera que los actos que han sido nulificados han sido dictados en absoluto respeto del ordenamiento procesal vigente y de las garantías constitucionales, dictadas por el Juzgado Penal Colegiado en la órbita de su competencia y con la debida evaluación de la procedencia, pertinencia y necesidad de la medida en aras de la averiguación de la verdad conforme los delitos investigados, y en consecuencia corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en el Punto I. A ello, debe sumarse que las partes pudieron controlar la corrección de la medida, pues les fue notificada con la debida antelación, y que la información surgida ha estado a disposición de las mismas. Por ello, pudieron ejercer el control simultáneo al momento de practicarse la medida, como el control posterior de los datos obtenidos.

De tal manera, y como ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación **«[s]olo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen» (Fallos: 306:1892; 316:703 entre otros)**. Así, conforme a ello, es el juez quien debe determinar la injerencia en dicho ámbito de intimidad que, como se explicó, en el caso ha acontecido, asegurándose el efectivo ejercicio de la defensa. Aspecto que también demuestra el déficit de motivación de la decisión cuestionada por la parte quejosa.

c.2.5. Asimismo, cabe señalar que, al resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio, el Juzgado Penal Colegiado, mediante auto de fecha 22 de agosto de 2022, dispuso, además del rechazo de las nulidades articuladas por las defensas y la elevación a juicio de todas las causas antes referenciadas. Decisión que, como se dijo, no ha sido materia de nulidad por el juez de apelación.

Contrariamente, el juez de apelación, dejando firme aquella elevación a juicio, en orden al efecto difusivo que le diera a la nulidad dictada en el resolutive II de la decisión de fecha 10 de noviembre de 2022, dispuso una nueva elevación a juicio en algunos expedientes y respecto de algunos acusados, y ordenó la

remisión a la Fiscalía interviniente en los restantes para que evalúe el mérito de la causa conforme a la nueva conformación del cuadro probatorio que resultara de la decisión adoptada en el marco del recurso de apelación de la defensa. Decisorio que ha excedido notable y manifiestamente el ámbito de la materia del recurso.

Por todo lo desarrollado en el presente acápite, se comparte en esta instancia con el Ministerio Público Fiscal que la resolución impugnada adolece de falencias que implican su anulación, por presentar defectos decisivos -apartamiento manifiesto de las constancias comprobadas de la causa y el derecho vigente- que equivalen a la ausencia de fundamentos.

c.3.- Sobre las citas jurisprudenciales y su aplicabilidad al caso concreto

Punto aparte merece la cita de precedentes nacionales e internacionales por parte del tribunal de la instancia previa al fundar, de manera oral, la resolución impugnada.

Tal como se desprende de la visualización de la audiencia oral de apelación, como de aquella donde la parte recurrente informó el recurso de casación articulado, los litigantes se expresaron sobre la corrección del fallo en cuanto a la cita de los precedentes utilizados por el juzgador. Mientras el Ministerio Público Fiscal cuestionó las razones invocadas en la decisión impugnada para aplicar jurisprudencia local e internacional, las defensas, por su parte, coincidieron en la validez de esa argumentación.

Ahora bien, al respecto debemos mencionar que no existe impedimento para fundar una decisión jurisdiccional sobre la base de consideraciones desarrolladas argumentativamente en antecedentes jurisprudenciales, sean estos locales o extranjeros. Sin embargo, esa sensible operación no debe trascender los límites impuestos por la constitución, por los que surgen –en general- de la ley y -en particular- del caso.

En cuanto a las pautas constitucionales de las decisiones judiciales que limitan esa operación intelectual, las mismos surgen expresamente de la propia Constitución de la provincia de Mendoza, la que, sabiamente, establece que «*Los tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura*» (**art. 148**), como también, que «*Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*» (**art. 149**).

De esta manera, toda operación de interpretación normativa que se precie de tal, debe reconocer que la principal y primera fuente de derecho son las disposiciones constitucionales, convencionales con jerarquía constitucional, y demás normas convencionales y legales, de acuerdo con el orden de prelación -o jerarquía- constitucionalmente establecido (**art. 31 de la Constitución Nacional, art. 148 de la Constitución de Mendoza**). Forzoso entonces es decir que las decisiones judiciales adoptadas en la resolución de casos, no integra la primera fuente de interpretación normativa, pues no participa de ninguna de las características que son propias y atributivas de la ley.

En cuanto tiene que ver los límites fácticos, las limitaciones a la aplicación de antecedentes jurisprudenciales surgen de las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso a resolver. Pues serán ellas las que, racionalmente consideradas, permitan o impidan la aplicación de resoluciones

emitidas en el marco de procesos judiciales distintos al que transita el caso bajo que debe ser resuelto. Situación que se complejiza aún más cuando se pretende resolver casos en la órbita local a partir de decisiones jurisdiccionales extranjeras, que han sido adoptadas dentro de procesos judiciales desarrollados bajo la órbita de un sistema de gobierno diverso al nuestro, que presenta una estructura organizativa e institucional diferente, además de un sistema jurídico disímil que -por definición- se muestra alejado del aquel que rige los procesos penales en la órbita federal y local de nuestro país (*common law / civil law*).

Por lo cual, sin pretender agotar el tema, la práctica del precedente, como actividad mediante la cual se entiende que “el caso” que pende de decisión tiene un precedente, es decir, que hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste que lo resuelve de determinado modo, y que a ella debe sujetarse, precisa necesaria e indubitablemente que el operador jurídico verifique ex ante que el caso (o cuestión debatida) es substancialmente parecido –no idéntico, porque eso es utópico e improbable- al del anterior, es decir, a aquel resuelto precisamente en el precedente aplicado. Y así debe aparecer fundado por quien hace esa interpretación fáctica y la consiguiente aplicación jurisprudencial.

En otras palabras, debe describirse por qué los casos presentan esa similitud o analogía, dar razones precisas y completas que, alejadas de meras afirmaciones dogmáticas o interpretaciones ideológicas, así lo justifiquen, donde se contemple los antecedentes de esos casos, el contenido de las normas en juego, entre otros aspectos relevantes. Luego, si esa expresión de motivos demuestra adecuadamente la analogía substancial, allí será posible extrapolar ciertos y limitados conceptos que aparecen desarrollados en el antecedente jurisprudencial invocado para respaldar la solución del caso a resolver. En sentido inverso, cuando ese análisis comparativo no determina racionalmente una similitud substancial casuística, dado el contexto fáctico –además del normativo- que rodea a la decisión que se adopta, no resulta posible invocar el o los precedentes que se trate. Pues ello importaría un caso de “asimilación improcedente” que necesariamente afecta la fundamentación de lo resuelto –caso de arbitrariedad-.

Aquí no debe soslayarse que, a diferencia de las leyes –que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico, y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia (art. 116 de la Constitución Nacional), constituido por un hecho o grupo de hechos y circunstancias que, junto con lo pedido por las partes intervinientes, define el caso a resolver, y limita la competencia del tribunal.

De ahí que cuando en una sentencia se elabora la solución a adoptar, esto es, para resolver el caso, lo hace a la luz de los hechos alegados y probados. Por ende, para establecer qué se decidió en un caso, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Por el contrario, si el intérprete –en este caso, el o los jueces que integran el tribunal que debe resolver- prescinde de estos hechos, o si los reformula de un modo genérico, de modo de “presionar” o “forzar” la pretendida asimilación substancial, de modo tal de permitir la interesada utilización y aplicación de un precedente, incurre en el error de interpretar la sentencia “como si” fuera una ley”, **abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese particular pronunciamiento –“el antecedente”-**.

«Halabi»

En ese entendimiento, debe decirse que el **precedente «Halabi»** de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:111), citado por el juez de la instancia previa como argumento para fortalecer su decisión, no tiene el alcance pretendido.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte Federal se pronunció en relación con un recurso promovido por

el Estado Nacional en tanto pretendía que se revocara un pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04 (que fuera derogado por el decreto 357/05).

En el caso, Ernesto Halabi había promovido acción de amparo reclamando que se declare la **inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04**, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. Alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

La Corte Federal rechazó el recurso del Estado Nacional y confirmó la sentencia de la instancia anterior. Como es sabido, el fallo de la Corte resulta de importancia en relación con las acciones de clase pero, en lo que aquí interesa, debe señalarse que la Corte refirió que lo resuelto por los jueces de la causa se ajustaba a los requisitos que conforman el estándar sobre libertad que enunció (en el considerando 25) y que imponía la aplicación de criterios de **interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales**.

Así, expresó que las normas cuestionadas habían establecido una restricción que afectaba una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operaban las interceptaciones, toda vez que no especificaban el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Destacó, además, la circunstancia de que las normas tampoco preveían un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales.

De tal manera, entendió que era inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley cuestionada estuvieran desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos. Esta afirmación tenía relevancia en tanto desde 1992 era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actuaba en ese momento bajo la órbita del poder político, la que debía cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos (considerando 26).

En cuanto al referido estándar sobre libertad, la Corte refirió que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros).

De tal manera, expresó que en este marco constitucional debía comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requería de una orden emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. A ello,

agregó que aquella norma concordaba con el art. 18 de la ley 19.798 (considerando 25).

Como se advierte, la plataforma fáctica respecto a la que se expidió la Corte Federal en aquella oportunidad, difiere de la que origina la presente causa. Aspecto que determina la inexistencia de similitud substancial casuística entre ambos y, por ende, la aplicación del fallo nacional como precedente para fundar la decisión cuestionada en las presentes actuaciones.

En efecto, en «Halabi» de lo que se trataba era de la validez, o no, de los arts. **1 y 2 de la ley 25.873** y del decreto 1.563/04. Por su parte, lo que resolvió el juez de la instancia previa en esta causa se relaciona con la fundamentación de las órdenes jurisdiccionales. En «Halabi» el Máximo Tribunal hizo referencia al art. 236 del CPPN (ley 23.984), el que sólo tiene alguna coincidencia con nuestro art. 229 del CPP, en cuanto que la intervención de las comunicaciones del imputado requiere orden jurisdiccional. Pero a diferencia de nuestra regulación procesal, en el ámbito del Código Procesal de la Nación, se prevé—con la modificación introducida a esa norma por ley n° 25.760— que también requiere autorización judicial «*la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él [en relación al imputado]*», ampliando así la posibilidad de injerencia hacia los terceros que se comuniquen con el imputado —lo que no ocurre en autos con las solicitudes de geolocalización solicitadas—.

En el presente caso, para el registro de comunicaciones, existió orden, en dos ocasiones, por los motivos que fueron explicados, y esas órdenes, como se dijo, resultaron suficientemente fundadas. Además, los recaudos que la Corte Federal destacó que debían tenerse en cuenta, en función del planteo que analizaba, iban dirigidos esencialmente hacia la Administración. De tal manera, y con las observaciones realizadas, es posible afirmar que lo resuelto en la instancia del Juzgado Penal Colegiado, al momento de resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio y las nulidades interpuestas, en nada se oponen a lo resuelto por la Corte Federal en «Halabi».

Sin perjuicio de esa falta de analogía sustancial entre las referidas plataformas fácticas que conformaron los objetos procesales de ambas actuaciones, lo cierto es que la imposibilidad de utilizar el fallo nacional como precedente jurisprudencial en respaldo de la decisión impugnada encuentra otro motivo más: el Fallo «Halabi» fue pronunciado por la Corte Federal en el marco de un sistema procesal mixto, el del Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo dispone la ley 23.984, donde el fiscal tiene a cargo la investigación por delegación, y en donde se realiza una remisión a la letra del art. 236 de la ley adjetiva nacional —intervenciones telefónicas— que, no sólo no se encuentra vigente, sino que, además, difiere de lo establecido por nuestro ordenamiento procesal. Modelo de enjuiciamiento penal que, en el ámbito federal, ha mutado hacia la adopción de un sistema acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público fiscal de la Nación la conducción de la investigación, a cuyos integrantes le corresponde —entre otros— la carga de la prueba y el deber de probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación (art. 90 ss y cc del CPPN, según el texto establecido por la ley 27.063).

Lo antedicho, sin desconocer que —además— la geolocalización a través de datos generados por las celdas de conexión no es una medida probatoria específicamente regulada en el Código de Procedimientos.

Por lo tanto, le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cita jurisprudencial que realiza el juez de la instancia anterior respecto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mencionado fallo «Halabi», no puede ser considerada para dar fundamento a la decisión objeto de impugnación en los presentes autos.

Por su parte, tampoco resultan de aplicación al caso los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos citados por la defensa para fundamentar la razonabilidad de la resolución de la instancia previa.

«*Estados Unidos v. Jones*»,

En cuanto al precedente «**Estados Unidos v. Jones**», debe señalarse que la plataforma fáctica del caso difiere notablemente del presente. En efecto, en ese caso se había conectado un dispositivo GPS al automóvil de un sospechoso para monitorear sus movimientos. El GPS había sido autorizado por una orden judicial por el término de diez días, pero la vigilancia se la estimó como excesiva, por ser de más de veintiocho días. Tal accionar, referido a adjuntar un dispositivo GPS y luego utilizar los datos aportados, fue valorado por el Tribunal como una búsqueda que violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (ver, al respecto, **TRAVIESO, Juan A., «En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”», La Ley, suplemento del 22 de marzo de 2019**).

«*Riley v. California*»

Por su parte, en el **caso «Riley v. California»** el Tribunal se expidió sobre la búsqueda e incautación de datos almacenados en un teléfono móvil durante el arresto de Riley, que había sido detenido por la policía después de encontrar en su automóvil dos armas utilizadas en un tiroteo. Durante el arresto se investigó su teléfono sin orden judicial y la información surgida de él permitió inferir que Riley estaba relacionado con actividades ilegales. El Tribunal resolvió que era necesaria una orden para acceder a los datos de un teléfono móvil. Debe decirse, además, que el caso también giró en cuanto a lo que denomina la «doctrina de terceros», según la cual, una que el usuario revela los registros a una compañía, por ejemplo de teléfonos móviles, a las torres de telefonía celular, renuncia a su expectativa de privacidad (ver, al respecto, **TRAVIESO, Juan A., op. cit.**).

«*Carpenter*»

En cuanto al **precedente «Carpenter»**, referido en la jurisprudencia nacional citada por la defensa, debe destacarse que en ese pronunciamiento la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió en relación con la justificación que se requería para habilitar el acceso de a los datos de geolocalización del teléfono celular de un acusado. En una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro, se expidió y estableció que la orden judicial emitida bajo el *Stored Communications Act* no resultaba suficiente para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del teléfono celular de uno de los acusados en la causa -Carpenter-, ya que resultaba necesario contar con una orden judicial con un estándar superior, el mismo que se requiere en caso de allanamientos, es decir un *warrant* emitido con fundamento en una causa probable (**ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.**).

Los hechos del caso fueron los siguientes. En 2011, la policía federal detuvo a un hombre acusado de asaltar algunos comercios. Al ser interrogado, identificó a otras personas que habrían participado en varios otros robos en los meses anteriores, incluyendo a Timothy Carter. En estas circunstancias, la policía le solicitó a un juez que emitiera una orden judicial con fundamento en la *Stored Communications Act* (Ley de Comunicaciones Almacenadas) para obtener datos de la ubicación del teléfono celular de Timothy Carpenter. Esta ley permite la obtención de información acerca de telecomunicaciones cuando existan fundamentos razonables para creer que son relevantes y materiales para una investigación penal. El juez concedió la orden y se recolectó información acerca de **las celdas a las que el teléfono celular** de Carpenter se conectó, indicando los momentos de inicio y finalización de sus llamadas por un período de cuatro meses.

Posteriormente, Carpenter fue acusado de cometer una serie de robos a mano armada. Antes del inicio del juicio, su defensa solicitó que se **declarara inadmisibles la información de geolocalización** obtenida de su teléfono celular alegando que tal acceso importó una violación a su derecho constitucional a la privacidad. El tribunal de primera instancia rechazó la petición. Durante el trámite del juicio, el fiscal utilizó esta misma información para establecer que el teléfono celular de Carpenter había estado en las cercanías de los cuatro lugares en los que se cometieron los robos, mientras estos ocurrían. Eventualmente, Carpenter fue declarado culpable y condenado a más de 100 años de prisión. Oportunamente, la Cámara de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

La defensa de Carpenter planteó un recurso de *certiorari*, que fue aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En una decisión que difiere de los lineamientos sentados en algunos precedentes del mismo tribunal, revocó el fallo apelado y devolvió el expediente a la instancia inferior para que se tomen medidas consistentes con esta nueva decisión

Ahora bien, debe decirse que, conforme fuera analizado en forma precedente, e nuestro sistema de organización institucional, dada la ubicación orgánica y estructural del Ministerio Público Fiscal, no resulta posible asimilar o establecer una similitud substancial entre el caso de autos con aquellos resueltos en los precedentes de la jurisprudencia norteamericana referenciada por el *a quo*. Pues, dado que en nuestro sistema, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, lo que impide asimilar e identificar su actuación con el gobierno de turno, no resultaría extensible al presente caso la preocupación puesta de manifiesto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. En el fallo "**Carpenter**", para limitar el acceso a los registros históricos de teléfonos celulares por las agencias de Gobierno a cargo de las investigaciones criminales, específicamente de los funcionarios policiales. En otras palabras, para evitar que el *Gobierno norteamericano* acceda y obtenga información de evidente contenido sensible de sus conciudadanos, en forma ilimitada, irrestricta e incontrolada o incontrolable.

Pero este no es el caso que motiva el decisorio cuestionado en autos, pues las inferencias respecto de la vinculación de las personas cuya intimidad habría resultado, a criterio del *a quo*, vulnerada, con actividades ilegales, surgieron de investigaciones fiscales, por hechos delictivos denunciados, a cuyas denuncias le siguieron elementos probatorios de diversa índoles que, según el criterio de los agentes fiscales, justificaba los pedidos de extracción de ciertos y precisos datos, determinados por su relación con el caso investigado, de los teléfonos celulares secuestrados. Siempre, sobre la base de considerar las características que son inherentes a la evidencia digital, y las particularidades que ello determina a la hora de la pesquisa correspondiente.

Como claramente se advierte, ninguno de los pronunciamientos de la Corte estadounidense guardan relación con lo que aquí se discute, lo que impide su aplicación.

En primer lugar, debido a que el sistema de organización del Ministerio Público Fiscal en Estados Unidos es diferente al de nuestra Provincia. Mientras que en el país norteamericano el Ministerio Público Fiscal se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo, en Mendoza conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial (**art. 1 de la ley 8.008, modificada por la ley 8.911**). Esta primera perspectiva hace que las consideraciones referidas por el Tribunal estadounidense no resulten de aplicación, sin más, a nuestro sistema judicial.

En segundo lugar, lo que se debatía en el **fallo «Carpenter»** se relacionaba con el nivel de justificación exigido en la orden judicial sobre la base de legislación de aquel país, mientras en el presente caso, el punto de partida, en cuanto a la legislación procesal, es diferente. En efecto, el caso referido de Estados Unidos, se discutía acerca de la necesidad de contar, o no, con un *warrant*, esto es, una orden judicial que llegue al estándar de «causa probable» *-probable cause-*, tal como se requiere para la emisión de una orden de intervención telefónica o de allanamiento.

Aún así, a la luz del **precedente «Carpenter»**, puede afirmarse que las resoluciones jurisdiccionales de fs. 311 y 487 de autos 85765/20, y sus correlativos en las causas acumuladas, resultaron fundadas. En «Carpenter» se sostuvo que la orden judicial requería una justificación similar a la exigida para el allanamiento, y de lo explicado precedentemente, surge que tal recaudo ha sido cumplido. Ello, más allá de que no existe una exigencia expresamente prevista para el caso por el Código Procesal Penal, y la primera de las juezas intervinientes consideró que la medida solicitada por el fiscal interviniente resultaba útil para el esclarecimiento de los hechos, y la segunda, se remitió y aplicó los art. 227 y 228 del CPP –esto es, interceptación de correspondencia, y apertura y examen de correspondencia, respectivamente-. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que se encuentra claro, es que las órdenes jurisdiccionales se encuentran suficientemente fundadas.

Por lo expuesto, puede concluirse que existe arbitrariedad en la resolución cuestionada en cuando refiere que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y que las juezas en función de garantías se extralimitaron en las respectivas órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales.

d.- Consideraciones acerca de la ausencia de necesidad de orden jurisdiccional para solicitar, por parte del Ministerio Público Fiscal, datos de llamadas o geolocalización

Finalmente, debe señalarse que –también- le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, cuando afirma que no resulta necesaria orden de juez competente para solicitar datos de llamadas y/o de geolocalización.

En efecto, como se afirmó, el sistema de nulidades puede ser de conminación genérica o específica, así como que esta medida probatoria, no está regulada en nuestro digesto procesal, razón por la cual, como bien se ha planteado, con las restricciones que supone el dictado de una nulidad, habrá que determinar, si esos datos suponen o no violación al derecho a la intimidad.

A diferencia de algunos códigos procesales de nuestro país, como el Código Procesal Penal de la Nación – ley 23.984-, nuestro Código Procesal Penal y del mismo modo el nuevo Código Procesal Penal Federal - leyes 27.063 y 27.482- pone a cargo la investigación preliminar en cabeza del fiscal, a quien se le atribuye la responsabilidad probatoria en relación con su hipótesis acusatoria en los arts. 340 y 342 del CPP. Mención que se reitera en el art. 367, último párrafo del CPP.

En consecuencia, la pauta general en los sistemas que adoptan la investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, permite a éste practicar los actos de prueba -actualmente y conforme las modificaciones establecidas por la ley 9.040- a fin de coleccionar los elementos que darán base a sus requerimientos, salvo aquellos que, por imperio constitucional o legal, le están vedados, como expresamente se establece respecto de la apertura y examen de correspondencia, la intervención de las comunicaciones, los allanamientos de morada por caso, que requieren de autorización judicial –orden-escrita y previa.

En este orden, acierta la parte recurrente al ejemplificar, respecto de medidas probatorias de resorte exclusivo del Ministerio Público Fiscal, aun cuando éstas cuentan con un procedimiento específico, como el registro corporal. De acuerdo con ello, la petición del listado de llamadas telefónicas o su impacto en determinadas antenas supone necesariamente una menor intensidad en la injerencia de ese derecho fundamental (**ROMERO, Sebastián, «Los registros de comunicaciones telefónicas (sábanas) en la investigación penal: otro capítulo sobre la permanente tensión entre tecnología y privacidad», Revista de Derecho Procesal Penal 2011-2. La investigación Penal Preparatoria –II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 327 y ss).**

En cuanto a estas «sábanas» de datos requeridos a las empresas telefónicas, se entiende que sólo aportarán **datos exteriores de las comunicaciones** mantenidas entre los individuos y de los mensajes entre ellos, indicando datos tales como línea de la que proviene, día, hora, duración de la llamada, antena sobre la que la misma habría impactado, pero no su contenido.

Sobre este último aspecto, valga señalar que estos datos sólo indican un perímetro determinado, es decir, una zona extensa que se encuentra dentro del radio de captación de la antena, y que, al decir de los propios informes que emiten las compañías de telefonía móvil, no implican necesariamente que la llamada se hubiera desarrollado íntegramente allí, pues puede haber comenzado y terminado en otro ámbito, el de una antena distinta.

Al respecto, es evidente que lo único que con ello se puede conseguir con la geolocalización -o georreferenciación-, es un radio de acción prefijado mediante la activación de mecanismos de comunicación, a través del envío de señales, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de determinados sujetos por la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios. En caso, a través del secuestro de teléfonos celulares en el marco de investigaciones criminales.

Con la cual, esos datos obtenidos de las operadoras de telefonía, que determina una ubicación que sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la/s torre/s de telefonía móvil en las que impactaron las comunicaciones en cuestión, en modo alguno puede considerarse que afecta, al menos en forma relevante, el derecho a la intimidad, ni del emisor de la comunicación, ni tampoco de quién o quiénes resulte/n el/los receptor/es de la/s misma/s. Máxime cuando, como en autos, la solicitud fiscal estuvo enmarcada dentro de procesos de investigación criminal, acotados a un objeto de investigación –plataforma fáctica- determinado en sus circunstancias no sólo espaciales, sino temporales.

Ello, al solo efecto de demostrar el menor valor determinante que dicho dato probatorio puede llegar a alcanzar (ver, a mayor abundamiento, **ROMERO, Sebastián, obra citada, p. 345, cita 47, y p. 355**; en el mismo sentido, **LLERA, Carlos Enrique, «¿Puede el fiscal requerir el listado de llamadas telefónicas entrantes y salientes en las causas delegadas del art. 196 del CPP?», LL-2011 B- 763/764).**

Se entiende, entonces, que no advirtiéndose afectación constitucional relevante alguna a los derechos individuales de los ciudadanos protegidos por la Constitución Nacional y por nuestra Constitución Provincial, y no existiendo previsión legal expresa en contrario, dichas medidas probatorias forman parte del ámbito propio de las medidas investigativas que, como señala el art. **314 del CPP, son «[...] impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento».**

En síntesis, puede afirmarse que, en el ámbito de nuestra Provincia, la solicitud de informes por parte del Ministerio Público Fiscal dirigida a compañías telefónicas para requerir el registro de llamadas entrantes y salientes, así como la geolocalización de una línea de teléfono móvil, no implica una injerencia arbitraria en la esfera de la privacidad de las personas que atente contra lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, ni tampoco contra la Constitución de Mendoza. Ello, siempre y cuando lo sea en el marco de la investigación de un hecho delictivo, que existan motivos bastantes para vincular la línea telefónica sobre la que se requiere información con aquella investigación, y por un período de tiempo determinado, vinculado al hecho que se investiga; requisitos que taxativamente deben cumplirse, y que, además, deben estar consignados en la solicitud emitida al respecto. Por lo tanto, debe descartarse la validez de aquellas solicitudes realizadas por fuera de una causa judicial, o para requerir información para dar origen a un proceso judicial.

La solicitud a empresas de telefonía para que informen el listado de llamados correspondientes a un determinado abonado, o una línea en particular, así como el pedido de geolocalización de esta última, no es, ni puede ser asimilada con una intervención telefónica. Con aquella solicitud no se «interviene» una línea en los términos del **art. 229 del CPP**, pues se trata de una prueba informativa que no vulnera garantía constitucional alguna, y en donde ninguna norma procesal impide su producción. Así se ha expedido un sector importante de la jurisprudencia al considerar que el listado de llamados es ajeno al dispositivo de telefonía celular (véase, en lo pertinente, **fallo «Quinteros», de la Cámara Nacional de Casación Penal**).

Sin perjuicio de ello, también debe señalarse que la conclusión arribada lo es en estricta relación y referencia con el estado actual de la tecnología. Pues, en su caso, si el avance en los instrumentos tecnológicos que aparecen involucrados en autos permiten, por su mayor precisión, una ampliación en la esfera de intrusión, logrando captar información que supere el estricto margen al que acabo de hacer referencia, ello no puede quedar marginado de una revisión sobre los parámetros a los que se arriba en el presente voto.

e.- Conclusión

En definitiva, y por las consideraciones expuestas, considero que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, por lo que debe responderse de manera afirmativa a la tercera cuestión planteada.

ASÍ VOTO

Voto Dr. Llorente. Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los **DRES. PEDRO JORGE LLORENTE Y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Habiéndose llevado a cabo la audiencia oral en la que se escuchó a las partes, corresponde expedirme sobre las cuestiones planteadas. Para ello, realizaré, en primer lugar, algunas consideraciones generales (infra 1); luego destacaré la importancia institucional de la cuestión traída para su resolución (infra 2) y realizaré un análisis crítico de la situación actual que atraviesa el sistema acusatorio en nuestra provincia y lo vincularé con la importancia que tiene la función jurisdiccional para dicho sistema en general y para

la resolución de caso de autos en particular (infra 3). En este contexto, expresaré mi opinión sobre qué disposiciones legales resultan aplicables al caso, teniendo en cuenta la falta de legislación procesal específica en materia de acceso a la información vinculada a las comunicaciones y a la información almacenada en los dispositivos digitales (infra 4). Además, haré alusión a la jurisprudencia nacional e internacional de derechos humanos que considero aplicable al caso para evitar la responsabilidad internacional del Estado (infra 4.1 y 4.2). En este marco, aplicaré los criterios expuestos al caso bajo estudio (Infra 5). Y por último, presentaré un resumen de las conclusiones alcanzadas (infra 6).

1. Consideraciones generales

En un sistema procesal penal en el que la función jurisdiccional se caracteriza por la homologación casi automática de la actuación del Ministerio Público Fiscal, no deja de tener cierta lógica que la resolución del Tribunal Penal Colegiado en estos autos, que anula la actuación fiscal por falta de fundamentación, genera en el sistema de justicia penal cierta incomodidad. Es que en el actual sistema procesal que rige en la provincia, la figura central del órgano acusador estatal no admite relativización y su actuación suele ser sistemáticamente confirmada por la justicia de garantías. Frente a esa ausencia de control jurisdiccional, sino en sentido formal, al menos en sentido material, la resolución de instancia anterior viene a poner en el centro de la escena la necesidad de determinar cuál es la función que mínimamente debe cumplir un juez o una jueza de garantías en un Estado democrático de Derecho. Como no puede ser de otra manera, esa función debe ser la de preservar las garantías constitucionales no sólo de la persona sometida a proceso sino de toda la población que puede ser víctima de un Estado que pretenda la vigilancia y control de la ciudadanía.

El juez que resolvió la instancia de apelación considera que si durante el transcurso de una investigación penal preparatoria la Fiscalía entiende que es necesario acceder a información vinculada a las comunicaciones telefónicas, a la información contenida en los teléfonos móviles secuestrados y otras actividades probatorias que supongan el registro de la intimidad de las personas, debe explicar las razones que justifiquen su decisión. Dicho de otro modo, lo que pretende el juez no es que la Fiscalía no lleve a cabo una medida que puede afectar el derecho a la intimidad de las personas, sino que el o la fiscal fundamente su petición y la someta al control del juez o jueza de garantías, que también debe autorizar la medida fundadamente. Lo que incomoda de la resolución impugnada es que se dice que tanto el o la fiscal como el juez o la jueza deben realizar bien su trabajo: la Fiscalía debe fundamentar su decisión y el Juzgado Penal Colegiado debe controlar la razonabilidad de la medida. Se trata simplemente de que una resolución propia del sistema de justicia que, en la medida en que puede suponer una de las máximas injerencias en la intimidad de una persona, sea llevada a cabo de manera fundada. La resolución cuestionada no pretende más que eso, pero tampoco menos.

Sin embargo, las reacciones que generan estas desacostumbradas muestras de autonomía ponen en evidencia que el simple ejercicio de la tarea de control jurisdiccional altera la normalidad del sistema justicia penal. En efecto, el Ministerio Público Fiscal, que de algún modo se consideró no sólo procesalmente agraviado, sino también interpelado por el modo en el que ejerce su función investigadora, ha ejercido sus facultades de impugnación con todo éxito, puesto que se le ha hecho lugar a todas sus peticiones. En efecto, por un lado, logró alcanzar la admisibilidad formal del recurso casación cuando la resolución impugnada, como expuse al resolver el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y como lo sostuvo la defensa pública en la audiencia oral, de ningún modo puede ser equiparada a sentencia definitiva. Por otro lado, el señor Procurador General y su equipo de fiscales hicieron diversas

presentaciones que le permitieron lograr que la causa sea resuelta por el pleno de esta Suprema Corte de Justicia, que finalmente decidió por mayoría de cuatro votos a tres, anular la resolución del juez de apelación que obligaba a fiscales y jueces a fundamentar la realización de medidas probatorias que afectaran el derecho a la intimidad. Así, el Ministerio Público Fiscal ha logrado que nuestra jurisprudencia relativice su deber de fundamentar sus decisiones, a la vez que la jurisdicción ha visto flexibilizados sus deberes de control respecto a la actividad de las partes.

De esta manera, se consolida la centralidad del Ministerio Público Fiscal en un sistema procesal que se caracteriza por la desigualdad de armas. Esta consolidación ha llegado a tal extremo que el recurso de casación, en lugar de ser el recurso por excelencia del acusado –tal como lo pensó el más destacado procesalista argentino, Julio Maier, en su proyecto de sistema acusatorio–, se ha transformado –en los hechos– en un recurso en el que se le concede al Ministerio Público Fiscal –de manera casi exclusiva– lo poco que le niega el sistema acusatorio en las instancias anteriores.

Pues bien, no puedo compartir esta decisión de mis colegas que no viene sino a profundizar el desbalance de nuestro sistema procesal. Por ello voy a dejar sentada mi opinión en el sentido de sostener la resolución impugnada por el Ministerio Público Fiscal. Ello, en modo alguno supone negar la gravedad de los hechos que se investigan, sino todo lo contrario: cuanto más grave es el hecho que se investiga, se debe ser más respetuoso de las leyes procesales para no poner en peligro el éxito de la investigación. En otras palabras, cuando el caso es grave, hay que trabajar mejor, no peor.

2. La trascendencia institucional del caso

La resolución cuestionada tiene, en mi opinión, una particular relevancia en razón de que enciende una luz de alerta sobre un tema central para la vida en democracia: **los límites que impone el derecho a la intimidad.**

En efecto, determinar en qué casos y bajo qué condiciones el Estado puede afectar el derecho a la intimidad de la ciudadanía constituye una cuestión central en la que se pone en juego el modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de Derecho. Por ello, es determinante dilucidar el rol que debe cumplir el Poder Judicial en la preservación de un Estado de libertades. Dicho de otro modo, no se trata sólo de determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, sino de fijar posición sobre qué tipo de protección deben ofrecer los y las jueces y juezas del Poder Judicial a la ciudadanía ante la posible afectación de su vida privada.

En mi opinión, establecer cuándo es legítimo obtener información vinculada a las comunicaciones que se encuentran almacenadas en los teléfonos móviles requiere de una justificación específica. Por un lado, es necesario analizar, desde el punto de vista del acusado, cuándo existen buenas razones para considerar legítima la obtención de este tipo de información en el marco de un proceso judicial. Una persona acusada está obligada a soportar la injerencia estatal en su intimidad sólo cuando se le han ofrecido buenas razones para ello. Esto ocurre cuando una persona se encuentra sometida a un proceso en el que existen importantes elementos de sospecha de su intervención en el hecho –de los que se deriva razonablemente una hipótesis delictiva que para ser explorada–, y la investigación requiere ineludiblemente de la búsqueda de pruebas en lugares que requieren la interferencia en el ámbito de su vida privada. Por otro lado, las razones que se expongan para justificar una injerencia en su intimidad también deben ser oponibles a la comunidad: a la ciudadanía se le deben ofrecer motivos bien fundados para que comprenda por qué este tipo de medidas son importantes y necesarias para la preservación del Estado de Derecho. Expresado

drásticamente, es necesario alcanzar un estándar que no frustre el resultado de una investigación, pero que a la vez preserve la garantía del derecho a la intimidad de tal modo que la información obtenida mediante el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas constituya un mecanismo que permita fortalecer –y no debilitar– las bases democráticas del Estado de Derecho.

Las consideraciones expuestas se apoyan en un modelo teórico en el que el Estado de libertades tiene la función de garantizar la autodeterminación del individuo. El Estado no debe garantizar la felicidad de los y las ciudadanas, pero sí asegurarles la posibilidad de desarrollar sus vidas *«libre de un temor paralizante y de una heteroadministración abrumadora»* (PAWLIK, Michael, **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 36/37**). Sin embargo, para evitar un Estado absolutista que se inmiscuya arbitrariamente en la vida privada de las personas, es indispensable que estas últimas –a quienes se le garantiza un amplio espacio de autodeterminación– colaboren también en el mantenimiento del Estado de libertades. Ese deber de cooperación está vinculado fundamentalmente con el deber de respetar a los demás como personas, esto es, el deber de no arrogarse dominio sobre el espacio de libertad de otros. Por ello, cuando un ciudadano o una ciudadana comete un delito no sólo niega la personalidad de la víctima, sino que también infringe ese deber de cooperar con el mantenimiento del Estado de libertades. Por esta razón, la persona acusada está obligada a soportar el proceso y sus respectivas medidas de coerción y, si se demuestra su culpabilidad, también está obligada a soportar la pena: *«el ciudadano que reclama esa autodeterminación no solamente actúa en el rol de un particular interesado en una protección efectiva de su propia integridad frente a posibles daños y que es responsable frente al Derecho, sino también en el rol de un ciudadano del Estado que es responsable del Derecho»* (PAWLIK, Michael, **obra citada, pp. 36/37**).

Ahora bien, que la ciudadanía deba colaborar con el mantenimiento del Estado de libertades no significa que el Estado deba desentenderse de esta tarea. También un Estado democrático de Derecho, respetuoso de las libertades del individuo y garante de su espacio de autodeterminación, debe prever mecanismos institucionales para evitar convertirse en un Estado policial asfixiante. Por ello es fundamental que el Estado de libertades desarrolle instancias de autocontrol que garanticen la no afectación de las garantías y derechos fundamentales de la ciudadanía. En otras palabras, que una sociedad democrática no pueda *«apostar exclusivamente por el poder de sanción de las instituciones, de entrada porque ello exigiría una intensidad de vigilancia que nadie puede querer en un Estado de libertades»*, no quiere decir que el Estado deba poner sólo en manos de la ciudadanía el respeto de las garantías. También el mantenimiento del Estado de libertades es asunto del Estado (PAWLIK, Michael, **obra citada, pp. 36/37**).

Pues bien, para evitar que la afectación al derecho a la intimidad se transforme en una injerencia inadmisibles en la esfera íntima de las personas, el Estado de Derecho no sólo debe regular bajo qué condiciones esa afectación es posible, sino que además debe establecer de qué manera el Estado se garantiza a sí mismo el uso razonable, limitado y controlable de esa facultad. Por ello, no puede ser el propio órgano estatal encargado de dirigir la investigación quien ordene la medida y ser, a su vez, quien controle su legalidad.

Expresado de manera categórica, en un sistema acusatorio adversarial basado en la igualdad de armas, el o la fiscal que investiga no puede tener el monopolio exclusivo de decidir unilateralmente el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas o al contenido de los dispositivos móviles, sin un control del órgano jurisdiccional que justifique de manera fundada la necesidad de la medida y sus límites.

La Fiscalía debe explicarle a la ciudadanía por qué necesita de una medida investigativa tan drástica; y el juez o jueza de garantías no puede ser un homologador automático de la petición, sino que debe ejercer responsable y fundadamente su tarea de control. No parece desmesurado exigir en un Estado de Derecho, que la afectación de garantías fundamentales para la ciudadanía se deba ordenar de manera fundada, ni que el control de la medida esté a cargo de un órgano distinto de quien la requiere. Suele decirse que la separación de funciones entre la fiscalía y el juzgado de control es una de las conquistas más importantes del sistema acusatorio. Pues bien, el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y a la que se encuentra almacenada en nuestros dispositivos móviles no puede ser sino el ámbito más propicio para hacer efectiva esa separación de funciones, de modo que no quede reducida a una pura cuestión conceptual.

En definitiva, lo expuesto no es sino el reflejo de esa tradición republicana, liberal y democrática que aparece ya en la Constitución Nacional de 1853, que disponía que *«el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación [...]»* (conf. art. 18, CN). En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Mendoza de 1916 señala que *«[l]a correspondencia epistolar, telegráfica o por otro medio de comunicación análogo, es inviolable y no puede ser ocupada o intervenida sino por autoridad judicial competente y en los casos designados por las leyes [...]»* (conf. art. 15, C.Mza.).

El alcance y la protección de estos derechos han sido posteriormente profundizado y desarrollado en instrumentos internacionales de Derechos humanos (PIDCP, art. 17 incs. 1 y 2; CADH, art. 11 inc. 2; DADDH arts. 5 y 9; DUDH art. 12 –**todos ellos, tratados con jerarquía constitucional**–). Sin embargo, aquí me interesa destacar su rol fundamental en la definición política de nuestra comunidad: de estas garantías surge el derecho a una «esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás» (conf. NINO, Carlos, **Fundamentos de Derecho Constitucional**, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 333). Y este derecho es fundamental para la democracia, puesto que de él depende nada menos que el ejercicio de las demás libertades sobre las que se asienta el sistema político: no hay Estado de Derecho sin un ámbito de reserva en el que los individuos puedan desarrollar libremente su personalidad exentos de todo control estatal.

En esta línea de pensamiento liberal, democrático y republicano se enmarca la resolución impugnada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal. En mi opinión, contrariamente a lo expresado por el voto mayoritario de mis colegas, la resolución que esta sentencia nulifica en realidad contribuye a fortalecer el equilibrio de un sistema acusatorio cuya característica fundamental es el desequilibrio entre las partes. Paso a explicar esta afirmación en el punto siguiente.

3. La importancia del control jurisdiccional en un sistema acusatorio caracterizado por la desigualdad de armas

La necesidad de control jurisdiccional de la actividad probatoria del órgano acusador que puede llegar a afectar el derecho a la intimidad de las personas vinculadas a la investigación se hace todavía más evidente en casos en los que aquél acceda al contenido de las comunicaciones telefónicas y de lo almacenado en la telefonía celular. Y ello es así al menos por dos razones. Por un lado, porque en la actualidad probablemente se afecte más el derecho a la intimidad de una persona si se accede a toda la información vinculada a sus comunicaciones, como también a su computadora o a su teléfono móvil que a su propio domicilio. En efecto, es tal la cantidad de información privada que se puede encontrar en un dispositivo

electrónico que posiblemente el ámbito de privacidad se juega más allá que en el domicilio particular. Y, por otro lado, porque la centralidad que ocupa el Ministerio Público Fiscal en el proceso penal actual ha terminado por tergiversar el sistema autodenominado «adversarial» que ha degenerado en un proceso que, incluso en muchos ámbitos, aparece como más inquisitivo que el viejo sistema mixto que rigió en nuestra provincia hasta la derogación de la ley 1.908. Ello, necesariamente, obliga a los órganos jurisdiccionales a extremar las medidas de control para evitar que el sistema se transforme en un «fraude de etiquetas», en el que se consolida un modelo de investigación oficial nominalmente acusatorio pero materialmente inquisitivo. Dicho brevemente, el control de las garantías no puede quedar en manos del controlado, sino que esa función le corresponde a los jueces y juezas del Poder Judicial.

Se decía que el antiguo sistema mixto era fundamentalmente inquisitivo en la etapa de investigación, porque el juez de instrucción producía la prueba y él mismo la valoraba. La investigación era fundamentalmente policial y la tarea de aquel poderoso juzgado se limitaba a realizar una ratificación judicial del sumario de prevención que había sido elevado por la policía. El juicio, en cambio, con sus defectos de escrituración excesiva y con la particularidad de que era dirigido casi de modo inquisitivo por el tribunal, era fundamentalmente eso, un juicio y no una mera ratificación de la actuación policial. En esos juicios condenaba o absolvía el Tribunal, no la policía.

El actual sistema acusatorio se ha limitado a separar los roles de modo que queda claramente diferenciada la función del fiscal investigador de la del juzgado de control, que está obligado a asegurar la legalidad de la investigación y el respeto de las garantías constitucionales. **Sin embargo, la relación de poder con la que el investigador oficial –ahora la fiscalía– ejerce su función no sólo no se ha modificado, sino que se ha profundizado.** En efecto, si bien aquél Juzgado de Instrucción producía y valoraba la prueba, su titular era nada menos que un juez o una jueza, pero también nada más que un juez o una jueza.

En cambio, el actual investigador oficial no solo es un o una fiscal con similares facultades que las que tenía el juez o la jueza de instrucción, sino que detrás de él existe toda una institución –el Ministerio Público Fiscal– que es muy poderosa presupuestaria y políticamente, y cuenta no sólo con el o la fiscal interviniente en la causa, sino con un Ayudante Fiscal, con un Jefe o Jefa de la Fiscalía, un Fiscal Adjunto y el señor Procurador General. Toda una estructura que cuenta además con un gigantesco cuerpo de peritos –peritos de parte, que actúan como peritos oficiales– en todo tipo de especialidades.

Este panorama transforma a esta institución en un verdadero aparato organizado de investigación penal que tiene en la Defensa Pública un voluntarioso oponente, con vocación de servicio, pero que llega al proceso penal desasistida presupuestaria, edilicia e institucionalmente; lo que la transforma en un rival claramente más débil que su potente adversario. Esta desigualdad entre Defensorías «pobres» y Fiscalías «ricas» resulta tan evidente que denominar «adversarial» a este sistema, sobre la base de una siempre pretendida y nunca conseguida «igualdad de armas», tiene cierta dosis de cinismo.

La conclusión alcanzada sobre el estado de la Defensa Pública en Mendoza es que su situación es tan desventajosa que el derecho de defensa en juicio se ha vuelto una cuestión elitista: sólo quien puede pagar costosas defensas privadas, peritos privados y financiar una investigación llevada a cabo por sus propios abogados y abogadas, podrá ser un adversario medianamente competitivo para un desmesurado Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, pese a estas diferencias notables entre los adversarios, cada monitoreo carcelario demuestra que nuestro sistema penal no ha logrado evitar su ineludible destino selectivo. En efecto, la realidad

penitenciaria pone en evidencia que este enorme y costoso sistema no está al servicio de la persecución penal de grandes organizaciones criminales, sino que sólo encierra pobres, que además –en su gran mayoría– son condenados en acuerdos procesales sin juicio previo. A ello debe sumarse que ingresan al sistema penitenciario más personas privadas de libertad de las que se liberan, lo que pone al desnudo la inveracidad de la afirmación de que la puerta es giratoria.

En este esquema de centralidad exclusiva y excluyente del Ministerio Público Fiscal, lo que menos puede exigírsele cuando pretende acceder a información vinculada a comunicaciones telefónicas e inspeccionar un teléfono móvil es que fundamente su petición.

Y lo que menos puede exigírsele a un juez o jueza de garantías es que exija esa motivación y ofrezca a su vez buenas razones para resolver fundadamente sobre la procedencia o no de la medida y que señale, además, cuáles son los límites de la misma.

En otras palabras, los y las juezas deben ser los custodios de las garantías que caracterizan a un Estado democrático de Derecho, y por eso nuestras normas le exigen que actúen como actuó el juez en el caso que hoy nos ocupa. Los tribunales superiores de provincia, en tanto tribunales constitucionales, también son garantes de la preservación de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Por ello, entiendo que se debe confirmar la decisión recurrida en tanto respeta y hace respetar el cumplimiento de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial y de las leyes que en su consecuencia se dictan. Sin embargo, con la revocatoria de esta resolución el respaldo a la función jurisdiccional queda relativizado. Ya no sólo tenemos defensores públicos desasistidos, sino también jueces debilitados.

4. La falta de regulación legal y la necesidad de una interpretación extensiva en favor de la protección del derecho a la intimidad

En un Estado democrático que recoge los condicionamientos y debilidades antes señalados, no es posible aceptar que los límites que impone el derecho a la intimidad de una persona se vean quebrantados sino por una decisión jurisdiccional debidamente fundada que así lo autorice. Por esta razón, entiendo que la solución adoptada por el juez que resolvió el recurso de apelación debe ser sostenida.

En efecto, es cierto que tal exigencia no surge de la ley adjetiva, pues el requerimiento de autorización jurisdiccional para acceder a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y a la que se encuentra almacenada en dispositivos electrónicos no se encuentra específicamente regulada.

Sin embargo, del estudio del contexto normativo vigente en nuestra provincia, interpretado a la luz de las obligaciones emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia nacional e internacional pertinentes, surge que las exigencias normativas previstas en los arts. 217, 227 y 229 del CPP provincial deben hacerse extensivas a supuestos como el que nos ocupa en esta oportunidad.

Es que, si es verdad que los riesgos de una mayor afectación del derecho a la intimidad se dan en mayor medida cuando se accede a la información vinculada a nuestras comunicaciones telefónicas y en la inspección de aparatos electrónicos que en un allanamiento de morada, lo que menos puede exigirse en estos casos es el cumplimiento de las mismas reglas que garantizan la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados.

Pues bien, en las tres normas procesales invocadas –relacionadas, respectivamente, con el allanamiento de morada, la interceptación de la correspondencia e la intervención de comunicaciones– se requiere

autorización judicial por decreto fundado para el proceder fiscal. Y más aún, en el **art. 229 quater** se exige que, de las ordenes que disponen intervenciones de las comunicaciones, el juez o jueza de garantías remita copia en sobre cerrado a esta Suprema Corte de Justicia de la Provincia, «[...]la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso».

Como puede advertirse, nuestro Código Procesal Penal no ha regulado de forma específica el proceder respecto a las comunicaciones telefónicas y toda la información que se vincule a ellas, como tampoco el acceso a la información almacenada en los dispositivos electrónicos; salvo para los casos de intervenciones de las comunicaciones en tiempo real. Sin embargo, resulta coherente lo que se exige ante los otros supuestos de avances sobre el derecho a la intimidad de la persona sospechosa de la comisión de una conducta delictiva: esto es, la autorización judicial por decreto fundado.

En consecuencia, no encuentro razones para considerar que en casos de intromisión al derecho a la intimidad de características muy similares a aquéllos que cuentan con una regulación legal específica no sean merecedores de una misma protección, en tanto se impone el deber judicial de garantizar derechos fundamentales que son, además, objeto de un sólido amparo constitucional y convencional.

Así las cosas, la laguna normativa mal puede ser entendida como habilitante de un proceder fiscal sin control judicial. Reinterpretado a la luz del principio pro persona, resulta que debe demandarse para este supuesto específico los mismos recaudos que blindan el derecho a la intimidad en las otras circunstancias contempladas en la ley.

En suma, en los casos que nos ocupa debe llevarse a cabo una interpretación analógica a las exigencias de los arts. 217, 227 y 229 del CPP, de modo que resulta necesaria una resolución judicial fundada que haga lugar a la medida solicitada por el o la fiscal que lleva adelante la investigación penal preparatoria, quien también debe fundar su petición.

4.1. Las limitaciones jurisprudenciales al accionar estatal en el ámbito del derecho a la intimidad

No existe duda alguna respecto a que las comunicaciones telefónicas –así como toda la información vinculada a ellas– integran el núcleo de intimidad de una persona, y que por ello son merecedoras de protección estatal frente a una posible intromisión.

Así lo han señalado los máximos tribunales con competencia en nuestro país: en el año 2009 tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) adoptaron decisiones trascendentales vinculadas con la tensión de derechos que se configura en supuestos como el que estamos analizando, y fijaron criterios que debemos atender en esta oportunidad. Ello sucedió en los antecedentes «**Halabi**» y «**Escher Vs. Brasil**», respectivamente.

El **precedente «Halabi» de la CSJN**, reiteradamente citado en este proceso, resulta de relevancia en tanto afirma que el **derecho a la intimidad se encuentra protegido por los arts. 18 y 19 de la CN**. En este caso, la Corte Suprema, en su voto mayoritario, afirmó que las comunicaciones referidas en la **ley 25.873** y todo lo que las personas transmiten por esas vías de comunicación integran la esfera de intimidad personal, al tiempo que reconoce que las garantías que emanan del derecho a la intimidad actúan contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva de la vida privada de las personas afectadas. Así, a criterio del máximo Tribunal de la Nación, la **información vinculada a las comunicaciones telefónicas** se encuentra comprendida y resguardada dentro del ámbito del derecho a la intimidad que protegen los artículos 18 y 19 del CN (CSJN, sentencia del 24 de febrero de 2009, «Halabi», Fallos 332:111, considerando 14 del voto

mayoritario de los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

También en esta oportunidad la **Corte Federal** dirimió la tensión de derechos suscitada entre los dos intereses en pugna, a saber: **el derecho a la intimidad frente a la investigación estatal de delitos**.

Bulacio v. Argentina

Así, analizó la situación a la luz de los lineamientos establecidos en el precedente **«Bulacio v. Argentina»** de la Corte IDH en materia de **límites al accionar del orden público**.

Entendió que sólo por ley se puede justificar la intromisión en la vida privada de la ciudadanía y siempre que exista un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. En este sentido, afirmó que *«[...] en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. Art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que “la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”»* (considerando 24 del voto mayoritario).

Además, al recordar su propia jurisprudencia sobre los requisitos para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia (Fallos 318:1894), mencionó que se requiere: i) que una ley determine los casos y los justificativos para poder tomar conocimiento de su contenido; ii) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial e importante objetivo estatal –desvinculado de la supresión de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión–; iii) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto; y iv) que el medio no sea más extenso que lo indispensable para el pretendido logro.

Todo ello, a su vez, resulta coherente y complementario con los criterios fijados por la Corte IDH, que también se ha pronunciado respecto del alcance del derecho a la vida privada de las personas y su vinculación con la intervención o escucha de sus comunicaciones telefónicas precisamente en el mismo año en que lo hizo la Corte federal. En definitiva, desde hace más de una década la jurisprudencia nos ofrece soluciones para llenar el vacío normativo cuya determinación suscita el presente conflicto.

Escher y otros Vs. Brasil

Pues bien, en el caso **«Escher y otros Vs. Brasil»** la Corte IDH abordó específicamente la responsabilidad internacional estatal por la interceptación, monitoreo y divulgación de conversaciones telefónicas y la posible afectación de los derechos a la honra y la intimidad, a la vida privada, dignidad y garantías judiciales y procesales.

En este precedente, la Corte IDH destacó que el art. 11 de la CADH –protectorio de la honra y de la dignidad de las personas– prohíbe toda injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de las personas y que, si bien las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en la letra convencional, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. En este sentido, la Corte IDH advierte al respecto que la norma convencional *«[...]se aplica a las conversaciones*

telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación» (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», de 6 de julio de 2009, párr. 114).

En función de ello, estableció que para que una autorización de injerencia al derecho en cuestión se adecue a la CADH, debe cumplir con los siguientes requisitos: i) estar prevista en la ley; ii) perseguir un fin legítimo, y iii) ser idónea, necesaria y proporcional. Concluyó de este modo que la falta de alguno de estos requisitos implica que la injerencia es contrataria a la CADH (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», de 6 de julio de 2009, párrs. 115, 118 y 129).

En lo que refiere específicamente a la previsión legal de la autorización de la injerencia en la vida privada por parte del Estado, el Tribunal Interamericano también fijó un estándar específico. Así, explicó que «[e]n cuanto a la interceptación telefónica, teniendo en cuenta que puede representar una seria interferencia en la vida privada, dicha medida debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos» (cfr. «Caso Escher y otros Vs. Brasil», párr. 131). A ello agregó que, incluso, en los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión de autorización sea dictada sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que se han ponderado todos los requisitos legales y, en particular, las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión que se solicita (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», párr. 139).

Como se advierte, las conclusiones desarrolladas por el tribunal que actúa como último intérprete de la CADH –tratado vigente en nuestro país y con jerarquía constitucional–, resultan de absoluta relevancia y pertinencia en el caso de autos. El Tribunal Interamericano afirma que las conversaciones telefónicas se encuentran dentro del derecho a la vida privada y que su protección no se satisface con la mera protección del contenido de las comunicaciones únicamente, sino que alcanza a toda la información vinculada con el proceso de comunicación, que se encuentra dentro del ámbito de resguardo del derecho a la intimidad de las personas. Reconoce que los Estados pueden acceder a esta información, pero para que ello se adecue a la CADH, las autorizaciones para la injerencia en este ámbito deben satisfacer el estándar antes mencionado –esto es, estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales–. En este sentido, se requiere que detalle quiénes pueden solicitar las injerencias al ámbito de la vida privada y quiénes las deben autorizar, con el correspondiente análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Los citados precedentes no resultan intrascendentes a la hora de resolver la cuestión que nos ocupa. Al contrario.

Sobre el valor de estas apreciaciones convencionales, hay que decir que ya en los históricos **antecedentes «Giroldi» y «Simón»** –entre otros– la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió respecto del valor que debe atribuirse en la administración nacional a la jurisprudencia interamericana dictada en casos

contra otros Estados miembros de la CADH. Así, reconoció que deben servir como «[...] *guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*» (CSJN, «Giroldi, Horacio D. y otro», Fallos 318:514). De manera tal que la consideración de los estándares establecidos por vía jurisprudencial resulta insoslayable para la judicatura, en tanto garantes del control de constitucionalidad y de convencionalidad, por una parte. Por otra, esta intervención precisamente se configura como antesala necesaria para evitar, ante la falta de observancia de los mismos, un supuesto de ilícito internacional que amerite la sanción del Estado argentino.

Lo señalado se agrega al deber que rige para esta Suprema Corte de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las libertades y garantías que emanan de la CADH (CADH, art. 2); cuya observancia es esencial en la búsqueda de asegurar el *effet utile* del Derecho internacional de los derechos humanos vigente en nuestra Nación.

Así las cosas, comparto el criterio de la resolución impugnada en el sentido de que los precedentes analizados ponen el debido énfasis en que la utilización de la información vinculada a las comunicaciones se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente. Por esta razón, en el contexto normativo provincial y el estado jurisprudencial de la cuestión, entiendo que el resguardo del derecho a la intimidad puesto en crisis debe llevarse a cabo de forma semejante a la protección que se asigna al allanamiento de las moradas, a las intervenciones de las comunicaciones y a la interceptación de correspondencia.

4.2. Algunos antecedentes relevantes en la jurisprudencia anglosajona

La solución que aquí se propone para la problemática planteada tiene importantes antecedentes en la jurisprudencia estadounidense. En efecto, al igual que los altos tribunales ya mencionados, también la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha ocupado de la cuestión.

La jurisprudencia de esta Corte es indiscutible, en función del sólido emparentamiento liberal que comparten las constituciones estadounidense y argentina, y así lo ha considerado reiteradamente nuestra Corte Federal (conf. CSJN, Fallos 345:263, 344:1930, 344:1082, 344:378, 344:2344, 342:584, 329:1092, entre otros). Además, la trascendencia y relevancia pública a esta altura del análisis resulta ya indiscutible. En la materia que nos ocupa, sus criterios se han forjado a través de un proceso evolutivo que data de 1967 –tiempos de la prestigiosa «**Corte Warren**», destacada por su agudeza en la interpretación de derechos civiles– y que ha continuado profundizándose con pronunciamientos contemporáneos a los ya expuestos.

Inicialmente, en el año 1967 la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió en el precedente «*Katz vs. United States*» que la IV Enmienda de su Constitución protege a las personas y no a los lugares. Así, analizó si la persona podía reclamar una protección «justificable y razonable» sobre una «expectativa legítima de privacidad». Este precedente amplió sustancialmente el concepto de privacidad e introdujo en la discusión la idea de «expectativa razonable de afectación de la privacidad», donde tomó en cuenta cuestiones que hacen a la vida de las personas. Concluyó que la vigilancia constante de las conversaciones telefónicas colisionaba con esta expectativa subjetiva de privacidad.

Riley vs. California

En el año 2014 el precedente «**Riley vs. California**» –citado específicamente por la defensa– realiza un

avance de suma importancia hacia la construcción de lo que hoy configura el estado de la cuestión en la jurisprudencia en Estados Unidos en materia de acceso a la información que se encuentra en los teléfonos móviles de las personas. En este pronunciamiento, la Corte reconoció la existencia de la privacidad interrelacionada con la información guardada dentro de los celulares y exigió que para su **apertura se requiera orden de registro judicial para la preservación de la IV Enmienda**.

Carpenter vs. United States

Finalmente, en el año 2017 se emitió otro precedente de relevancia, «**Carpenter vs. United States**». Aquí la cuestión se enfocó en la necesidad de autorización judicial para acceder a la ubicación de sitio de los celulares, tanto por la información que generan intencionalmente los usuarios como por la que se genera de forma automática. La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió, por mayoría, la necesidad de autorización judicial para el requerimiento de esta información a las compañías de teléfono.

El voto mayoritario, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia sobre la «**expectativa razonable de privacidad**», abordó específicamente la necesidad de contar con autorización judicial para obtener la información de ubicación del sitio celular por el impacto que esta tecnología tiene en la actualidad en la privacidad. Explicó que este tipo de información hoy en día es detallada, enciclopédica, precisa y compilada sin esfuerzo.

Negó que sea de aplicación la «doctrina de terceros», según la cual las personas voluntariamente exponían cierta información sobre la que no podía tener expectativa de privacidad, por la capacidad ilimitada para relevar y almacenar información confidencial que posee la tecnología celular actual.

Agregó que la crónica de la presencia física de una persona compilada día a día, por varios años, implicaba consideraciones sobre la privacidad mayores a las expuestas en los fallos que habían desarrollado la «doctrina de terceros».

Además, resaltó que la información sobre la ubicación que otorga el celular no es realmente compartida por los usuarios, sino que por su naturaleza ineludible y automática, la única forma de dejar de aportar dicha información es mediante la desconexión del aparato de la red. A ello se agregó que la utilización de teléfonos móviles en la actualidad es indispensable para la participación en la sociedad moderna.

En consecuencia, no se podía afirmar que el usuario voluntariamente compartiera la información de su ubicación en todo momento. La mayoría entendió que este tipo de información genera una ventana a la vida íntima de las personas, debido a que no expone únicamente sus movimientos, sino también intereses personales, familiares, políticos, religiosos, sexuales, entre otros.

Así, concluyó en la necesidad de contar con orden judicial –basada en una causa probable– para obtener este tipo de información a los efectos de no vulnerar la IV Enmienda.

5. Aplicación de los criterios expuestos al caso bajo estudio

Pues bien, aplicados los criterios doctrinarios y jurisprudenciales a las constancias de la causa, no queda ninguna duda que tanto las solicitudes del Ministerio Público Fiscal como las autorizaciones judiciales otorgadas por parte de la justicia de garantías carecieron absolutamente de fundamentación alguna.

En efecto, en fecha 26 de noviembre de 2020 se realizó la primera petición fiscal para que se autorizara judicialmente la extracción de datos registrados en los dispositivos telefónicos secuestrados. Allí, se solicitó específicamente la obtención del registro de llamadas entrantes y salientes de los celulares, la existencia de archivos de audios, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia y cualquier

otro dato allí almacenado. A tal fin, el Ministerio Público Fiscal requirió la utilización del Dispositivo Universal de Extracción de Datos Forenses (U.F.E.D.) de la División de Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza. El mismo día del pedido fiscal el Juzgado Penal Colegiado N° 2 autorizó la medida solicitada por considerarla «pertinente» y ordenó la extracción de los datos almacenados en los dispositivos secuestrados con el fin de obtener «1) registro de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares, 2) la existencia de archivos de audio, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia, 3) y cualquier otro dato almacenado en los teléfonos secuestrados».

Con posterioridad, en fecha 3 de febrero de 2021, el Ministerio Público Fiscal presentó una nueva solicitud de extracción de datos, esta vez, mediante la utilización del sistema Ataque de Fuerza Bruta, Downgrade de Bootloader, Modificación de Bootloader y Jailbreak. Además, requirió autorización para cambiar las contraseñas de las cuentas de las SIM CARD a fin de poder acceder a los backups de DataBase de redes sociales. Explicó que de la utilización del sistema UFED, anteriormente autorizada, no se había logrado extraer información de relevancia. Nuevamente peticionó que se extrajeran los registros de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares, la existencia de archivos de audio, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia, y cualquier otro dato almacenado. El mismo día el Juzgado Penal Colegiado N° 1 hizo lugar a la medida en los mismos términos que fue solicitada.

De la lectura de las respectivas peticiones fiscales, así como de las correspondientes autorizaciones judiciales, surge que no contaron con la más mínima fundamentación que justificara ex ante la realización de la medida probatoria. En efecto, no se determinó el objeto de la medida –es decir, qué se pretendía encontrar–, ni tampoco la hipótesis delictiva que se investigaba y de la cual podía delinearse mínimamente qué se pretendía hallar con la medida.

Los recurrentes ante esta instancia refieren que la medida probatoria anulada se encontraba destinada a acreditar la materialidad del hecho, individualizar a los acusados y la configuración de una única banda que se encontraba cometiendo diversos hechos. Sin embargo, estas afirmaciones no se contrastan en forma alguna con las solicitudes fiscales remitidas en fecha 26 de noviembre de 2020 y 3 de febrero de 2021, ni las autorizaciones judiciales dictadas en consecuencia.

Dicho de otro modo, tanto las peticiones fiscales como las autorizaciones judiciales parecieron «salir a la caza» de cualquier elemento que pudiera hallarse, sin tener la más mínima información probatoria que indicara –al menos someramente– qué se pretendía encontrar. En otras palabras, queda claro que lo que se pretendía era un registro indeterminado de la intimidad de las personas vinculadas a los teléfonos secuestrados, sin que se hubiera ofrecido fundamentación alguna que justificara la petición fiscal y la respectiva autorización judicial.

Lo expuesto, como ya se dijo, no supone desconocer la gravedad de los hechos que se investigan y el dolor que han supuesto para las víctimas, muchas de ellas personas de edad avanzada. Sin embargo, son los casos en lo que quienes tienen a cargo la investigación deben ser muy cuidadosos en el respeto de las formas procesales. No parece una exigencia desproporcionada que en un caso grave se explique la pertinencia de la medida que se solicita y que el juez o la jueza no se limite a decir que es pertinente, sino que explique las razones de su otorgamiento. Para decirlo en términos sencillos, cuánto más grave sea el hecho mejor debe ser la actuación de nuestros magistrados. **Lo que resulta inadmisibles es aceptar la validez probatoria de una medida que no ha sido resuelta ni controlada judicialmente con la fundamentación mínima que el caso requiere.**

En definitiva, del estudio de toda la jurisprudencia invocada se puede concluir que no existen dudas respecto de que nos encontramos frente a un supuesto de afectación al derecho a la intimidad de una persona investigada que merece límites que deben ser garantizados a través del accionar judicial. Y ello es así más allá del déficit que aqueja nuestro ordenamiento normativo provincial.

Por esta razón, cuando se considere que la información que puede hallarse en el interior de aparatos electrónicos pueda ser útil para la averiguación de la verdad en el marco de las investigaciones penales, corresponde que se requiera la pertinente autorización jurisdiccional en los términos previstos para allanamientos, interceptación de correspondencia e intervención de comunicaciones (**arts. 217, 227 y 229 CPP**).

Dicho brevemente: se requiere autorización jurisdiccional fundada para avanzar sobre el derecho a la intimidad de la persona investigada, tal como resulta en medidas como la analizada en este caso. La determinación jurisprudencial de estos presupuestos no sólo forma parte de la responsabilidad del Poder Judicial en tanto garante de la Constitución nacional y provincial, sino también de nuestro deber de no generar responsabilidad internacional por incumplir con la prohibición de injerencia arbitraria y abusiva en la vida de las personas.

Además, resulta relevante que, para que estas injerencias en la intimidad no resulten arbitrarias, el juez o la jueza que la autorice analice y justifique la idoneidad del pedido, su pertinencia y proporcionalidad, como ha establecido la Corte de IDH. Caso contrario, las injerencias resultarían contrarias a la CADH y configurarían un ilícito internacional susceptible de generar responsabilidad estatal. Lo expuesto pone en evidencia la trascendencia de la función jurisdiccional en la determinación de los límites al poder punitivo en un Estado democrático de Derecho.

6. Conclusiones

1. Un Estado democrático de Derecho tiene la función de garantizar la autodeterminación del individuo. Ello significa que el Estado debe asegurarle a las personas la posibilidad de desarrollar sus vidas «libre de un temor paralizante y de una heteroadministración abrumadora». Por ello, establecer en qué casos y bajo qué condiciones el Estado puede afectar el derecho a la intimidad de la ciudadanía constituye una cuestión central en la que se pone en juego el modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de libertades. El papel del Poder Judicial en la determinación de los límites de esa afectación resulta decisivo para nuestra democracia.
2. La injerencia estatal en la intimidad de las personas requiere de buenas razones que la justifiquen tanto respecto a la persona acusada en un proceso judicial como respecto a la comunidad que también se ve afectada por la medida. Por ello, resulta necesario alcanzar un estándar que no frustre el resultado de una investigación, pero que a la vez preserve la garantía del derecho a la intimidad de las personas. Se trata de encontrar un mecanismo que permita fortalecer –y no debilitar– las bases democráticas del Estado de Derecho.
3. El Ministerio Público Fiscal no puede decidir unilateralmente el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y al contenido de los dispositivos electrónicos, sin un control del órgano jurisdiccional que justifique de manera fundada la necesidad de la medida y sus límites. La resolución impugnada precisamente exige que tanto la petición fiscal como la autorización judicial estén debidamente fundamentadas. Ese estándar mínimo no admite relativización si lo que se pretende es la preservación del Estado de libertades.

4. El actual proceso penal ha sufrido una tergiversación que ha transformado el sistema en un «fraude de etiquetas», pues se trata de un modelo de investigación oficial que nominalmente es acusatorio pero materialmente inquisitivo. Hablar de sistema adversarial con base en la igualdad de armas cuando los adversarios llegan al proceso de un modo crasamente desigual, con una Defensa Pública desasistida presupuestaria, edilicia e institucionalmente, tiene cierta dosis de cinismo. El Poder Judicial no puede mantenerse al margen de esta realidad. Si se pretende rescatar al menos los escombros de un sistema adversarial, la función jurisdiccional debe tener una importancia decisiva: el control de las garantías no puede quedar en manos del controlado, sino que esa función le corresponde a los jueces y juezas del Poder Judicial.

5. La necesidad de control jurisdiccional de la actividad probatoria del órgano acusador que puede llegar a afectar el derecho a la intimidad de las personas vinculadas a la investigación se hace todavía más evidente en casos en los que aquél acceda a información vinculada a comunicaciones telefónicas o al contenido de lo almacenado en la telefonía celular. En la actualidad probablemente se afecte más el derecho a la intimidad de una persona si se accede a toda la información vinculada a sus comunicaciones, como también a su computadora o a su teléfono móvil, que a su propio domicilio. Es tal la cantidad de información privada que se puede encontrar en un dispositivo electrónico que posiblemente el ámbito de privacidad se juega más allí que en el domicilio particular. El estado debe ser muy cuidadoso en estos casos. Por eso, la resolución fundada de un juez o una jueza resulta determinante para la realización controlada de la medida.

6. No existe disposición legal que regule el procedimiento para la obtención de información vinculada a comunicaciones telefónicas o almacenada en aparatos electrónicos. Por ello, teniendo en cuenta lo señalado en el punto anterior, en el sentido que la intimidad se ve más afectada en estos casos que en un allanamiento de morada, por lo menos deben regir las disposiciones procesales que regulan este último supuesto, las que regulan la interceptación de la correspondencia o la intervención de las comunicaciones. Esta interpretación analógica, que extiende el ámbito de aplicación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, requiere de un decreto fundado del juez interviniente para la realización de la medida (arts. 217, 227 y 229 del CPP).

7. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del mismo modo que buena parte de la jurisprudencia norteamericana, se encuentra en sintonía con lo que aquí ha sido expuesto. A ello, debe sumarse la jurisprudencia de la Corte IDH que resuelve en el mismo sentido y, además, advierte de la posible responsabilidad estatal internacional ante su inobservancia.

8. Las peticiones fiscales y las respectivas autorizaciones jurisdiccionales que fueron anuladas en la instancia de apelación no contaron con la más mínima fundamentación que justificara ex ante la realización de la medida probatoria. En efecto, no se determinó el objeto de la medida –es decir, qué se pretendía encontrar–, ni tampoco la hipótesis delictiva que se investigaba y de la cual podía delimitarse mínimamente qué se pretendía hallar con la medida. En realidad, se «salió a la caza» de cualquier elemento que pudiera hallarse, sin tener la más mínima información probatoria que indicara –al menos someramente– qué se pretendía encontrar. Queda claro que lo que se pretendía entonces era un registro indeterminado de la intimidad de las personas vinculadas a los teléfonos secuestrados, sin que se hubiera ofrecido fundamentación alguna que justificara la petición fiscal y la respectiva autorización judicial.

9. No se puede desconocer la gravedad de los hechos y cómo la nulidad de los actos procesales a los que

les falta la debida fundamentación requerida por la ley puede repercutir en el resultado de la persecución penal de estos hechos. Por eso es importante destacar que cuanto más grave es el hecho que se investiga, más respetuoso se debe ser de las leyes procesales para no poner en peligro el éxito de la investigación. En otras palabras, cuando el caso es grave, hay que trabajar mejor, no peor. La resolución impugnada no ha hecho más que subrayar esta necesidad.

En función de las razones expuestas, considero que se debe responder de manera negativa la cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ** adhiere al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

En cuanto tiene que ver con el recurso de casación articulado por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Penal Colegiado n° 2 considero que el mismo debe prosperar. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

I.- CUESTIÓN PRELIMINAR.

a.- Acerca de las referencias al expediente escrito.

Debe señalarse que, conforme se desprende de la compulsa de la resolución cuestionada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal, así como también, de las audiencias realizadas en el marco de las presentes actuaciones –audiencia de apelación y audiencia de informe oral del recurso de casación articulado-, tanto las partes –acusación y defensas- como el propio juez de la instancia previa, hicieron referencia en sus respectivas argumentaciones a diversas fojas del expediente principal. Entiendo que, del modo en que se explicará en lo sucesivo, ello resulta incompatible con el modelo de enjuiciamiento penal adoptado en el ámbito de la provincia de Mendoza. Muy especialmente, luego de la reforma introducida al ordenamiento procesal a partir del sistema de la Ley n° 9.040.

En efecto, esa normativa consolida un proceso de reformas procesales que ha evolucionado desde el año 1999, con la sanción del nuevo Código Procesal Penal mediante la ley 6.730 y las sucesivas leyes 7.692, 8.869, 8.896, 8.929, 9.040 y 9.106 –entre las más relevantes– hacia un sistema de tipo acusatorio–adversarial, mediante una firme y vigente política procesal judicial.

Al respecto, he sostenido en oportunidades anteriores que, con el dictado de la ley 8.869- y, posteriormente, de la ley 8.896, se profundizaron las notas que caracterizan nuestro modelo de enjuiciamiento penal como de corte acusatorio-adversarial, privilegiándose –entre otros aspectos- el sistema de audiencias orales.

Ejemplos varios de esa situación los encontramos en el procedimiento por el que transita el pedido del Fiscal de prisión preventiva, en cuyo caso, el Fiscal formula su presentación por vía electrónica, el secretario o la OGAP fija «[...]inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio», la que deberá tramitarse con la presencia del Juez, el Fiscal, el Imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización», y, finalmente, oídos los respectivos

argumentos de las partes, el juez debe resolver en forma inmediata y oral, escrituralizándose la parte esencial del auto de prisión preventiva. Trámite que debe replicarse, por expresa disposición legal, y bajo pena de nulidad, «*en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295)*» (art. 294 del CPP, reformado por la ley 8.869).

Las mismas notas acusatorias-adversariales se observan en la regulación procesal para la tramitación y resolución de los criterios de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial, en cuyo caso, los mismos serán resueltos por el Juez «[...] *en una audiencia oral y continua, donde no se permiten la lectura de memoriales y luego de oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el artículo 155*» (art. 362 CPP, reformado por la ley 8.896). Por este modelo regulado de trámite de audiencia oral debe regirse la audiencia el juez de primera instancia en el presente caso.

Asimismo, sobre la fundamentación de los actos y resoluciones jurisdiccionales en general, el art. 155 del CPP (reformado por la ley 8.896), establece que «*en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario*»(ver, al respecto y en lo pertinente, el voto de quien suscribe en los precedentes «**Mercado Carrizo**», «**D'Ascanio**», «**Colaoiacovo**», «**Prieto Franco**», «**Lima**», «**Oropel**», «**Orihuela Soto**»).

Posteriormente la ley 8.934 modificó las reglas de la apelación y dispuso en el art. 472 que «[e]l Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362».

La política judicial procesal orientada a separar definitivamente la función administrativa a cargo de la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) de la jurisdiccional de los jueces agrupados en Tribunales Penales Colegiados y Juzgados Penales Colegiados, quienes deben ejercer la función jurisdiccional exclusivamente, se profundizó con la sanción y entrada en vigencia de la Ley n° 9.040. En ese sentido, a fin de evitar la delegación de sus funciones y que asuman las administrativas, entre diversas normas, se establece que «*los jueces no dictarán instrucciones de carácter administrativo, ya sean generales ni particulares, no delegarán tareas jurisdicciones en los integrantes de la OGAP, ni modificarán los procedimientos administrativos dictados por esta última*» (art. 11 de la ley mencionada).

Además, se dispone la reforma de normas procesales como las que regulan la audiencia preliminar donde: los planteos de solución del conflicto, acuerdo reparatorio o reparación integral, suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado «se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto» (art. 364 CPP); o las nulidades y excepciones «las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral» (art. 366 CPP).

En el procedimiento correccional, en la audiencia de debate, luego de cerrado el debate el juez «*podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración*» (art. 417 quinquies CPP). Por su parte, en el procedimiento de flagrancia, respecto de la audiencia de finalización la norma reformada establece que «el Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente pero luego de cerrado el debate el juez

podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común» (**art. 439 quáter del CPP**).

Finalmente, y como pauta general de interpretación en el art. 85 de esta ley, se dispuso que «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes».

De este modo, la sucesiva evolución normativa permite observar un tránsito en el sistema acusatorio en tres etapas sucesivas: una primera generación, a partir de la ley 6.730, en que el carácter acusatorio del procedimiento penal es de tipo formal; una segunda generación, a partir de la ley 8.969 y sucesivas, donde se acentúa con la oralidad el carácter acusatorio-oral del proceso; y, una tercera generación, a partir de la ley 9.106, donde se define el sistema de enjuiciamiento penal vigente con las notas de un sistema acusatorio de corte adversarial (ver, en lo pertinente, el voto de quien suscribe en los precedentes «Mercado Carrizo», «Colaiacovo», «Alaníz Rojas»).

He expresado, junto con la mayoría de los integrantes de este Cuerpo, que «[...] *la interpretación normativa que toma a la Constitución como cumbre y sostén del ordenamiento jurídico, «constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles... “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas»* y que «[...] *las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí»* (**BOBBIO, Norberto Teoría general del derecho, Ed. Temis, Colombia, pp183 y 175**) (ver voto de la mayoría en el Fallo Plenario “Carpintero”).

Allí se explicó que el art. 1 de la C.N. establece el principio normativo constitucional, que se corresponde con el principio normativo convencional (art. 31 y 32 de la Convención de Viena) y con el principio normativo legal (art. 9 de la C.N. y art 34 de la C. de M.). En consecuencia, nuestro sistema jurídico es normativo, porque está constituido por reglas escritas a través de las cuales debemos comprender su sentido y se deben configurar sus teorías (“Carpintero”).

También que «[...], nuestro sistema jurídico constituye un **ordenamiento jurídico** al establecer en primer lugar la **unidad** que nace de la supremacía de la Constitución (arts. 31, 75 inc. 22, 27 y 28, C.N.)» (“Carpintero”). Como expresamente lo dispone el art. 148 de la C. de M. «Con lo cual se consagra sin lugar a duda la **supremacía de la Constitución**, que está sobre todos y descarta absolutamente de nuestro derecho la supremacía legislativa (soberanía parlamentaria), la supremacía del ejecutivo (autocracia), la supremacía judicial (de los jueces) o la supremacía del pueblo sin reglas (que no se trata de la soberanía popular sometida en su ejercicio a las reglas establecidas). En segundo lugar, impone la **coherencia**, con el principio de inalterabilidad (art. 28, C.N.) y la cláusula argentina de conformidad de conformidad d ellos tratados al derecho público establecido (art. 27, C.N.). Finalmente, la **plenitud**, constituyendo un sistema jurídico dinámico (art. 14, 14 bis, 27, 28 33, C.N.) y en el art. 149 de la Constitución de Mendoza [...]. En consecuencia, en nuestro ordenamiento normativo, jurídico, jurídicamente **solo es posible y conveniente una interpretación normativa siguiendo el proceso interpretativo constitucionalmente establecido** [...]» (“Carpintero”).

Así, la obligación de cumplir con el ordenamiento normativo, nace del vínculo jurídico de cada representante con la función que materializa e impone la Constitución Nacional y Provincial (“Carpintero”).

Estas buenas razones expuestas, exigen que las normas procesales vigentes desde la ley 6.730 de 1.999 y las sucesivas modificaciones, que responden a tres generaciones dentro del modelo de enjuiciamiento acusatorio (formal, oral y adversarial), requieran necesariamente de interpretación. Es decir que, estamos frente a una **situación de interpretación**, porque resulta evidente que existen dudas sobre la inteligencia de estas. La interpretación debe ser operativa, no en forma fragmentada, como si fueran compartimentos estancos, ni fragmentaria, separando lo que no está dividido, método propio de la vieja escuela de la exégesis. Sino dentro del ordenamiento jurídico como un sistema jurídico, con unidad, coherencia y plenitud, y para ello, hay que tener en cuenta el contexto lingüístico, el contexto sistemático y contexto funcional (“Carpintero”).

Esta pauta del contexto funcional nace la Convención de Viena, está referido a los actos posteriores que permiten establecer la intención -en este caso- del legislador, permiten comprender que, con la sanción de las sucesivas leyes, se estableció una política (“Carpintero”) que, en nuestro caso, es una política procesal, gradual y progresiva hacia un sistema acusatorio adversarial, sancionando inicialmente el modelo de enjuiciamiento acusatorio formal -con ciertos resabios del sistema inquisitivo atenuado-, luego acusatorio oral -suprimiendo los resabios inquisitivos y con notas adversariales- y finalmente acusatorio adversarial. Política procesal que, se podrá compartir o no, pero es la vigente. En consecuencia, es evidente que la política procesal penal judicial en la Provincia tiene su correlato en las sucesivas leyes, que prevista en forma gradual y progresiva, privilegia la metodología de la audiencia oral en la tramitación y resolución de los procesos, y no el procedimiento escrito y los expedientes (sea papel o digital), que requiere imprescindiblemente de la aplicación de la técnica conocida como la Teoría del Caso, la que exige una Teoría del Hecho, una Teoría de la Prueba y, finalmente, una Teoría Jurídica, cada una de las cuáles se canaliza mediante una determinada y pertinente técnica de litigación oral. Ello determina que las partes apliquen la Teoría del Caso, con las características que asuma según el tipo y el objeto de la audiencia que se trate, y que lo propio hagan los jueces al momento de emitir sus decisiones en el marco de los procesos judiciales en los que intervengan.

De acuerdo con ello, la metodología de audiencias orales se traduce en importantes modificaciones en la dinámica del proceso.

La metodología de audiencias orales exige que en todas las oportunidades la exposición, el debate, la litigación, la posibilidad de arribar a acuerdos (suspensión de juicio a prueba, juicio abreviado, estipulaciones probatorias, etc), como para la decisión, actúen en forma personal los jueces, como los fiscales y defensores, lo que **impide la delegación del trabajo** en funcionarios y empleados (propia del método de expedientes) -que **no debe ser confundida con la delegación de la acción pública o la función** de fiscales y/o defensores prevista en la ley como se da en el caso de los ayudantes fiscales y codefensores- y requiere por cada parte no sólo el conocimiento de cuáles son los elementos de prueba (que constan en el legajo o en su caso en el expediente fiscal) sino que necesariamente debe comprenderlos para poder elaborar la Teoría del Caso, la que debe describir durante la audiencia.

A su vez, la contraparte debe exponer su Teoría o contradecir la expuesta. Para ello, deben hacerlo con tal claridad que el juez pueda entender con los elementos que se le brindan en la audiencia y pueda tomar la decisión inmediatamente; salvo cuando el caso es complejo (por la cantidad de causas y/o imputados/enjuiciados) o sea un caso difícil, y excepcionalmente requiera suspender o más tiempo para comprobar en los elementos que seleccionaron por las partes, acompañados al LeD y utilizados como

evidencia de su Teoría o crítica a la de la contraparte. Pero, en estos casos, el juez no debe recurrir al expediente (papel o digital), porque en él no sólo se encuentran las evidencias utilizadas por las partes, sino otras no contempladas total o parcialmente, ni utilizadas, ni litigadas.

Cuando las partes pretenden que el juez recurra y/o lea el expediente (papel o digital), investigue y busque en él los elementos para tomar la decisión, es porque ellas no han preparado debidamente o comprendido el caso, **trasladando su responsabilidad al decisor** y se sienten liberados por la decisión a la que en definitiva arribe. Es por eso que en el sistema acusatorio adversarial, las partes deben ser *celosos custodios* que las pruebas se obtengan según las garantías constitucionales y que, además, no se introduzcan evidencias probatorias que –aún constando en el expediente (papel o digital)-, no han sido litigadas en la audiencia por las partes y, por ello, no pueden ser tenidas en cuenta por el juez.

Cabe señalar que un sistema de enjuiciamiento penal orientado al modelo acusatorio-adversarial, impacta necesariamente en el rol que le corresponde seguir al juez en las causas donde ejerce su jurisdicción, quien interviene como un tercero que es independiente, imparcial e imparcial (v., en lo pertinente, fallos de la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia «Mopardo Dupox», «Flores González», «Orihuela Soto», «Ferreya Ordoñez», «Riquelme Valdez», entre otros; además, votos de quien suscribe en los precedentes «Lima», «Oropel», «Tizza» y «Blas»). En particular, me interesa destacar lo dicho en «Mopardo Dupox» acerca de que *«[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso».*

Para expresarlo de otra manera, tanto el acusador, como la defensa, deben seleccionar el material probatorio del que se van a servir para sustentar, según la etapa procesal transitada y su particular teoría del caso en la audiencia oral respectiva. Y ello debe tener correlato en la decisión del juez por aplicación del principio de congruencia, que no debe ser con el expediente (papel o digital) sino con la actuación de las partes durante la audiencia oral. Por tanto, al resolver el caso sometido a su conocimiento, su decisión deberá estar de acuerdo y ser la consecuencia resolutive de los planteos y elementos aportados por las partes, los que deben ser referenciados según el tipo de actuación que se trate, y no por su foliatura en un expediente escrito o su ubicación en el sistema de registración digital (LeD).

Por su parte, la metodología de enjuiciamiento por tramitación de expediente (papel o digital), está fundada en la alta delegación de las actividades en funcionarios y empleados. Ello, no obstante que los principales actos procesales (decretos, autos y sentencias) los firma el juez o el fiscal. Con lo cual, se burocratiza el desarrollo particular de cada proceso judicial penal en particular, y, por extensión necesaria, toda la administración de justicia, con un significativo costo económico (en funcionarios y empleados; equipamiento tecnológico y mobiliario para cada uno de ellos; espacio físico, para que puedan desarrollar sus actividades; etc.). Además del incremento notable de tiempo a fin de poder llegar a resolver las cuestiones planteadas o la decisión que pone fin al proceso.

De acuerdo con lo expresado, advierto que esa metodología por expediente acuña viejas prácticas, de

referencias y citas a actuaciones por su foliatura de expediente (papel o digital), consecuencia directa de la delegación en los subordinados (funcionarios o empleados) y/o el traslado de la propia responsabilidad del decisor, que constituyen una cultura arraigada de los sistemas inquisitivos atenuados, mixtos y acusatorio formal, pero que es incompatible con la metodología de audiencia oral, donde cada uno debe cumplir con su función y debe responder por ello. Pero cuando el juez trabaja con el método de expediente personalmente, por muy buena predisposición que tenga, no sólo deja de lado la imparcialidad sino que su actuación atenta contra la celeridad y eficiencia del servicio de justicia.

La implementación práctica de esta política procesal penal, además de las normas adjetivas a las que breve y ejemplificativamente se hiciera referencia en forma precedente, ha sido acompañada desde el inicio por esta Suprema Corte de Justicia que, en función administrativa, dictó diversas acordadas. Entre ellas, cabe destacar la Acordada n° 28.923, dictada en fecha 28 de agosto de 2018, que amplió la regulación del trámite de la audiencia de acusación (art. 417 *quater* ss y cc del CPP), que dispuso «[...] *prohibir la recepción de expedientes o solicitar su remisión, imponiendo la carga a quien represente al MPF a llevar las actuaciones a la audiencia oral*» (punto I b). Como también, la Acordada n° 28.927, de fecha 5 de septiembre de 2018, que prohibió transformar en procedimiento escrito una audiencia oral fijada por la OGAP. Así, en sus considerandos expuso que «[...] *a la fecha se ha cumplido la primer etapa de implementación de la reforma procesal penal, encontrándose en funcionamiento en todo el territorio provincial los Juzgados Penales Colegiados y los Tribunales Penales Colegiados, y obedeciendo a los principios introducidos por la Ley 9040, esto es celeridad, desformalización, registración en soporte digital –entre otros-, es que en procura de lograr una mayor eficacia en la tramitación de las causas penales, se advierte la necesidad de continuar con la segunda etapa de la implementación de la reforma, la que dio inicio con el dictado de la Acordada N° 28.888 y prosiguió con las Acordadas N° 28.921 y 28.923, con las que se busca afianzar el tránsito hacia un proceso acusatorio de corte adversarial, y profundizar la implementación de un modelo de justicia que deja de lado el trámite escrito de la petición para pasar a ser una administración de justicia basada en el litigio en audiencia oral en contradicción [...]*»;

A su vez, durante la pandemia debe señalarse, en primer lugar, que la Resolución de implementación n° 54, del 11 de mayo de 2020, dispuso la recepción únicamente de escritos y todo tipo de documentación vía digital, aclarándose que «[e]n caso de ser necesario, en toda causa en trámite y con audiencia fijada, dispóngase el escaneo únicamente de las evidencias esenciales para la misma [...]», disponiéndose, en consecuencia, que «[...] *el Administrador de la OGAP podrá ordenar el escaneo y remisión de la prueba ofrecida y aceptada que consta en expedientes papel, cuando se fije fecha de debate en los casos que ya se encuentran radicados*».

En segundo lugar, mediante la Resolución de implementación n° 55 del 18 de agosto de 2020, por la que se puso en funcionamiento el sistema de Legajo Digital (LeD), se dispuso que «[...] *los Juzgados y Tribunales Penales Colegiados de la Primera Circunscripción Judicial tramitarán los pedidos de audiencias y/o casos que ingresen a través de la creación de legajos digitales mediante el sistema LeD, manteniendo la prohibición a todas las OGAP de recibir y tramitar casos o causas en formato papel, tales como expedientes o compulsas*».

Posteriormente, con la Acordada n° 29.954, dictada en fecha 10 de marzo de 2021, se diseñó un procedimiento de sobreseimiento a través de una solicitud por un formulario estandarizado, luego de los procedimientos digitales que avanzaron con posterioridad a la pandemia. En aquella acordada se

argumentó que «[...] *la gestión de casos no requiere de la presencialidad física en todo acto, y menos aún del expediente en soporte papel, sino que con la adopción de medios telemáticos, en el caso del fuero penal, se puede continuar mejorando la celeridad procesal lograda por la ley 9040 y seguir el camino de la desburocratización, despapelización y simplificación de procedimientos*» y, a su vez, que el procedimiento diseñado «[...] *requiere el uso de un formulario digital y la remisión electrónica de determinadas actuaciones, lo que evita el traslado de causas incluso en formato digital, respetando las bases de un sistema acusatorio adversarial en el que el juez debe resolver conforme a lo peticionado y aportado por las partes*».

En esta línea, la Acordada n° 30.171 del 4 de agosto de 2021 dispuso la fecha a partir de la cual todas las causas tramitarían exclusivamente en formato digital, y en el caso del fuero penal a través del sistema LeD instaurado en forma piloto por la resolución de implementación N° 55 previamente citada.

En síntesis, podemos concluir que la política procesal penal sancionada e implementada, determinó un cambio gradual, progresivo y continuo del vigente sistema de investigación y juzgamiento inquisitivo atenuado o mixto, orientándose desde el inicio -con la ley 6.730 en 1.999- al sistema acusatorio adversarial. Y, luego, a partir de la segunda generación de tipo oral, buscó que se optimizaran los tiempos (siguiendo el principio de celeridad e inmediatez) a un menor costo con reingeniería de procesos y recursos, con la incorporación de tecnología para la video registración, con el desarrollo posterior del sistema LeD (Legajo Digital), permitiendo a la OGAP (Oficina de Gestión de Audiencias Penales), como a las partes y jueces, ordenarse y ejercer mejor cada uno su propia función, lo que se traduce en una mayor eficiencia del sistema, contribuyendo a la seguridad jurídica, la transparencia de las actuaciones, tanto para las autoridades judiciales competentes, como organismos habilitados, partes y abogados en general, que asegurar la igualdad de armas y evitan la sorpresa para la contraparte o la pérdida de imparcialidad del juez. En definitiva, herramientas para seguir construyendo una sana y prestigiada administración de la justicia penal.

II.-ANTECEDENTES DEL CASO.

Breve reseña de las actuaciones, de la decisión cuestionada y de los agravios del Ministerio Público Fiscal. Ahora bien, de manera previa al abordaje de los agravios que expresa el Ministerio Público Fiscal, surge necesario realizar una breve reseña sobre las actuaciones procesales que precedieron la resolución jurisdiccional que es materia de impugnación casatoria. Ello permitirá, en cuanto aquí interesa para la solución del presente caso, observar el derrotero procesal cumplido en la tramitación de los presentes obrados, particularmente lo vinculado a las incidencias planteadas en orden a la temática debatida, cuáles fueron las decisiones adoptadas en las diversas instancias, y sobre la base de qué argumentos se adoptaron las decisiones previas a que el tribunal de la instancia anterior resolviera del modo en que lo hizo en el decisorio bajo examen.

a.- Conforme se desprende de la compulsa efectuada, en el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de citación a juicio (art. 362 del CPP), en fecha 22 de agosto de 2022, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 2, rechazó los planteos efectuados por las defensas de los imputados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Lucas Enzo Luna Amaya, Mauro Medina y Carlos Roque Luna Medina, contra las medidas probatorias oportunamente ordenadas por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo, rechazó las oposiciones efectuadas a los requerimientos de citación a juicio y dispuso la elevación a juicio de los autos principales P-85.765/20 y sus acumulados P-64.536/20, P-59.342/20, P-72.329/20, P-75.021/20, P-66.521/20, P-

62.027/20, P-69.036/20, P-65.418/20, P-65.247/20, P-92.904/20, P-86.503/21, P-98.011/20, P-98.286/21 y P-102.768/21, de conformidad con lo previsto en el art. 361, ss. y cc., del CPP.

Contra esa resolución, la defensa del acusado Carlos Luna interpuso recurso de apelación. Esa impugnación se dirigía contra el «[...] *resolutivo arribado en audiencia del día 22 de agosto de 2022 en virtud de causar la misma un gravamen irreparable [por la que] se denegó la oposición al requerimiento de elevación a juicio y el pedido de nulidades contra las medidas probatorias ordenadas por la fiscalía que fueron razón determinante de la actuación fiscal de requerimiento de elevación a juicio [...]*». Sin embargo, en el desarrollo del recurso se aleja del objeto del mismo (v. orden n° 490).

Aquí conviene detenerse para formular observaciones sobre la impugnación defensiva y su admisión formal por parte del tribunal de la instancia previa.

Por un lado, debe señalarse que, como fundamento del recurso interpuesto, la defensa invocó el art. 509 del mismo cuerpo normativo (v. pág. 2 del escrito de la defensa, obrante en soporte digital), siendo que en dicha norma nada tiene que ver con el caso bajo estudio. Ello, por cuanto se trata del dispositivo procesal que establece el procedimiento de las apelaciones contra las resoluciones que han sido dictadas en el marco de un incidente de ejecución penal. Además, la defensa consideró que la resolución que le provocaba un gravamen irreparable, era la denegatoria de nulidad de dictamen del Ministerio Público Fiscal, relacionado a un pedido de recusación del fiscal (v. pág. 3).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta ,también, que el recurso de apelación resultó articulado sólo respecto de Carlos Luna por los letrados que ejercían su defensa técnica en el marco de las causas seguidas a instancia fiscal en su contra quienes, además, asistían a Almonte Sánchez y Mauro Medina. –Dres. Carlos Reig y Pablo Moreno–.

Ahora bien, no obstante la normativa procesal invocada para fundar la procedencia de la vía impugnativa incoada, y de los errores que surgen en la individualización de la resolución atacada, lo cierto es que, teniendo en consideración lo resuelto en el precedente «Mercado Carrizo», en el que se sostuvo que a los efectos de su admisibilidad formal, el recurso de apelación sólo requiere la indicación de los puntos de la resolución que se cuestionan, tales errores no impiden la admisibilidad formal del recurso. Por lo tanto, en este sentido, la vía intentada ha sido debidamente concedida por el tribunal recurrido (v. decreto de fecha 29 de agosto de 2022, orden n° 496 del sistema LeD) quien, además, les concedió a las restantes defensas plazo para adherir al recurso interpuesto, conforme se desprende de las cédulas de notificación –y su diligencia– a los letrados correspondientes (v. cédulas, orden n° 498 al 506).

Por su parte, en relación con las adhesiones al recurso, debe señalarse que no ha podido establecerse en el expediente si ello efectivamente aconteció. No obstante ello, se observa que a las audiencias de apelación, comparecieron el doctor Da Silva –defensor de Lucas Enzo Luna Amaya– y los doctores Reig y Moreno, que desarrollaron agravios también en defensa de Mauro Medina y Almonte (v. registro audiovisual de las audiencias de los días 20 y 26 de octubre de 2022, orden n° 442 del sistema LeD de autos P-62.027/20).

b.- En el marco de la audiencia de apelación, y luego de dos audiencias en las que se escucharon los planteos de las partes –realizadas los días 20 y 26 de octubre de 2022–, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, en función de apelación, en fecha 10 de noviembre de 2022, resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna

Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que detalló seguidamente.

En ese orden, el tribunal de la instancia previa resolvió lo siguiente:

«I.- **HACER LUGAR** parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que se detalla en los puntos siguientes.

II.- **DECLARAR** la nulidad de: 1) los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público de fs. 307/309, y 484/486 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas; 2) de las resoluciones dictada por el Juez de Garantías que autorizan dichas medidas obrantes a fs. 311 y 487 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas, y 3) de todos los informes relacionados a dichas extracciones (Art. 203 del C.P.P.).

III.- Atento lo resuelto precedentemente disponer:

En autos P-85765/20, respecto de los imputados Coria, Almonte, y Luna Amaya ELEVAR la causa a juicio por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA (Arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2 del C.P); y respecto del imputado Carlos Roque Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-59342/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-75021/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-64536/20 respecto de los imputados Almonte, Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-72329/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-66521/20 respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-62027/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-69036/20, respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65418/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65247/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-92904/20, ELEVAR la causa a juicio respecto de Luna Medina Carlos Roque por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (Arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54, y 166 inc. 2 tercer párrafo del C.P.).

En autos P-98286/21, ELEVAR la causa a juicio respecto de Mauro Roberto Medina por el delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA (Art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo del C.P.).

En autos P-61212/20, respecto de los imputados Almonte y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-980115/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-86503/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-102768/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

*IV.- Conforme lo resuelto precedentemente y lo dispuesto por el art. 204 del C.P.P., **APARTAR** al Dr. Galdo Andreoni y a las Dras. Patricia Alonso, Natacha Cabeza, Miriam Núñez y Miriam Gardey [...]» (orden n° 549 del sistema LeD, de los autos n° P-85.765/20).*

El juez *a quo* expuso de manera oral los fundamentos de su decisión, los que obran en soporte digital, los que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- i.- Que las comunicaciones telefónicas se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad conforme los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, la ley 27.411 -que ratifica el Convenio de Budapest-, normas del Código Procesal Penal de Nación (sic), y jurisprudencia nacional, tal como el fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;
- ii.- Que la comunicación telefónica cuenta con tres segmentos de datos: del abonado; de tránsito o tráfico; y, de contenido;
- iii.- Que los datos de tráfico –metadatos- resultan ser los más importantes pues son precisos y reveladores, siendo éstos información sensible por lo que deben estar protegidos por el derecho a la intimidad;
- iv.- Que esos datos sólo pueden ser revelados por orden de autoridad judicial;
- v.- Que dicha autoridad es del juez, pues es quien controla en nuestra legislación al fiscal, en resguardo al debido proceso;
- vi.- Que en el requerimiento de apertura telefónica se deben hacer saber los motivos o razones y los datos telefónicos que se pretenden buscar, así como el período de tiempo que debe coincidir con los delitos investigados;
- vii.- Que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y ello los torna nulos;
- viii.- Que en el caso analizado los jueces en función de garantías se extralimitaron en las respectivas

órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales;

ix.- Que declarada la nulidad de las actuaciones referenciadas en las fojas precitadas, luego de analizado el mérito probatorio con la exclusión de la prueba nulificada, correspondía elevar alguna de las causas a juicio y reenviar las restantes al Ministerio Público Fiscal para que evaluara el mérito probatorio. Esto último el tribunal lo hizo sin declarar la nulidad de los autos de elevación a juicio, que le había sido peticionado por la defensa.

c.- Frente a esa decisión, el Ministerio Público Fiscal se agravia porque la resolución emitida por el tribunal impugnado ha declarado erróneamente la nulidad del pedido de extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados en el marco de las investigaciones producidas en las presentes causas, como así también, de las órdenes judiciales emitidas por los jueces competentes autorizando dichas medidas, y de los informes solicitados a la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen organizado del Poder Judicial de la Nación vinculados con los teléfonos celulares mencionados. Ello por cuanto, a su entender, no existe ninguna actividad procesal que resulte violatoria de derechos y garantías fundamentales de los acusados, dado que las diligencias practicadas se encontraban debidamente justificadas en el caso concreto, y no han puesto en crisis el desenvolvimiento del proceso.

Considera el impacto que esa resolución causa en la tramitación de las causas, dado que hace imposible que la acción continúe, porque si bien el juez *a quo* dispuso que se evaluara el mérito de diferentes causas por parte del fiscal de instrucción, lo cierto es que el material probatorio nulificado ha sido el basamento fundamental para determinar la participación de los acusados en todos los hechos investigados. La nulidad de la extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados como de todos los informes vinculados a estos, determina que resulte difícil determinar otra corriente probatoria independiente que permita arribar al grado de convicción requerido para el elevación a juicio.

Refiere que el juez *a quo* entendió que había existido violación al derecho de intimidad protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales al razonar que esos datos de tránsito resultan más importantes que los datos de contenido porque brindan información precisa de los lugares en donde puede encontrarse una persona y, en mérito a ello, deben ser recabados por orden de juez competente a pedido del fiscal. En base a ello, señala que esa resolución resulta arbitraria, imprecisa e inmotivada y que, además, imposibilita que se continúe con el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos investigados, por la trascendencia que ostenta el material probatorio nulificado por el juez *a quo* en la acreditación de la participación criminal de los acusados en tales hechos

En este orden, estructura los agravios en tres acápite:

1.- Falta de precisión de la decisión cuestionada.

En este aspecto, la parte recurrente expresa que en la parte resolutive del auto atacado, únicamente se individualizan los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, pero no se determina cuáles son los demás actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, supliendo esa específica determinación por una remisión genérica que impide tener certeza sobre la extensión de la sanción, y genera inseguridad jurídica que no puede ser salvada por las partes. Explica que no se trata de simplemente una cuestión de estilo, sino que no es posible precisar los actos procesales que tienen o no validez en las distintas investigaciones.

Ejemplifica el cuestionamiento de la siguiente manera: los autos P-102768/21, que se originan por una compulsión de los autos P-78708/18 en los cuales Medina quedó con pedido se captura, se iniciaron en una investigación que llevaba adelante la Justicia Federal por secuestro extorsivo quien remitió a esta Unidad Fiscal el desgrabado de las intervenciones telefónicas y los datos obtenidos de esas líneas. Asimismo existían dos causas acumuladas (P-79721/18 y P-77365/18) en las cuales no estaba Medina pero donde se solicitaron datos de tráfico que han sido valorados en la causa P-102768/21. Por lo tanto, en atención a la decisión del juez *a quo*, la declaración de nulidad podría alcanzar a medidas probatorias dispuestas en otras causas y sobre las cuales ya ha recaído sentencia firme (último párrafo del punto III del resolutivo impugnado)

2.- Arbitrariedad por falta de mención de las disposiciones legales en que funda dicha nulidad absoluta.

Ello, por no tratarse de una nulidad taxativa en cuanto a la solicitud de datos de tráfico por el Ministerio Público Fiscal, y no encuadrar aquélla en ninguno de los supuestos del art. 198 del CPP. En particular, desde que la actividad desarrollada por el Fiscal de Instrucción, en cuanto a solicitar los datos de tránsito vinculados a las líneas telefónicas utilizadas por los acusados, no ha implicado la inobservancia de ninguna de las disposiciones concernientes a los sujetos esenciales que justifique su declaración de nulidad, lo que vacía de sustento legal que justifique la anulación.

3.- Falta de motivación del tribunal.

Al respecto, el Ministerio Público Fiscal considera que la nulidad dispuesta, carece de una adecuada fundamentación, en tanto se funda en manifestaciones del juez *a quo* sobre la supuesta vaguedad e imprecisión de las solicitudes efectuadas por parte del representante fiscal y de las órdenes judiciales emitidas en consecuencia, como así también, que, en esas actuaciones, no se analizó ni la pertinencia, razonabilidad ni la necesidad de las medidas probatorias en cuestión.

Al respecto, advierte que en el análisis jurisdiccional censurado, el juzgador no se refirió a ningún pedido del fiscal, como tampoco a las órdenes dadas por los distintos jueces de garantías, sino que ha realizado una afirmación genérica, y no ha considerado que surge de las solicitudes fiscales y de las decisiones jurisdiccionales pertinentes, una expresa referencia a los hechos investigados, como así también, a los elementos probatorios que se pretende obtener con esta medida.

Al profundizar este último agravio, y previo sostener que no ha existido ninguna actividad violatoria del derecho a la intimidad de los acusados, en los términos sostenidos por el tribunal con función de apelación, los recurrentes afirman que el pedido de datos de tráfico, aun cuando puedan significar una afectación al derecho a la intimidad, no es de tal envergadura que justifique la intervención del juez de garantías. Ejemplifican al respecto con otras medidas probatorias que también la afectan –así, el art. 211 del CPP- y que son resorte del Ministerio Público Fiscal.

Entiende, asimismo, que ninguna cita de la jurisprudencia invocada en la resolución cuestionada resulta aplicable a los supuestos de autos, en función del ordenamiento jurídico que rige en el orden nacional. En particular referencia al fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera que resuelve sobre otros aspectos vinculados a las comunicaciones, reafirmando que la información requerida lo ha sido dentro de sus facultados, porque estaba vinculada a la investigación de hechos delictivos concretos.

En cuanto a las órdenes emitidas por los jueces de garantías, refiere que el juez en función de apelación desconoce las características de la evidencia digital, la cual, por su propia naturaleza, no permite determinar con anterioridad dónde se ubica dentro del dispositivo electrónico. Por otra parte, refiere que

la apertura y extracción de datos es una imagen forense que, con posterioridad a su obtención, es analizada al igual que sucede con las escuchas telefónicas. Finalmente, reitera que en todos los pedidos formulados mediante oficio o el formulario de extracción de datos (Resolución nº 51 de implementación de la ley 9.040) se han volcado las razones que justificaban las medidas, y así lo entendieron los jueces de garantías que libraron los pertinentes decretos.

III.- TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS AGRAVIOS CASATORIOS

Reseñadas las principales actuaciones de las causas que originan el recurso interpuesto, particularmente la decisión cuestionada y los motivos por lo que se agravia el Ministerio Público Fiscal, corresponde a continuación analizar la procedencia de estas razones.

Del modo en que se adelantara, se considera que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal en los argumentos que propone para sustentar el agravio casatorio, porque la resolución cuestionada adolece de una serie de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido, los que serán tratados en el orden lógico jurídico que entendemos corresponde.

1. Sobre la competencia del juez en función de apelación.

En primer lugar, se estima acierta la parte recurrente cuando cuestiona que existe una evidente discordancia entre el pedido de nulidad articulado por la defensa, y lo resuelto sobre ese tópico por el tribunal de la instancia previa. Afirmación que encuentra sustento objetivo en las constancias comprobadas de la causa.

En efecto, conforme se desprende de la visualización del soporte audiovisual respectivo, teniendo en cuenta la presentación defensiva y –principalmente- la segunda audiencia oral realizada en fecha 26 de octubre de 2022 (a partir del min. 00:27:02), como bien señala el Ministerio Público Fiscal, la defensa impetró la nulidad de los pedidos de geolocalización de las líneas telefónicas móviles a las empresas de telefonías, porque consideró que fueron requeridos sin orden judicial. Este planteo se asentó en considerar que la relevancia de la información surgida de allí como elemento que permitió –luego- inferir la participación de los imputados en los hechos.

Así, uno de los defensores de Luna, Almonte Sánchez y Medina, expresó que «[iba] a mantener los agravios del recurso de apelación [...] [pues] ha existido violación de normas y garantías constitucionales y convencionales [...] [por lo que, junto con el otro defensor, iban a] a solicitar la nulidad por haber pedido el Fiscal la geolocalización de teléfonos celulares [haciendo mención a la causa principal N° P-87.765/20 y sus acumuladas N° P-59.342/29, P-980.115/29, P-61.212/20, P-62.027/20, P-64.536/20, P-65.427/20, P-65.418/20, P-66.521/20, P-79.036/20, P-72.329/20 y P-75.021/20 respecto de Almonte, Luna Medina y Luna Amaya] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:07:40 y hasta 00:10:23)».

Luego, hizo referencia al hecho de los autos principales y el secuestro de un celular a Almonte Sánchez, por cuanto «[...] eso da inicio a pesquisas de UDAPIF [para luego afirmar que] a partir de la apertura de los teléfonos encuentran ciertos números de teléfonos que darían ciertos elementos de que se habrían planeado hechos delictivos, iniciando la Fiscalía una pesquisa en la que trata de identificar los usuarios de esas líneas telefónicas [...] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:12:51 y ss)».

Agregó que «[...] todo eso se condensa en un informe de UDAPIF y también en el pedido de geolocalización de dichos números telefónicos [...] a partir de ese informe infieren [en referencia a los representantes del Ministerio Público Fiscal] quién habría cometido los hechos, atribuyendo las líneas telefónicas y los

responsabiliza del hecho (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:13:39 y hasta 00:14:19 y ss)».

Reiteró la importancia de la nulidad del pedido de geolocalización que dan las distintas compañías para las que se necesita orden judicial como una manera de resguardar la esfera de la intimidad (v. argumentos de la defensa, registro audiovisual de la audiencia del día 26/10/22, a partir del min. 00:14:41).

Citó normativa constitucional involucrada –arts. 18 y 19 de la CN-, la ley 25.326 sobre protección de datos personales, la incidencia de esos datos en la expectativa de privacidad de los ciudadanos respecto de dicha información. A partir de ello, consideró que era necesaria orden judicial para su adecuado control aun frente a la falta de regulación (ver argumentos orales de la defensa, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:14:43 y hasta 00:17:20). Fundó su postura en jurisprudencia de Estados Unidos y nacional.

Seguidamente, al analizar la situación de Carlos Luna Medina, consideró determinante su detención por la geolocalización de un teléfono que le atribuían, sin indicación de número de línea alguna en su relato. Ello en autos P-85.765/20 y en P-86.503/21 y P-102.768/21, con algunos argumentos adicionales –rastros dactilares y genéticos entre otros- que no hacen al motivo del agravio aun cuando sí a la situación de este imputado y de Mauro Medina, hermano de aquel.

Finalmente, la defensa refirió que pretendía «[la] nulidad de las causas de los pedidos de geolocalización condensados en informe de UDAPIF y consecuente nulidad de la elevación a juicio [entendiendo que lo es por sus defendidos] y oposición también por Medina [...]» (ver argumentos orales de ésta, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:39 y ss).

A su turno, el tribunal en función de apelación hizo una aclaración y resumió -con asentimiento del apelante- aquella presentación. Así, se circunscribió el planteo de nulidad al informe de UDAPIF y de todos los relacionados con los pedidos de geolocalización en las causas que enumeró la defensa, y a la solicitud de nulidad de los requerimientos de esas causas (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:50 y ss). Asimismo, respecto de Medina expresó que correspondía un tratamiento diferente por insuficiencia de prueba. Luego de ello, la defensa de Luna Amaya, el doctor Da Silva, adhirió a lo señalado por la defensa de Almonte, Medina y Luna Medina.

De lo detallado, se advierte claramente que la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por haber sido realizados directamente por el Ministerio Público Fiscal mediante oficios y, a consecuencia de ellos, nulidad del informe de UDAPIF, de todos los informes relacionados, sin indicación de cuáles, y además de los distintos requerimientos elevación a juicio de las distintas causas, infiriendo la incidencia determinante del mérito probatorio de dichos elementos. Mientras que, por su parte, el juez *a quo* resolvió la nulidad de los pedidos del Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y fs. 484/486 y de sus correlativas y de las órdenes de apertura de los teléfonos celulares libradas por los jueces de garantías de fs. 311 y 487 y vta. de los autos N° P-85.765/20 y sus correlativos y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

Sobre ello, debe recordarse que, tratándose del recurso de apelación, la normativa procesal regula, entre otras cuestiones, el modo de interposición y el procedimiento para la tramitación y resolución de este (art. 467 del CPP). Sobre las condiciones de interposición, dada la remisión a lo previsto en el art. 455, se exige que el apelante indique específicamente los puntos de la decisión que fueren impugnados.

Esto último, tiene directa trascendencia sobre el ámbito de competencia del Tribunal de Alzada, quien sólo se encuentra habilitado para el conocimiento y decisión sobre los puntos de la resolución a que se refieran

los agravios, porque es el recurso el que le atribuye al juez el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución que se refieren los agravios (art. 462 del CPP), y la situación jurídica procesal no se encuentra dentro de la excepción prevista en el art. 199 para declarar la nulidad de oficio, como seguidamente veremos. Márgenes de actuación que resultaron superados por la actuación *extra petita* del juzgador.

2. Acerca de la pertinencia de examinar la situación del caso bajo el instituto de la exclusión probatoria

Considero que le asiste razón a la parte recurrente cuando sostiene que, en la instancia previa, se confundió el abordaje de la cuestión en tratamiento. Ello, en razón que se declararon las nulidades reseñadas en el apartado II, cuando en realidad, y más allá de que la parte recurrente sostiene su improcedencia, lo resuelto debió abordarse a través del instituto de la exclusión probatoria, previsto en el art. 207 del CPP.

En efecto, no obstante que las nulidades y la exclusión probatoria eventualmente pueden tener vinculaciones, son instituciones procesales diferentes. Muestra de ello es que, incluso, están previstos en capítulos diferentes del Código Procesal.

Un acto procesal necesariamente debe contener los presupuestos básicos y realizarse de la forma establecida en la ley, si es así, puede decirse que se trata de un acto procesal perfecto o como es debido, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente eficaz para producir efectos jurídicos; por otro lado, cuando el acto procesal abandona o mejor dicho no reúne las formalidades establecidos por la Ley, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada «mera irregularidad», o de una gravedad que puede provocar la nulidad absoluta de dicho acto procesal, o en su caso extremo, declarar su inexistencia.

Así, habrá actividad procesal defectuosa cuando el acto procesal no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo con el concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías consagradas mediante las formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

Es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice “*no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley*”. Con lo cual, las nulidades deben ser productos exclusivos de la ley, es decir, solo el orden jurídico puede imponer, establecer, regular los requisitos de validez de los actos jurídicos en general -actos procesales penales en particular- y ordenar, en consecuencia, cuando un acto es nulo o carente de eficacia o valor jurídico. Para decirlo de otro modo, el régimen de nulidades es la garantía del debido proceso, para que transite como es debido.

En materia de nulidades penales, el sistema procesal distingue dos especies o categorías de nulidades. En un primer grupo aparecen las nulidades denominadas específicas, donde rige el principio de la taxatividad, y en el segundo grupo encontramos las nulidades genéricas o de carácter general, prescriptas por la ley en una norma genérica aplicable a cualquier acto procesal.

Las nulidades específicas son aquellas en las cuales la propia norma consagra la sanción en el caso de que no se cumpla con los requisitos. Comprenden todo acto procesal efectivizado sin las exigencias previstas

por la ley bajo sanción de nulidad. Por su parte, las nulidades genéricas son las que nacen en defectos prescriptos por la ley, en una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa. Su declaración exige que se verifique la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (doctrina de Fallos: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 330:4549). No procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).

Asimismo, en materia de interpretación del régimen de las nulidades procesales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad parecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).

De este modo, como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”), las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio o general.

Por lo tanto, si proyectamos esas breves consideraciones efectuadas sobre el régimen de nulidades procesales al caso bajo análisis, advertidos, por un lado, que todas las partes han afirmado que las medidas probatorias cuya validez ha sido negada por el juez *a quo* en la resolución impugnada –solicitud de datos de tráfico de teléfonos celulares en el ámbito de una investigación penal en curso-, no se encuentran reguladas expresamente en el Código Procesal penal, y, por otro lado, que son nulos los actos procesales cuya irregularidad se encuentra expresamente prescripta bajo pena de nulidad, cabe formularse el siguiente interrogante: ¿puede coherentemente, entonces, afirmarse que lo no previsto y, por tanto, no prescripto bajo pena de nulidad es nulo? La respuesta negativa se impone con toda certeza.

Efectuada esa afirmación, y descartada la posibilidad que la nulidad declarada por el tribunal impugnado pueda ser comprendida dentro del ámbito de las nulidades específicas, surge que el tribunal ha considerado que las irregularidades o defectos en las solicitudes fiscales, así como también, en las resoluciones jurisdiccionales adoptadas oportunamente con relación a aquellas, han implicado la violación de normas constitucionales.

Sin embargo, aún en este ámbito de las nulidades, debe demostrarse con absoluta contundencia y motivación, que la actividad procesal desarrollada lo ha sido afectando la efectiva vigencia del debido proceso legal. En el caso, los derechos y garantías del acusado, referidos a «[a] *la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece*» (art. 198 inc. 3 del CPP).

Es precisamente en este aspecto donde le asiste razón al Ministerio Público Fiscal y adquiere relevancia

cuando afirma que la resolución cuestionada resulta arbitraria por la ausencia de mención de la normativa involucrada y por lo tanto se desconocen los motivos jurídicos, es decir, cuáles son en concreto las disposiciones constitucionales y legales de la decisión como exigen los arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza y no invocaciones argumentativas generales. Ello, pues si bien las violaciones a garantías constitucionales del imputado en el proceso habilitarían el dictado de la nulidad en los términos del citado art. 198 inc. 3 del CPP, no puede desconocerse que esa disposición legal está directamente orientada –y encuentra su fundamento constitucional- a la protección de las garantías constitucionales procesales y del debido proceso legal, en virtud de la cual se prevé la exigencia de cumplir con determinadas formas esenciales o sustanciales en la realización de actos procesales. Por ejemplo, en el derecho de defensa desde el primer momento de la persecución penal dirigida en contra de una persona (art. 92 del CPP), en el derecho del acusado de hacerse defender por un abogado de su confianza o por el Defensor de Pobres y Ausentes (art. 131 del CPP), el derecho a conocer el hecho que se le acusa, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, que puede requerir la presencia de un defensor (art. 271 del CPP), a impugnar las resoluciones que no le favorecen (art. 451 del CPP), entre muchos otros.

Nada de ello resulta de la motivación dada por el juez *a quo* en la resolución atacada, donde se observa que las supuestas vulneraciones sobre garantías constitucionales por las actuaciones procesales nulificadas no aparecen sustentadas en normas legales que avalen la aplicación de esa sanción procesal. En el caso, tanto la solicitud de datos de tráfico de los teléfonos celulares secuestrado a través de las tareas de investigación cumplidas en virtud de la comisión de hechos delictivos, como también, las órdenes jurisdiccionales emitidas por las juezas del Juzgado Penal Colegiado no han inobservado ninguna de las disposiciones procesales concernientes a los sujetos esenciales que justifiquen su declaración de nulidad. No se trata de un caso de nulidad de conminación específica, porque no existe ninguna disposición legal que regule la solicitud de datos de tráfico; tampoco de conminación genérica, porque no se ha producido ningún efectivo perjuicio que lesione el debido proceso legal ni el derecho de defensa en juicio.

Lo antedicho demuestra, además de la arbitrariedad de lo así resuelto, un error en el análisis procesal del caso.

Por ello, considero que la situación analizada en la presente causa, en todo caso debió encuadrarse dentro del régimen procesal de la exclusión probatoria –régimen más flexible que el de las nulidades-, entendida como la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales. Si bien es cierto que la vulneración de garantías constitucionales es el primer límite a la libertad probatoria, también se refiere a los efectos de la incorporación u obtención de prueba ilegítima: la ineficacia y sanción de invalidez alcanza a aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia de aquélla.

La regla de exclusión probatoria, fue enunciada en 1891 por nuestra Corte Suprema de Justicia en «Charles Hnos» (Fallos, 46:36) y sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito. Dicha doctrina, se ve ensanchada, por la del “*fruto del árbol venenoso*”, según la cual, son inválidas las probanzas obtenidas, derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida ilegítimamente, en violación de garantías constitucionales (“Rayford” - Fallos 308:733).

Doctrina judicial que también se encargó de poner límites y excepciones a las reglas de exclusión probatoria y su extensión, la doctrina del fruto del árbol venenoso (v. al respecto, SAGÜES, Néstor Pedro, *“Elementos de Derecho Constitucional”*, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782, con referencia al fallo “Daray” de la CSJN, sobre la existencia de “un curso de prueba independiente”).

En nuestra legislación procesal local, la exclusión probatoria está prevista y reglamentada en el art. 207 de la ley adjetiva, en cuanto dispone que *«[c]arecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella»*. Es decir, que la exclusión probatoria además de quitarle eficacia probatoria a esa prueba, también se puede declarar ineficaz aquellas evidencias que solo pudieron ser obtenidas como derivadas de las excluidas. Entonces, nuestro sistema legal vigente no corresponde declarar la nulidad, sino la exclusión probatoria; salvo que el acto sea nulo según el régimen de nulidad reglamentada.

Advertido ello, dado que la norma citada emplea una conjunción copulativa «y» para separar las exigencias que deben verificarse para que sea posible excluir un elemento probatorio del plexo de una causa, es necesario recurrir a un **doblo juicio de derivación**. El primero, si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión. El segundo, si dicha prueba constituye una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito y no una consecuencia meramente casual, o contingente. De aquí surge que sólo son «frutos del árbol envenenado» aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que, además, son consecuencias necesarias a partir de dicho acto ilícito (ver, al respecto y en lo pertinente, CSJN, Fallos 46:36; 303:1938; 306:1752; 310:2402; 311:2045).

En este orden, debe destacarse, que como lo ha afirmado la Corte Federal, con consideraciones de aplicación al presente, que el examen del proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y en atención a las reglas de la lógica, las que se verían alteradas si se anulase un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades, cuando en realidad y como se explicará, la garantía de la intimidad de los acusados estuvo suficientemente resguardada al existir orden jurisdiccional suficientemente fundada y, en consecuencia, válida. Es que, una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar el proceso de la búsqueda de la verdad -en sentido de «verdad procesal», tal como se ha afirmado en el precedente «Carranzani»- y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial (Fallos 311:2045).

Llevadas estas consideraciones al presente caso, entendemos que, para resolver del modo en que lo hizo, fulminando de nulidad actuaciones procesales cumplidas en el marco de las respectivas investigaciones penales iniciadas como consecuencia de la consumación de hechos delictivos, el tribunal de la instancia previa debió individualizar y precisar qué tipo de información entendía que fue obtenida por el Ministerio Público Fiscal vulnerando derechos y garantías constitucionales. En su caso, cómo y en qué medida o extensión se lesionó el ámbito de intimidad y privacidad de aquellas personas sobre quienes existía un grado de sospecha fundada de su participación en la realización de conductas delictivas, cuya descripción en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, aparece mencionada en las respectivas solicitudes fiscales y, por tanto, valoradas por las magistradas que resolvieron, autorizando las diligencias probatorias en cuestión.

Esto último pone de manifiesto que, esas medidas probatorias, no sólo fueron solicitadas debidamente por el agente fiscal interviniente, dentro del marco de una investigación criminal, sino que, la actuación

de los representantes del Ministerio Público Fiscal ha sido efectivamente sometida a control jurisdiccional, y de la defensa de los acusados. Por lo cual, la información obtenida sobre la ubicación de las personas, en tanto usuarios de telefonía celular secuestrada, a partir del impacto y captación de la comunicación por las torres de comunicación telefónica –antenas-, estuvo precedida de una “causa probable” (investigación del hecho ilícito y vinculación de personas y/u objetos) expresa, fundada y controlada, de acuerdo con la etapa procesal transitada.

En definitiva, no se trata de la nulidad del acto practicado (arts. 197 al 204 del CPP), sino que en su caso hubiera correspondido el trámite de exclusión probatoria de cada prueba obtenida por esos actos (art. 207 del CPP) y debió hacer el doble juicio de derivación. Lo que confirma el acierto del Ministerio público Fiscal en este punto de agravio de su impugnación casatoria.

3.- En cuanto a la invocada facultad por parte del Ministerio Público Fiscal, de requerir directamente datos de geolocalización y/o planillas de llamadas.

Debe señalarse que –también- le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, cuando afirma que no resulta necesaria orden de juez competente para solicitar datos de llamadas y/o de geolocalización.

En efecto, como se afirmó, el sistema de nulidades puede ser de conminación genérica o específica, así como que esta medida probatoria, no está regulada en nuestro digesto procesal, razón por la cual, como bien se ha planteado, con las restricciones que supone el dictado de una nulidad, habrá que determinar, si esos datos suponen o no violación al derecho a la intimidad.

A diferencia de algunos códigos procesales de nuestro país, como el Código Procesal Penal de la Nación – ley 23.984-, nuestro Código Procesal Penal y del mismo modo el nuevo Código Procesal Penal Federal - leyes 27.063 y 27.482- pone a cargo la investigación preliminar en cabeza del fiscal, a quien se le atribuye la responsabilidad probatoria en relación con su hipótesis acusatoria en los arts. 340 y 342 del CPP. Mención que se reitera en el art. 367, último párrafo del CPP.

En consecuencia, la pauta general en nuestro sistema de investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, que según el CPP y la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal les permite practicar los actos de prueba a fin de coleccionar los elementos que darán base a sus requerimientos, salvo aquellos que, por imperio **constitucional** -el domicilio es inviolable y «sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de juez competente» (art. 14 de la Constitución de Mendoza) o que nadie puede ser constituido «en prisión sin orden escrita de juez competente» (art. 17 de la CdeM)- o **legal** -como la interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones previsto por los arts. 227 y 229 del CPP que requiere del tribunal «ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad», cuando la constitución provincial dispone que «*La correspondencia epistolar, telegráfica, o por otro medio de comunicación análogo, es inviolable y no puede ser ocupada o intervenida*» sólo requiere orden de «*autoridad judicial competente y en los casos designados por las leyes*» (art. 15 CdeM) y no orden de juez competente-, le están expresamente vedados.

De forma similar la Constitución Nacional, estableció la Garantía de «*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*», y es la ley la que establece cuando se requiere orden de juez y en qué casos puede realizarse sin orden de juez. En nuestra provincia, el allanamiento sin orden de juez competente está reglamentado en el art. 219 del CPP.

Entonces, para poder determinar la inteligencia de la cláusula constitucional cuando dice “*autoridad judicial competente*” y la ley (CPP) no ha reglamentado que debe ser por orden de juez competente, debemos tener en cuenta que así, como cada país se ha organizado estableciendo sus propias reglas de gobierno, por lo que encontraremos que «[e]n cada modelo anida una concepción particular y singular, de lo que se entiende por separación de poderes» (BIANCHI, Alberto B.; “*La separación de poderes: un estudio desde el derecho*”; Ed. Cathedra Jurídica; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; pág. 399), de la misma manera, dentro de la República Argentina cada provincia dictó para sí una constitución bajo la condición (entre otras) de establecer un sistema representativo republicano (arts. 5, 122 y 123 de la CN). Pero, la Constitución Nacional en ningún momento les impone la obligación de instituir un sistema representativo republicano espejado al modelo que aquella disponía, por lo que la provincia al sancionar su Código Fundamental Provincial no siguió a la Nacional en cuanto al Procurador y los Fiscales y/o al Ministerio Público Fiscal. Mientras en el Gobierno Federal a similitud del constitucionalismo norteamericano fueron creados por ley y estuvieron dentro del ámbito del Poder Ejecutivo y recibían directivas del “*Gobierno*” (en tanto que Poder Ejecutivo) hasta la reforma de 1994 que lo constitucionaliza como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (art.120), es decir, como un órgano extrapoder; mientras que, en Mendoza desde 1.916 fueron expresamente previstos el Procurador de la Suprema Corte, los fiscales de cámara y tribunales (hoy denominados legislativamente fiscales adjuntos o fiscales en jefe) y fiscales de primera instancia (hoy denominados fiscales de instrucción) dentro del ámbito del Poder Judicial en la capítulo primero de la sección quinta. Por lo tanto, no sólo ejercen su función dentro del ámbito judicial, sino que están institucionalmente dentro del ámbito del Poder Judicial.

Los Poderes del Gobierno de la Provincia son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (art. 12 de la CdeM) y, sin importar el *nomen iuris* utilizado “división de poderes” las reglas establecidas se corresponden a la “separación de poderes”. Mientras el Poder Legislativo es un órgano complejo ejercido por dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores (art. 64 de la CdeM); el Poder Ejecutivo es unipersonal y se ejerce con el título de Gobernador de la Provincia (art. 111 de la CdeM); el Poder Judicial, es ejercido por la Suprema Corte, las Cámaras (de apelaciones y tribunales) los Jueces de Primera Instancia y demás Juzgados (art. 142 de la CdeM). Aunque esta disposición - art. 142 de la CdeM -menciona a los demás funcionarios inferiores creados por ley, la interpretación sistemática correcta determina que los poderes están constituidos por la función principal de sus titulares: el Legislativo, sanciona leyes, el Ejecutivo, ejecuta esas leyes, y, finalmente, el Judicial, por los jueces que al resolver los casos aplican la ley o la inaplican declarándola inconstitucional, poder –este último- que sólo tienen los jueces –art. 48 de la CdeM) y es lo que caracteriza la calidad de Poder Judicial. El Procurador y los Fiscales, son magistrados, como los Defensores de Pobres y Ausentes y Asesores de menores (art. 155 de la CdeM), al igual que los jueces y no son funcionarios inferiores a ellos, ni son creados por ley, sino que están previstos por la propia constitución. No son estrictamente Poder Judicial, sino que son “*autoridad judicial*” en los términos de la propia Constitución, y ejercen su función según esté determinado por las leyes que las reglamentan.

En ese entendimiento, debe destacarse que el Ministerio Público Fiscal como órgano, fue creado por la ley 8.008 y modificado por la ley 8.911. Se trata, por definición legal, de un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria (art. 1 de la ley 8.008, reformado

por ley 8.911).

Se encuentra integrado por los magistrados previstos por la Constitución que son "*autoridad judicial*": un Procurador General, como máxima autoridad, y los fiscales (adjunto, en jefe y fiscales de instrucción) que se desempeñan en ese órgano. Asimismo, en condiciones idénticas el Procurador con los miembros de la Suprema Corte, los fiscales adjuntos y en jefe con los jueces de Cámaras y Tribunales y los fiscales de instrucción con los jueces de paz letrados, son seleccionados y designados de acuerdo con el mismo procedimiento y órganos (Poder Ejecutivo y acuerdo del Senado; como en el caso que corresponda de la selección previa del Consejo de la Magistratura), deben cumplir con los mismos requisitos, pueden ser removidos por las mismas causales y por el mismo órgano -juicio político o jury de enjuiciamiento- y gozan de las mismas prerrogativas de estabilidad e inmunidad que los jueces (arts. 143, 150, 151, 152, 153, 155, 163, 164 de la Constitución de Mendoza y los art. 15, 20 de la ley 8.008/8911).

A partir de allí, se concluye que los magistrados del Ministerio Público Fiscal son "*autoridad judicial*" y se encuentran dentro del ámbito del Poder Judicial, es decir, de uno de los poderes del Estado, además, actúan dentro de esa órbita y no reciben instrucción del Gobierno -léase Poder Ejecutivo-, como tampoco del Poder Judicial -léase Suprema Corte-, ni del Poder Legislativo -aunque el Procurador, es quien diseña la política de persecución penal, y debe concurrir anualmente a la Legislatura a informar ese diseño y/o modificación, como las directivas e instrucción dispuesta y los resultados obtenidos-. Muestra clara de ello es que tanto la organización como el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal creados por la ley, como los magistrados que lo integran que están establecidos en la Constitución Provincial, se encuentran vinculados a la Constitución, al igual que cada juez -aunque ejerzan funciones distintas- y están regulados en su funcionamiento por las leyes específicas, y las resoluciones que de carácter general dicte, al efecto, el Procurador General, pero siempre en el marco de las disposiciones constitucionales y legales correspondientes (art. 5 de la ley 8.008, según texto de la ley 8.911).

Llevado esto a las particularidades que presenta el caso bajo análisis, debe destacarse la autonomía que caracteriza la actuación de los integrantes del Ministerio Público Fiscal que, por disposición de la propia ley, ejercen sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad. En ese ámbito, y salvo que la Constitución local y, en su caso, el Código Procesal Penal (art. 14 y 17 de la Constitución de Mendoza, arts. 216, 218 de la ley adjetiva) expresamente exija que determinadas diligencias deban ser realizadas y/o autorizadas por orden de juez competente, no existe norma alguna que impida la producción de prueba en forma directa por los agentes fiscales, como es el caso en análisis por tratarse de *autoridad judicial*.

En consecuencia, acierta la parte recurrente al ejemplificar, que respecto de medidas probatorias en cuestión son de resorte del Ministerio Público Fiscal, aun cuando éstas cuentan con un procedimiento específico, como el registro corporal. De acuerdo con ello, la petición del listado de llamadas telefónicas o su impacto en determinadas antenas supone necesariamente una menor intensidad en la injerencia de ese derecho fundamental (ROMERO, Sebastián, «Los registros de comunicaciones telefónicas (sábanas) en la investigación penal: otro capítulo sobre la permanente tensión entre tecnología y privacidad», Revista de Derecho Procesal Penal 2011-2. La investigación Penal Preparatoria –II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 327 y ss), por lo que no se justifica jurídicamente en el caso de nuestra provincia requerir orden de juez competente, cuando ni la constitución ni la ley lo exigen, tanto por la ubicación del Ministerio Público Fiscal dentro del ámbito del Poder Judicial, como su calidad de «*autoridad judicial*».

Por su parte, la geolocalización –o georreferenciación-, entendida básicamente como una operación técnica que permite detectar una zona de proximidad –ciertamente amplia e imprecisa, no exacta- donde se halló –en este caso- en que estuvo ubicado un teléfono móvil, por el uso de datos que el mismo efectuó, captados por torres de telefonía celular. O, si se quiere, con mayor rigor técnico, como “*la tecnología que permite ubicar un dispositivo en un punto espacial a partir de la transmisión de sus coordenadas de posicionamiento*” (“**Intimidad Personal, protección de datos y geolocalización**”, Batucas Caletrio. **Derecho Privado y Constitución** ISSN-L: 1133-8768. Núm. 29, enero-diciembre 2015. Págs. 47-82 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.02>).

Al respecto, es evidente que lo único que se puede conseguir con la geolocalización -o georreferenciación-, es un radio de acción prefijado mediante la activación de mecanismos de comunicación, a través del envío de señales, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de determinados sujetos por la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios. En caso, a través del secuestro de teléfonos celulares en el marco de investigaciones criminales.

Con la cual, esos datos obtenidos de las operadoras de telefonía, que determina una ubicación que sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la/s torre/s de telefonía móvil en las que impactaron las comunicaciones en cuestión, en modo alguno puede considerarse que afecta, al menos en forma relevante, el derecho a la intimidad, ni del emisor de la comunicación, ni tampoco de quién o quiénes resulte/n el/los receptor/es de la/s misma/s. Máxime cuando, como en autos, el requerimiento fiscal estuvo enmarcado dentro de procesos de investigación criminal, acotados a un objeto de investigación –plataforma fáctica- determinado en sus circunstancias no sólo espaciales, sino temporales.

Sobre este último aspecto, valga señalar que estos datos sólo indican un perímetro determinado, es decir, una zona extensa que se encuentra dentro del radio de captación de la antena, y que al decir de los propios informes que emiten las compañías de telefonía móvil, no implican necesariamente que la llamada se hubiera desarrollado íntegramente allí, pues puede haber comenzado y terminado en otro ámbito, el de una antena distinta.

En cuanto a las «sábanas» de datos requeridos a las empresas telefónicas, se entiende que sólo aportarán datos exteriores de las comunicaciones mantenidas entre los individuos y de los mensajes entre ellos, indicando datos tales como línea de la que proviene, día, hora, duración de la llamada, antena sobre la que la misma habría impactado, pero no su contenido.

Ello, al solo efecto de demostrar el menor valor determinante que dicho dato probatorio puede llegar a alcanzar (ver, a mayor abundamiento, ROMERO, Sebastián, obra citada, p. 345, cita 47, y p. 355; en el mismo sentido, LLERA, Carlos Enrique, «¿Puede el fiscal requerir el listado de llamadas telefónicas entrantes y salientes en las causas delegadas del art. 196 del CPP?», LL-2011 B- 763/764).

Se entiende entonces que, no advirtiéndose afectación constitucional relevante alguna a los derechos individuales de los ciudadanos protegidos por la Constitución Nacional y por nuestra Constitución Provincial, que exijan necesariamente la orden de juez competente para requerir la geolocalización y/o las «sábanas» y no existiendo previsión legal expresa en contrario, dichas medidas probatorias forman parte del ámbito propio de las medidas investigativas que la ley exige a su oficio, deber que como señala el art. 314 del CPP, es para «[...] impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles

para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento». Esta disposición establece las dos condiciones: *delito*, es decir: hecho ilícito y punible; y *reunir pruebas útiles*, es decir: la vinculación de las personas o cosas que justifican las medidas probatorias. Que relacionado con dicha finalidad, el objeto de la investigación debe ser para «comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad» procesal; «establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad» y debe «individualizar a sus autores, cómplices e instigadores» (incs. 1, 2 y 3 del art. 315 del CPP).

Por otra parte, cuando se formula la imputación formal que da inicio a la denominada por la ley Investigación Fiscal dentro de la Investigación Penal Preparatoria, que *«deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271»* (art. 349 CPP), que sólo puede practicarse *«[c]uando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye»* (art. 271), que juntamente con el resto de las exigencias de la norma resultan condiciones más que suficientes para practicar dichas medidas con respeto a la garantía constitucional al derecho a la intimidad frente a la necesidad de investigación de un hecho punible y la vinculación de la persona sospechada como autor del mismo y que el código procesal expresamente le habilita al disponer que *«[e] l Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda»* (art. 341).

En síntesis, puede afirmarse que en el ámbito de nuestra Provincia la solicitud de informes por parte del Ministerio Público Fiscal dirigida a compañías telefónicas para requerir la geolocalización de una línea de teléfono móvil, así como el registro de llamadas entrantes y salientes, no implica una injerencia arbitraria en la esfera de la privacidad de las personas que atente contra lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, ni tampoco contra la Constitución de Mendoza. En efecto, en tanto son los propios particulares quienes han decidido participar de la vida moderna a través del uso de dispositivos móviles, han contratado los servicios de compañías de telefonía móvil y en consecuencia entregan datos a ellas de manera voluntaria, no es posible sostener injerencia arbitraria cuando el órgano oficial de la persecución de delitos –Ministerio Público Fiscal- requiere aquella información, en tanto es *autoridad judicial* y dentro del ámbito del Poder Judicial. Ello, siempre que sea en el marco la investigación de un delito, en una causa judicial, y que existan motivos bastantes para vincular la línea telefónica sobre la que se requiere información con aquella investigación, los que deben estar consignados en la solicitud emitida al *respecto*. Por lo tanto, debe descartarse la validez de aquellas solicitudes realizadas por fuera de una causa judicial y las condiciones antes reseñadas, o para requerir información para poder dar origen a una o practicar seguimiento.

La solicitud a empresas de telefonía para que el pedido de geolocalización, así como el listado de llamados correspondientes a un determinado abonado, o una línea en particular, así como de esta última, no es, ni puede ser asimilada con una intervención telefónica. Con aquella solicitud no se «interviene» una línea en los términos del art. 229 del CPP, pues se trata de una prueba informativa que no vulnera garantía constitucional alguna, y en donde ninguna norma procesal impide su producción. Así se ha expedido un sector importante de la jurisprudencia al considerar que el listado de llamados es ajeno al dispositivo de telefonía celular (véase, en lo pertinente, fallo «Quinteros», de la Cámara Nacional de Casación Penal).

4. Sobre la motivación de los pedidos de incautación de datos.

En cuanto tiene que ver con el agravio casatorio relacionado a los concretos actos procesales que fueron anulados por el juez de la instancia previa en la causa principal, cabe señalar que también acierta la parte recurrente cuando afirma que, de las presentes actuaciones, surge la primera solicitud de extracción de datos de fecha 20 de noviembre de 2020 (obrante a fs. 307/309), como la segunda, de 3 de febrero de 2021 (obrante a fs. 484/486), han sido debidamente motivadas por el representante fiscal interviniente. Si bien dicha medida no encuentra previsión legal expresa dentro de los medios de prueba en nuestro digesto procesal, no se advierte que sean imprecisas y vagas como afirmó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, en esas solicitudes existe expresa mención de la causa en la que se solicita la medida, indicación de los datos completos de la víctima y pedido concreto y circunstanciado de apertura de extracción de datos de elementos secuestrados al momento de la aprehensión de ciudadanos sindicados, con indicación de los teléfonos móviles secuestrados sobre los que se peticionaba la medida, e, incluso, la metodología a utilizar y el personal técnico a cargo de la medida, perteneciente a la División Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza.

Seguidamente, y en lo que aquí interesa, se fundamentó la solicitud haciendo saber que dichos teléfonos fueron obtenidos de la requisita de los sindicados como autores de un hecho punible enrostrado, determinando seguidamente el objeto de la medida. A efectos de ilustrar al Juzgado Penal Colegiado y motivar la misma, en los pedidos se hizo una transcripción absolutamente detallada del hecho ilícito sucedido el 17 de noviembre de 2020, con todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde resultaron víctimas Rosendo Lino Gorez y su esposa, ambos de más de noventa años, con indicación incluso de los elementos que les fueron sustraídos a éstas con el máximo detalle.

Posteriormente se detalló el accionar de los autores que se dieron a la fuga con la *res furtiva* a bordo de una camioneta y al ser advertidos por personal policial se desarrolló una persecución que terminó con la aprehensión de estos en el departamento de San Martín, previo efectuar disparos de arma de fuego contra los efectivos policiales. Se mencionó también el examen efectuado sobre las armas utilizadas y secuestradas de la División Balística de la Policía Científica. Por su parte, se consignó que dicho rodado registraba pedido de secuestro de un hecho delictivo ocurrido el día 12 de agosto de 2020 en autos N° P-59.342/28 en el que se investigaba un robo agravado.

Si bien el acápite del oficio del Ministerio Público Fiscal hace mención del hecho, de su atenta lectura surge claro, que el mismo no es sino una síntesis de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal. Pues no solo se detalla el modo del suceso, sino también las medidas probatorias llevadas adelante a ese momento. Todo ello, impide sostener que dicho pedido se encuentre inmotivado, sea vago o impreciso, como sostuvo el juez en función de apelación. Pues, no se trata de una actividad argumentativa, sino que **en forma concisa debe exponer el hecho punible, y establecer la vinculación con personas o cosas que justifiquen la medida**. Si esa **vinculación es directa** –como cuando se investiga un homicidio agravado por el uso de arma de fuego, y con el allanamiento del domicilio se busca el secuestro del arma homicida y la detención del sospechoso- no requiere explicación adicional a la descripción circunstanciada del hecho. Pero si, en cambio, esa **vinculación es indirecta o deducida por hipótesis investigativa o de complejidad**, entonces sí se deberá explicar razonablemente el probable nexo de vinculación que justifica la medida solicitada.

Por su parte, en fecha 26 de noviembre de 2020 (v. fs. 311), obra la orden del Juzgado Penal Colegiado que, por considerar pertinente la medida, la autorizó en los mismos términos en que fue peticionada.

Téngase en cuenta que fue el propio juzgado quien elaboró el oficio al personal que la llevaría adelante, y así le fue comunicada por correo electrónico a la División Observaciones Tecnológicas (fs. 312). Además, que, por Secretaría del tribunal, se solicitó con antelación el turno correspondiente, para poder notificar a las defensas de los acusados.

Otorgado el turno, en fecha 30 de noviembre de 2020, se notificó telefónicamente (ver fs. 347), pero la defensa solicitó plazo para proponer perito de control, motivando la suspensión y solicitud de nuevo turno para el 1 de diciembre de 2020. En virtud de la negativa a ser notificados telefónicamente de ello, nuevamente pidieron plazo de ley para proponer perito de control (constancia de fs. 357), se vuelve a suspender la medida y se fecha para el 10 de diciembre de 2020 (ver constancia y decreto de fs. 362), notificándoseles esta vez por cédula que obra a fs. 363. Debido a un cambio en la defensa de alguno de los imputados, fue la propia Fiscalía quien decidió la reprogramación del turno originario para poder notificar a la nueva defensa (ver decreto del 9 de diciembre de 2020, obrante a fs. 407), reprogramada para el 18 de diciembre del mismo año (cédulas de fs. 409).

El día de mención, notificado a la defensa, y no existiendo en autos constancia de proposición de perito de control –únicamente se ha ejercido este derecho respecto del examen psíquico realizado a Luna Medina (ver fs. 443/444)- el personal técnico autorizado de la División Observaciones Tecnológicas elaboró un informe de extracción de datos de los teléfonos 1) Motorola GSM XT1970-3; 2) tarjeta SIM PERSONAL N° 89543420119028647926, 3) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194064356971; 4) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194055787879 (agregado a fs. 449/471 de autos principales).

La imposibilidad de realizar la medida respecto de todos los teléfonos secuestrados o de acceder a la información en forma completa, motivó un informe acerca de la utilización de otras tecnologías (fs. 476/477) y el pedido de nueva orden jurisdiccional para practicar la medida. Esto, con devolución de los elementos objeto de ella (ver fs. 478).

La circunstancia referida motivó la nueva solicitud del Ministerio Público Fiscal de fs. 484/486, también nulificada por el juez de la instancia previa, que resulta idéntica a la anterior, pero con mención a la nueva tecnología a utilizar para proceder a la realización de la medida, de la que entiendo, por los mismos motivos que se expresaran antes, que se encuentra también debidamente motivada.

Correlato de este pedido, el 3 de febrero de 2021, el Juzgado Penal Colegiado (fs. 487 y vta.) autorizó nuevamente la extracción de datos, tal como fuera solicitada, en el entendimiento de la pertinencia, utilidad y relevancia para la averiguación de los hechos relacionados con el delito que se investiga. Agregó únicamente que la medida, dada su falta de previsión, debía adecuarse a lo normado por los arts. 227 y 228 del CPP, delegando la confección de los oficios en la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos. La medida continuó el mismo procedimiento: oficios con solicitud de turno para la medida con antelación para notificación de la defensa. El Informe de dicha medida se agrega a fs. 615/633.

Ello no hace sino demostrar el acabado conocimiento de las medidas por las defensas y cómo se les aseguró el debido y oportuno ejercicio de la defensa.

Del recorrido seguido por la causa y circunscribiéndonos a los actos que fueron expresamente nulificados por el tribunal en función de apelación, a los que corresponde remitirse en honor a la brevedad, es posible afirmar que las órdenes de apertura de los teléfonos celulares fueron otorgadas por jueces penales en función de garantías del Juzgado Penal Colegiado, en ejercicio de su competencia, a requerimiento de

quien tiene a su cargo la investigación penal preparatoria, y mediante solicitudes debidamente motivadas en los hechos punibles y la evidencia reunida. Se trata de una motivación concisa, tal como se dispone para la sentencia en el art. 411, inc. 2 del CPP, pero suficiente a los fines requeridos. En este orden, debe considerarse que la propia Corte Federal ha admitido, en relación con el pedido de allanamiento, pero con consideraciones extensibles al presente caso, que es válida la orden jurisdiccional que fundamenta la medida en las constancias de los autos que motivaron el pedido (ver, en lo pertinente, CSJN, «Minaglia», Fallos 330:3801).

En conclusión, como expresa el recurrente los pedidos de incautación de datos has sido concisa, pero debidamente, motivados.

5.- Acerca de la indeterminación del alcance de las nulidades declaradas con relación a las actuaciones conexas a los actos anulados.

Sin perjuicio de lo ya expresado al tratar, sobre la competencia del juez en función de apelación (1), acerca de la pertinencia de examinar la situación del caso bajo el instituto de la exclusión probatoria (2) y acerca de la invocada facultad por parte del Ministerio Público Fiscal, de requerir directamente datos de geolocalización y/o planillas de llamadas (3), ahora nos circunscribiremos al tratamiento en concreto del análisis de aquellos actos procesales que el tribunal puntualizó y que fulminó de nulidad, es decir, los pedidos del Ministerio Público Fiscal de extracción de datos que obran a fs. 307/309, 484 y 486, como de las resoluciones dictados por la juezas autorizándolos de fs. 311 y 487 y vta., en los autos 85.765/20, «y sus correlativos en las causas acumuladas» y «de todos los informes relacionados a dichas extracciones»; se advierte *ictu oculi* que también le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el tribunal en función de apelación no determinó los actos correlativos que anulaba en las causas acumuladas al expediente principal.

Jurídicamente, la manda procesal del art. 203 del CPP expresamente impone como solución que «[l]a nulidad de un acto cuando fuera declarada, hará nulos los actos consecutivos que de él dependan». Ahora bien, esa misma norma también dispone que «[a]l declararla el Tribunal interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado [...]».

Esta norma procesal regula los efectos nulificantes o colaterales de la declaración de nulidad y es cierto que dicha declaración de nulidad lleva implícita la de todos los actos posteriores que tengan conexidad o dependencia con dicho acto. Por ejemplo, para un caso simple, la nulidad de la imputación formal torna nula la prisión preventiva ordenada.

Sin embargo, en un caso complejo, con varios hechos punibles investigados y vinculados en diversas causas separadas -aunque acumuladas o acollaradas-, con diversos imputados, la situación procesal no es de fácil determinación cuando se trabaja con la metodología del expediente (escrito o digital), por lo que aun cuando la ineficacia dictada pueda ser sobreentendida del modo en que lo fue respecto de los actos posteriores en la causa principal, ello no puede colegirse de idéntica forma en las causas acumuladas. En ellas, el tribunal en función de apelación debió aplicar la segunda regla de la norma referida, lo que se imponía desde que se trataba de otros procesos (expedientes) y, conforme ello, debió determinar e individualizar concreta y expresamente sobre qué actos procesales anteriores o contemporáneos al acto anulado se extendía aquella sanción de nulidad, con indicación precisa de la conexidad en cada causa.

En la metodología de audiencia oral se debe trabajar estrictamente con la técnica de litigación de la Teoría del Caso. Con mayor razón en casos de evidente complejidad como el presente, en el que se requiere

orden y claridad en cada una de las intervenciones de las partes, como correlato de la efectiva posibilidad para analizar, valorar y decidir correctamente. En especial, porque se trató de una audiencia de oposición a la citación a juicio y no de una audiencia de control por pedido de exclusión probatoria, como sería recomendable que hubieran realizado, y oportunamente, agotando la discusión, antes que avance el trámite del proceso.

Debe recordarse que siendo la nulidad el reconocimiento jurisdiccional de la invalidez de un acto procesal, reviste las características de una verdadera sanción, la más grave e importante estructurada en la legislación procesal penal. Dada esa trascendencia, toda la preceptiva legal sobre la nulidad de los actos procesales, debe ser interpretada con carácter restrictivo, conforme el criterio unánime imperante en la doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, basta con mencionar que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *«[s]ólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público»* (Fallos 325:1404, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

A ello, cabe agregar que *«[l]a idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos»* (Fallos: 315:677).

Nada de esto aconteció respecto de la errónea aplicación del régimen de nulidades –conforme lo analizado en forma precedente-, y las consecuentes nulidades declaradas en forma incorrecta -sin individualización- en las causas acumuladas. Como adelantáramos, además de resultar en sí mismo inválido, torna en dificultoso material y jurídicamente el adecuado control en esta instancia de la razonabilidad de la decisión adoptada respecto de aquellas actuaciones. Es competencia de este Tribunal en el caso, controlar, no el de investigar por falta de claridad de exposición, como en los sistemas inquisitivos o mixtos.

Como se señalara, la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por resultar solicitados únicamente por el Ministerio Público Fiscal y entender que requerían de una orden judicial, y, a raíz de ello, la nulidad del informe de UDAPIF. El tribunal en función de apelación, por su parte, entendió que los datos surgían, entre otros, de la geolocalización y de la apertura de los teléfonos, considerando que los datos de tráfico son de suma importancia.

Ello es parcialmente correcto, pues como bien apuntó el fiscal en la audiencia del recurso de apelación, dicha información fue solicitada y recibida con anterioridad a la apertura de los teléfonos (ver a modo de ejemplos contestación de los oficios N° MZ 4026/20 de información de ex Nextel de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 376/377 y N° 963105 de información de Telefónica de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 378 y vta. de la Dirección de Asistencia Judicial de Delitos Complejos y de Crimen Organizado de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en los autos principales) y no fue nulificada por el juez. Asimismo, conforme plantea la defensa, dicha información formó parte del informe de UDAPIF y permitió las imputaciones.

Este detalle efectuado, no hace sino confirmar la generalización en la que incurrió el juez *a quo* en el dictado de la nulidad que es materia aquí de control, así como de sus consecuencias en el marco de las investigaciones desarrolladas en las causas conexas a la principal. Déficit que no sólo impide a las partes, específicamente al Ministerio Público Fiscal advertir las razones que justifican la extensión de la sanción procesal, sino también, que este Cuerpo pueda, eventualmente, ejercer su competencia en esta etapa extraordinaria. Lo contrario, llevaría a esta instancia a complementar la actividad jurisdiccional del juez en función de apelación, que debió, primero, evaluar el mérito probatorio en cada una de las causas de la medida probatoria nulificada y, segundo, decidir articuladamente sobre los pedidos de nulidad que fueron incoados por la defensa.

Conforme lo expuesto, el agravio articulado en relación con el punto la falta de precisión de la parte resolutive al individualizar únicamente los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, sin determinar los otros actos que adolecen de la misma sanción en las actuaciones acumuladas, también debe prosperar.

6. Respecto de la trascendencia de las nulidades declaradas en el estado procesal de algunas de las causas conexas

Asimismo, cabe señalar que, al resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio, el Juzgado Penal Colegiado, mediante auto de fecha 22 de agosto de 2022, dispuso, además del rechazo de las nulidades articuladas por las defensas y la elevación a juicio de todas las causas antes referenciadas. Decisión que, como se dijo, no ha sido materia de nulidad por el juez de apelación.

El juez de apelación, dejando firme aquella elevación a juicio, en orden al efecto difusivo que le diera a la nulidad dictada en el resolutive II de la decisión de fecha 10 de noviembre de 2022, dispuso una nueva elevación a juicio en algunas causas y respecto de algunos acusados, y ordenó la remisión a la Fiscalía interviniente en los restantes para que evalúe el mérito de la causa conforme a la nueva conformación del cuadro probatorio que resultara de la decisión adoptada en el marco del recurso de apelación de la defensa.

Conforme surge de las constancias comprobadas de la causa, y de acuerdo con el análisis efectuado en el apartado precedente, es ostensiblemente manifiesto que la decisión cuestionada ha excedido el ámbito de la materia del recurso.

7. Acerca de la alegada arbitrariedad de la decisión cuestionada.

a.- Falta de consideración de las particularidades que presenta la evidencia digital, y su impacto en el razonamiento atacado

Entendemos que también debe prosperar el agravio casatorio que identifica, como una de las razones que denotan la arbitrariedad del resolutive impugnado para anular las actuaciones procesales cumplidas en la causa principal y sus acumuladas, el desconocimiento del tribunal de la instancia anterior sobre las especiales características y cualidades que presenta la evidencia digital. Particularmente, en cuanto tiene que ver con la naturaleza de la evidencia digital, y las consecuentes particularidades que se presentan para

la captación, almacenamiento y análisis de la información que se presenta en formato digital. También, para introducir esa evidencia digital en juicio.

Valga en este sentido mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes tangibles, por ejemplo, un arma de fuego o estupefacientes, la evidencia digital no es la computadora o el celular, sino que son los datos almacenados en tales dispositivos electrónicos. Así, como bien lo refiere el Ministerio Público Fiscal, previo a la apertura de un teléfono celular, así como cualquier otro dispositivo electrónico, por caso una computadora, resulta imposible, o al menos de extrema dificultad, determinar de antemano cuál ha de ser su contenido. Claro está que, en el caso analizado, la limitación viene dada por el curso de la causa donde la medida se ordenó, y es así como fue plasmado, tanto por el Ministerio Público Fiscal, como por las juezas del Juzgado Penal Colegiado intervinientes.

Por estas razones se considera que los actos que han sido nulificados han sido dictados en absoluto respeto del ordenamiento procesal vigente y de las garantías constitucionales, dictadas por el Juzgado Penal Colegiado en la órbita de su competencia y con la debida evaluación de la procedencia, pertinencia y necesidad de la medida en aras de la averiguación de la verdad conforme los delitos investigados, y en consecuencia corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en el Punto I. A ello, debe sumarse que las partes pudieron controlar la corrección de la medida, pues les fue notificada con la debida antelación, y que la información surgida ha estado a disposición de aquellas. Por ello, pudieron ejercer el control simultáneo al momento de practicarse la medida, como el control posterior de los datos obtenidos.

De tal manera, y como ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación «[s]olo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen» (Fallos: 306:1892; 316:703 entre otros). Así, conforme a ello, es el juez quien debe determinar la injerencia en dicho ámbito de intimidad que requiere la mayor protección, no se advierte que se haya procedido en el caso, más allá de lo que autoriza el arts. 15 y 149 de la Constitución de Mendoza, interpretadas armónicamente con las normas del código procesal penal, que si bien no existe *texto expreso de la ley* que reglamente específicamente este tipo de medida, las juezas han aplicado los principios jurídicos de la legislación procesal vigente en la materia respectiva que aseguran el derecho a la intimidad y de reserva, como autoriza el art. 149 de la C. de M. proceso interpretativo; además, como se explicó, en el caso ha acontecido, asegurándose el efectivo ejercicio de la defensa durante la práctica de la medida mediante perito de control, lo que le habilitaba la solicitud de control jurisdiccional sobre cualquier dato que entendía no podía ser extraído. Aspecto que también demuestra el déficit de motivación de la decisión cuestionada por la parte quejosa.

b.- Citas jurisprudenciales y su aplicabilidad al caso concreto

Tal como se desprende de la visualización de la audiencia oral de apelación, como de aquella donde la parte recurrente informó el recurso de casación articulado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó las razones invocadas en la decisión impugnada para aplicar la jurisprudencia nacional e internacional, mientras las defensas, por su parte, coincidentemente se expresaron por la validez de esa argumentación y sobre la corrección del fallo en cuanto a la cita de los precedentes utilizados por el juzgador.

El Código Fundamental de la República establece que la forma de gobierno adoptada (decidida en la convención constituyente y mantenida durante el tiempo) es la declarada como **representativa**

republicana federal, en el art. 1 de la Constitución Nacional, que la misma disposición dice que lo es *según la establece la presente Constitución*. Con lo cual, no solo rotula al modelo con un sintagma jurídico (representativo republicano federal). Sino que también establece la fuente de conocimiento de cómo es y cómo funciona ese (nuestro) sistema de gobierno: la letra de la misma Constitución. Con ello se descarta toda construcción basada en la opinión universal de los autores, u otros regímenes políticos o modelos (voto de la mayoría en “**IBAÑEZ BENAVIDEZ**”, plenario de prisión perpetua).

Las características de nuestro modelo de separación de poderes es de “frenos y contrapesos”, y el no percibir la diferencia lleva en muchos casos a planteos ajenos a nuestro modelo, fundados en la idea errada que rige la división de poderes por encima del texto de la Constitución y que cada poder constituido tiene la totalidad de la función asignada.

En tal sentido es conveniente siempre tener en cuenta la postura de la Corte Suprema en el caso “Fontevicchia” sobre la *cláusula argentina* o el *margin de apreciación nacional* y la necesidad de estar «*en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución*» (art. 27 CN) («"Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos»).

En cuanto a las pautas constitucionales establecidas, tenemos en primer lugar el principio de supremacía constitucional en el art. 31 CN a la que todos (los poderes constituidos federales, las provincias, los ciudadanos y habitantes) estamos sometidos, estableciéndose la equiparación jurídica de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con distribución de competencias, asignando una función principal a cada uno de ellos, de forma tal de lograr mantener el equilibrio jurídico, con ejercicio recíproco del control, con superposición funcional en colaboración (acuerdos) o no (veto de la ley o control de constitucionalidad de la misma) o el sucesivo ejercicio del tramo de una función por otro poder (el de establecer las penas - legislativo-, el imponerlas -judicial- o el indulto o conmutación de ellas -ejecutivo), y expresas prohibiciones (por ejemplo: art. 29 y 109) (“Ibañez Benavidez”).

Sin embargo, a los jueces de la provincia de Mendoza se le ha establecido pautas expresas constitucionales para la toma de las decisiones judiciales, que siempre deben tener presente en el proceso de interpretación, se trata de un “deber jurídico reforzado” (“Carpintero”) impuesto por los art. 148 y 149 de la C. de M...

Entonces, debemos realizar una interpretación operativa, «de tal manera que la decisión interpretativa que adopte resultará de una operación lógica justificada por referencia a las directivas interpretativas que utilice como reglas para comprobar el significado del texto normativo ...», ello porque siendo nuestro sistema jurídico de tipo normativo (principio normativo constitucional -art. 1 C.N.-, principio normativo convencional -art. 31 de la Convención de Viena- y principio normativo legal – art. 19 de la CN. y art. 34 de la C. de M.), que constituye un ordenamiento jurídico, por lo que «jurídicamente sólo es posible y conveniente una interpretación normativa dentro del sistema jurídico vigente, porque tenemos como presupuesto que dicho sistema jurídico es consecuencia de un derecho democrático; es decir, que cuenta con legitimidad democrática de origen y con legalidad democrática de ejercicio (formal y sustancial, de manera ininterrumpida desde 1983); y como condición, que ese sistema jurídico expresamente establece la supremacía de las normas y la obligación de cumplirlas», ello según el art. 112 de la CN y arts. 148, 149 y 157 de la C. de M. (también la mayoría de la SCJM in re “Carpintero”).

Pero, así como país establece su modelo de gobierno, determina sus qué poderes constituidos y con qué

características, determina su integración, competencias y atribuciones y sus funciones, como así también se establecen vinculaciones diversas. Eso no debe sorprender, porque en cada caso, las reglas de organización, gobierno y funcionamiento responden a procesos históricos y ello lleva a que la ciencia jurídica tenga o debería tener desarrollos equivalentes a las disposiciones establecidas en sus constituciones y leyes.

De esta manera, toda operación de interpretación normativa que se precie de tal debe reconocer que la principal y primera fuente de derecho son las disposiciones constitucionales, convencionales con jerarquía constitucional, y demás normas convencionales y legales, de acuerdo con el orden de prelación -o jerarquía- constitucionalmente establecido (art. 31 de la Constitución Nacional, art. 148 de la Constitución de Mendoza). Forzoso entonces es decir que las decisiones judiciales adoptadas en la resolución de casos, no integra la primera fuente de interpretación normativa, pues no participa de ninguna de las características que son propias y atributivas de la ley.

En tal sentido, se expresó -en cuestión vinculada con la separación de poderes- que en nuestro sistema de gobierno, nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y, por tanto, la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función. Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un principio de derecho público al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional («Ibáñez Benavídez»).

A modo de ejemplo, y para advertir la importancia de lo dicho, tomaremos un modelo, el de la Ley Fundamental Alemana, atento a la amplia influencia en Latinoamérica de las escuelas jurídicas y la doctrina de ese país. Así, en su artículo 20. 3, dispone que «*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho*». En esta cláusula se advierte no sólo que este modelo responde a la idea de *división de poderes* sin igualdad jurídica entre ellos, propio del desarrollo histórico del paso de la soberanía del monarca a la soberanía del parlamento, del cual estamos jurídicamente alejados. Sino que, además, el denominado Poder Judicial está sometido a la *ley y al Derecho*, donde se evidencia que la idea del Derecho no es idéntica a la ley y su desarrollo no depende ni tiene porqué responder a las disposiciones de la ley, sino que es o puede ser obra de la construcción de los juristas y se corresponde a la idea concretada en el sintagma Estado de Derecho expresado por primera vez por el autor alemán Robert von Mohl en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publicada en 1832-1833 (DÍAZ, Elías; “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”; Ed. Taurus; Madrid, España; 1981; p. 31), que ha sufrido una permanente evolución y que hoy es de uso habitual. Aunque con tal denominación se pretende introducir en nuestro país, otras ideas, concepciones y/o preferencias elaboradas por fuera de los órganos predispuestos en nuestro país para sancionar disposiciones normativas, como si existiera un modelo ideal al cual deben adscribir mundial y obligatoriamente todos los países. Una especie de *iusnaturalismo*.

Entonces, podemos decir que, en el modelo alemán, la ciencia jurídica debe responder más a la pregunta general y “global” de “¿qué es el derecho?” (“*quid est ius?*”); mientras que en nuestro medio, apoyándonos en Kant, lo que debe ser derecho en un lugar y en un tiempo determinado (“*quid sit iuris*”) (RÜTHERS, Bernd; “*TEORÍA DEL DERECHO. Concepto, validez y aplicación del derecho*” -Título original: “*Rechtstheorie Begriff, Geltung und Anwendung des rechts*”; München, CH Verlag, 1999, Traducción de Minor S Salas); Ed. Temis – Ediciones Olejnik; Argentina; 2018; p. 31).

Estas que parecen ser simples y sutiles diferencias, se multiplican con los diversos países, las distintas escuelas jurídicas, etc. etc., que trae como consecuencia visiones, teóricas y/o prácticas, que por momentos se tornan ininteligibles y que complejizan aún más la realidad, en lugar de hacerla más entendible y mejorar la calidad de vida, pero que tienen una alta influencia en la decisión de los jueces o se pretende que la tengan. Se ponen en debate problemas que son ajenos, o que no responden a nuestra realidad porque tienen otras características y por supuesto, las soluciones que se proponen para resolverlos se pretenden imponerlas como una razón universal en un medio o tiempo donde no existe la cuestión planteada, o es sustancialmente distinta la realidad, pero al no tener idéntica no produce los mismos efectos y pueden resultar contraproducente su adopción.

Nos hemos referido, al analizar la situación jurídica y posición institucional del Ministerio Público Fiscal dentro del ámbito del Poder Judicial en nuestra provincia, y su calidad como *autoridad judicial*, cómo impacta, ya que lo dota de una fortaleza institucional que, por ejemplo, no existe en Estados Unidos, aunque sean órganos muy poderosos en ese país. Entonces, la válida y permanente preocupación, que compartimos, por el derecho a la intimidad y la necesaria garantía consecuente contra su lesión contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada, tiene como motivación que un poderoso Estado, que tiene un poderoso Gobierno (ejecutivo) tiene bajo sus órdenes a la policía, actúan en su ámbito los fiscales y con el desarrollo de los medios tecnológicos y la vida moderna requiere poner una contención a la posibilidad de seguimiento, del almacenamiento de la información y utilización como base de datos y el peligro que ello significa para el derecho de las personas y en especial para su privacidad, circunstancia que no tiene la misma característica en nuestro medio, no sólo por las diferencias económicas y de poder real, sino fundamentalmente por la situación institucional del Ministerio Público Fiscal en nuestra provincia.

En definitiva, tanto los casos resueltos y la valiosa jurisprudencia a nivel nacional, como extranjera citada por la defensa antes de poder aplicarla al caso concreto debe acreditarse la pertinencia por las evidentes diferencias institucionales, de poder de los casos y no sólo buscarse simples similitudes en los hechos punibles y actuación de los órganos predispuestos en la investigación propio del análisis del micro proceso, sino las grandes estructuras institucionales y de poder real, el macro proceso.

En cuanto tiene que ver los límites fácticos, las limitaciones a la aplicación de antecedentes jurisprudenciales surgen de las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso a resolver. Pues serán ellas las que en principio y racionalmente consideradas, permitan o impidan la aplicación de resoluciones emitidas en el marco de procesos judiciales esencialmente distintos al que transita el caso bajo nuestro conocimiento. Situación que se complejiza aún más cuando se pretende resolver casos en la órbita local a partir de decisiones jurisdiccionales extranjeras, que han sido adoptadas dentro de procesos judiciales desarrollados bajo la órbita de un sistema de gobierno diverso al nuestro, que presenta una estructura organizativa e institucional diferente, además de un sistema jurídico disímil que -por definición-

se muestra alejado del aquel que rige los procesos penales en la órbita federal y local de nuestro país (*common law / civil law*).

Por lo cual, sin pretender agotar el tema, la práctica del precedente, como actividad mediante la cual se entiende que “el caso” que pende de decisión tiene un precedente, es decir, que hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste que lo resuelve de determinado modo, y que a ella debe sujetarse, precisa necesaria e indubitablemente que el operador jurídico verifique ex ante que el caso (o cuestión debatida) es substancialmente parecido –no idéntico, porque eso es utópico e improbable- al del anterior, es decir, a aquel resuelto precisamente en el precedente aplicado. Y así debe aparecer fundado por quien hace esa interpretación fáctica y la consiguiente aplicación jurisprudencial.

En otras palabras, debe describirse por qué los casos presentan esa similitud o analogía, dar razones precisas y completas que, alejadas de meras afirmaciones dogmáticas o interpretaciones ideológicas, así lo justifiquen, donde se contemple los antecedentes de esos casos, el contenido de las normas en juego, entre otros aspectos relevantes. Luego, si esa expresión de motivos demuestra adecuadamente la analogía substancial, allí será posible extrapolar ciertos y limitados conceptos que aparecen desarrollados en el antecedente jurisprudencial invocado para respaldar la solución del caso a resolver. En sentido inverso, cuando ese análisis comparativo no determina racionalmente una similitud substancial casuística, dado el contexto fáctico –además del normativo- que rodea a la decisión que se adopta, no resulta posible invocar el o los precedentes que se trate. Pues ello importaría un caso de “asimilación improcedente” que necesariamente afecta la fundamentación de lo resuelto –caso de arbitrariedad-.

Aquí no debe soslayarse que, a diferencia de las leyes –que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico, y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia (art. 116 de la Constitución Nacional), constituido por un hecho o grupo de hechos y circunstancias que, junto con lo pedido por las partes intervinientes, define el caso a resolver, y limita la competencia del tribunal.

De ahí que cuando en una sentencia se elabora la solución a adoptar, esto es, para resolver el caso, lo hace a la luz de los hechos alegados y probados. Por ende, para establecer qué se decidió en un caso, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Por el contrario, si el intérprete –en este caso, el o los jueces que integran el tribunal que debe resolver- prescinde de estos hechos, o si los reformula de un modo genérico, de modo de “presionar” o “forzar” la pretendida asimilación substancial, de modo tal de permitir la interesada utilización y aplicación de un precedente, incurre en el error de interpretar la sentencia “como si” fuera una ley”, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese particular pronunciamiento –“el antecedente”-, en especial cuando se trata de fallos de extraña jurisdicción.

b.1. Sobre los precedentes nacionales.

En ese entendimiento, debe decirse que el precedente «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:111), citado por el juez de la instancia previa como argumento para fortalecer su decisión, no tiene el alcance pretendido.

En el caso Halabi, no puede desconocerse que al momento de tal causa el gran problema existente en argentina era que quien realizaba las operaciones era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE y ello implicaba que el aparato de inteligencia dependiente del poder político (ejecutivo) era quien tenía el manejo real de la información y el peligro de la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. Como no compartir la preocupación y la solución, pero no es nuestro caso.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte Federal se pronunció en relación con un recurso promovido por el Estado Nacional en tanto pretendía que se revocara un pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04 (que fuera derogado por el decreto 357/05).

En el caso, Ernesto Halabi había promovido acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. Alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

La Corte Federal rechazó el recurso del Estado Nacional y confirmó la sentencia de la instancia anterior. Como es sabido, el fallo de la Corte resulta de importancia en relación con las acciones de clase pero, en lo que aquí interesa, debe señalarse que la Corte refirió que lo resuelto por los jueces de la causa se ajustaba a los requisitos que conforman el estándar sobre libertad que enunció (en el considerando 25) y que imponía la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales.

Así, expresó que las normas cuestionadas habían establecido una restricción que afectaba una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operaban las interceptaciones, toda vez que no especificaban el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Destacó, además, la circunstancia de que las normas tampoco preveían un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. Que como anticipamos estaba dado por quien en aquel entonces realizaba las operaciones y de quien dependía.

De tal manera, entendió que era inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley cuestionada estuvieran desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos. Esta afirmación tenía relevancia en tanto desde 1992 era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actuaba en ese momento bajo la órbita del poder político, la que debía cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos (considerando 26).

En cuanto al referido estándar sobre libertad, la Corte refirió que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). De tal manera, expresó que en este marco constitucional debía comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requería de una orden emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la

ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. A ello, agregó que aquella norma concordaba con el art. 18 de la ley 19.798 (considerando 25).

Como se advierte, la plataforma fáctica respecto a la que se expidió la Corte Federal en aquella oportunidad, difiere de la que origina la presente causa. Aspecto que determina la inexistencia de similitud substancial casuística entre ambos y, por ende, la aplicación del fallo nacional como precedente para fundar la decisión cuestionada en las presentes actuaciones.

Entonces tenemos: en primer lugar que, en «Halabi» de lo que se trataba era de la validez, o no, de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04. Por su parte, lo que resolvió el juez de la instancia previa en esta causa se relaciona con la fundamentación de las órdenes jurisdiccionales.

En segundo lugar que, en «Halabi» el Máximo Tribunal hizo referencia al art. 236 del CPPN (ley 23.984), el que sólo tiene alguna coincidencia con nuestro art. 229 del CPP, en cuanto que la intervención de las comunicaciones del imputado requiere orden jurisdiccional. Pero a diferencia de nuestra regulación procesal, en el ámbito del Código Procesal de la Nación, se prevé—con la modificación introducida a esa norma por ley n° 25.760— que también requiere autorización judicial *«la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él [en relación al imputado]»*, ampliando así la posibilidad de injerencia hacia los terceros que se comuniquen con el imputado —lo que no ocurre en autos con las solicitudes de geolocalización solicitadas—.

En el presente caso, para el registro de comunicaciones, existió orden, en dos ocasiones, por los motivos que fueron explicados, y esas órdenes, como se dijo, resultaron suficientemente fundadas. Además, los recaudos que la Corte Federal destacó que debían tenerse en cuenta, en función del planteo que analizaba, iban dirigidos esencialmente hacia la Administración. De tal manera, y con las observaciones realizadas, es posible afirmar que lo resuelto en la instancia del Juzgado Penal Colegiado, al momento de resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio y las nulidades interpuestas, en nada se oponen a lo resuelto por la Corte Federal en «Halabi».

En tercer lugar que, sin perjuicio de esa falta de analogía sustancial entre las referidas plataformas fácticas que conformaron los objetos procesales de ambas actuaciones, lo cierto es que la imposibilidad de utilizar el fallo nacional como precedente jurisprudencial en respaldo de la decisión impugnada encuentra otro motivo más: el Fallo «Halabi» fue pronunciados por la Corte Federal en el marco de un sistema procesal mixto, el del Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo dispone la ley 23.984, donde el fiscal tiene a cargo la investigación por delegación, y en donde se realiza una remisión a la letra del art. 236 de la ley adjetiva nacional —intervenciones telefónicas— que, no sólo no se encuentra vigente, sino que, además, difiere de lo establecido por nuestro ordenamiento procesal. Modelo de enjuiciamiento penal que, en el ámbito federal, ha mutado hacia la adopción de un sistema acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público fiscal de la Nación la conducción de la investigación, a cuyos integrantes le corresponde —entre otros— la carga de la prueba y el deber de probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación (art. 90 ss y cc del CPPN, según el texto establecido por la ley 27.063).

En cuarto lugar, y , sin desconocer que —además— la geolocalización a través de datos generados por las celdas de conexión no es una medida probatoria específicamente regulada en el Código de Procedimientos, que se trata de la mínima intervención en la intimidad de la persona y que el fiscal en

nuestro medio es una *autoridad judicial competente* (art. 15 y conc. C. de M.) y la posición institucional de fortaleza que el Ministerio Público Fiscal tiene en Mendoza, como antes hemos referido.

b.2. Sobre la jurisprudencia norteamericana.

Por lo tanto, le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cita jurisprudencial que realiza el juez de la instancia anterior respecto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mencionado fallo «Halabi», no puede ser considerada para dar fundamento a la decisión objeto de impugnación en los presentes autos.

Por su parte, tampoco resultan de aplicación al caso los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos citados por la defensa para fundamentar la razonabilidad de la resolución de la instancia previa.

En cuanto al precedente «Estados Unidos v. Jones», debe señalarse que la plataforma fáctica del caso difiere notablemente del presente. En efecto, en ese caso se había conectado un dispositivo GPS al automóvil de un sospechoso para monitorear sus movimientos. El GPS había sido autorizado por una orden judicial por el término de diez días, pero la vigilancia se la estimó como excesiva, por ser de más de veintiocho días. Tal accionar, referido a adjuntar un dispositivo GPS y luego utilizar los datos aportados, fue valorado por el Tribunal como una búsqueda que violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., «En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”», La Ley, suplemento del 22 de marzo de 2019).

Por su parte, en el caso «Riley v. California» el Tribunal se expidió sobre la búsqueda e incautación de datos almacenados en un teléfono móvil durante el arresto de Riley, que había sido detenido por la policía después de encontrar en su automóvil dos armas utilizadas en un tiroteo. Durante el arresto se investigó su teléfono sin orden judicial y la información surgida de él permitió inferir que Riley estaba relacionado con actividades ilegales. El Tribunal resolvió que era necesaria una orden para acceder a los datos de un teléfono móvil. Debe decirse, además, que el caso también giró en cuanto a lo que denomina la «doctrina de terceros», según la cual, una que el usuario revela los registros a una compañía, por ejemplo de teléfonos móviles, a las torres de telefonía celular, renuncia a su expectativa de privacidad (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

En cuanto al precedente «Carpenter», referido en la jurisprudencia nacional citada por la defensa, debe destacarse que en ese pronunciamiento la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió en relación con la justificación que se requería para habilitar el acceso de a los datos de geolocalización del teléfono celular de un acusado. En una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro, se expidió y estableció que la orden judicial emitida bajo el *Stored Communications Act* no resultaba suficiente para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del teléfono celular de uno de los acusados en la causa -Carpenter-, ya que resultaba necesario contar con una orden judicial con un estándar superior, el mismo que se requiere en caso de allanamientos, es decir un *warrant* emitido con fundamento en una causa probable (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

Los hechos del caso fueron los siguientes. En 2011, la policía federal detuvo a un hombre acusado de asaltar algunos comercios. Al ser interrogado, identificó a otras personas que habrían participado en varios otros robos en los meses anteriores, incluyendo a Timothy Carter. En estas circunstancias, la policía le solicitó a un juez que emitiera una orden judicial con fundamento en la *Stored Communications Act* (Ley de Comunicaciones Almacenadas) para obtener datos de la ubicación del teléfono celular de Timothy Carpenter. Esta ley permite la obtención de información acerca de telecomunicaciones cuando existan

fundamentos razonables para creer que son relevantes y materiales para una investigación penal. El juez concedió la orden y se recolectó información acerca de las celdas a las que el teléfono celular de Carpenter se conectó, indicando los momentos de inicio y finalización de sus llamadas por un período de cuatro meses.

Posteriormente, Carpenter fue acusado de cometer una serie de robos a mano armada. Antes del inicio del juicio, su defensa solicitó que se declarara inadmisibles la información de geolocalización obtenida de su teléfono celular alegando que tal acceso importó una violación a su derecho constitucional a la privacidad. El tribunal de primera instancia rechazó la petición. Durante el trámite del juicio, el fiscal utilizó esta misma información para establecer que el teléfono celular de Carpenter había estado en las cercanías de los cuatro lugares en los que se cometieron los robos, mientras estos ocurrían. Eventualmente, Carpenter fue declarado culpable y condenado a más de 100 años de prisión. Oportunamente, la Cámara de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

La defensa de Carpenter planteó un recurso de *certiorari*, que fue aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En una decisión que difiere de los lineamientos sentados en algunos precedentes del mismo tribunal, revocó el fallo apelado y devolvió el expediente a la instancia inferior para que se tomen medidas consistentes con esta nueva decisión

Ahora bien, debe decirse que, conforme fuera analizado en forma precedente, e nuestro sistema de organización institucional, dada la ubicación orgánica y estructural del Ministerio Público Fiscal, no resulta posible asimilar o establecer una similitud substancial entre el caso de autos con aquellos resueltos en los precedentes de la jurisprudencia norteamericana referenciada por el *a quo*. Pues, dado que en nuestro sistema, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, lo que impide asimilar e identificar su actuación con el gobierno de turno -léase Poder Ejecutivo-, no resultaría extensible al presente caso la preocupación puesta de manifiesto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. En el fallo "Carpenter", para limitar el acceso a los registros históricos de teléfonos celulares por las agencias de Gobierno a cargo de las investigaciones criminales, específicamente de los funcionarios policiales. En otras palabras, para evitar que el *Gobierno norteamericano* acceda y obtenga información de evidente contenido sensible de sus conciudadanos, en forma ilimitada, irrestricta e incontrolada o incontrolable.

Pero este no es el caso que motiva el decisorio cuestionado en autos, pues las inferencias respecto de la vinculación de las personas cuya intimidad habría resultado, a criterio del *a quo*, vulnerada, con actividades ilegales, surgieron de investigaciones fiscales, por hechos delictivos denunciados, a cuyas denuncias le siguieron elementos probatorios de diversa índoles que, según el criterio de los agentes fiscales, justificaba los pedidos de extracción de ciertos y precisos datos, determinados por su relación con el caso investigado, de los teléfonos celulares secuestrados. Siempre, sobre la base de considerar las características que son inherentes a la evidencia digital, y las particularidades que ello determina a la hora de la pesquisa correspondiente.

Como claramente se advierte, ninguno de los pronunciamientos de la Corte estadounidense guardan relación esencial con lo que aquí se discute, lo que impide su aplicación.

En primer lugar, debido a que el sistema de organización del Ministerio Público Fiscal en Estados Unidos es diferente al de nuestra Provincia. Mientras que en el país norteamericano el Ministerio Público Fiscal

se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo, en Mendoza -reiteramos- conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial (art. 1 de la ley 8.008, modificada por la ley 8.911). Esta primera perspectiva hace que las consideraciones referidas por el Tribunal estadounidense no resulten de aplicación, sin más, a nuestro sistema judicial.

En segundo lugar, lo que se debatía en el fallo «Carpenter» se relacionaba con el nivel de justificación exigido en la orden judicial sobre la base de legislación de aquel país, mientras en el presente caso, el punto de partida, en cuanto a la legislación procesal, es diferente. En efecto, el caso referido de Estados Unidos, se discutía acerca de la necesidad de contar, o no, con un *warrant*, esto es, una orden judicial que llegue al estándar de «causa probable» -*probable cause*-, tal como se requiere para la emisión de una orden de intervención telefónica o de allanamiento.

Aún así, a la luz del precedente «Carpenter», puede afirmarse que las resoluciones jurisdiccionales de fs. 311 y 487 de autos 85765/20, y sus correlativos en las causas acumuladas, resultaron fundadas. En «Carpenter» se sostuvo que la orden judicial requería una justificación similar a la exigida para el allanamiento, y de lo explicado precedentemente, surge que tal recaudo ha sido cumplido. Ello, más allá de que no existe una exigencia expresamente prevista para el caso por el Código Procesal Penal, y la primera de las juezas intervinientes consideró que la medida solicitada por el fiscal interviniente resultaba útil para el esclarecimiento de los hechos, y la segunda, se remitió y aplicó los art. 227 y 228 del CPP –esto es, interceptación de correspondencia, y apertura y examen de correspondencia, respectivamente-, que resulta ser, ni más ni menos que la estricta aplicación del art. 149 de la C. de M. cuando no existe texto expreso de la ley que regule, entonces el juez que debe resolver lo hace aplicando «*los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva*», como explicamos más arriba. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que se encuentra claro, es que las órdenes jurisdiccionales se encuentran suficientemente fundadas.

c.- Por todo lo expuesto en los dos acápites precedentes, puede concluirse que existe arbitrariedad en la resolución cuestionada.

8.- Con relación a la sanción de apartamiento de los magistrados intervinientes.

En el ejercicio del *officium iudicis* hay que ser prudentes y cuando se aplican las sanciones previstas por el art. 204 del CPP como el apartamiento de los jueces en un proceso debe hacerse cuando hubo actos en directo apartamiento del sistema jurídico vigente o exista pérdida de la independencia y/o la imparcialidad y/o la imparcialidad que afecte el debido proceso.

Pero cuando la decisión judicial se funda en la construcción o elaboración propia o ajena, derivada de fallos nacionales -que no son jurisprudencia consolidada- o sentencias de extraña jurisdicción, o doctrina, no puede sancionarse a los jueces intervinientes, porque ellos no tienen por qué conocer y no pueden conocer la opinión de los jueces de instancias superiores. Por el contrario, en esta situación se requiere **reforzar esa prudencia.**

En definitiva, no existía motivo razonable alguno para la sanción de apartamiento, lo que luego de las explicaciones en el presente voto sobre la resolución del juez de instancia inferior evidencian la arbitrariedad de tal decisión y debe ser anulado.

9.-Prospectiva

El tratamiento en extenso de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, la velocidad de los cambios

en la vida moderna y el impacto que tiene el tema, indican la conveniencia de sintetizar lo expuesto y, a modo de conclusión, explicar las condiciones mínimas que deben existir para que una *autoridad judicial* pueda requerir directamente, tanto la geolocalización o georeferenciamiento y las planillas de llamadas y/o para solicitar al Juez y este disponer la incautación de datos.

En ambos casos, se requiere de una investigación en curso en relación con un hecho ilícito. En este orden, es necesario, establecer la vinculación entre ese hecho ilícito y la persona que deberá soportar la intervención de su privacidad. En su caso, también deberá determinarse la vinculación de aquellos con el objeto sobre el cual se practicará la medida.

En relación específica con la incautación de datos, es necesario que el juez, al ordenar fundadamente el registro de un sistema informático o de una parte de éste, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación, deba determinar el tiempo necesario para practicar la medida, que podrá ampliarse.

El interesado podrá solicitar audiencia de control para que el juez fije plazo para practicar la medida, establezca la devolución u ordene la destrucción de datos.

Una vez determinada la información útil al esclarecimiento del hecho punible, el resto deberá destruirse. Si el juez no fijó plazo, deberá disponerse al momento de requerir la citación a juicio del acusado (art. 357 del CPP).

Los datos obtenidos sólo podrán ser utilizados en el caso que se requiere y en ningún caso puede pasar a constituir una base de datos a disposición del Ministerio Público Fiscal, ni puede ser facilitado a ningún organismo para su almacenamiento.

Rige para todos los funcionarios encargados de efectuar la intervención del deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por esos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido.

IV.- CONCLUSIÓN

En definitiva, y por las consideraciones expuestas, considero que asiste razón al Ministerio Público Fiscal en tanto la resolución cuestionada adolece de los vicios que se le atribuyen, por lo que debe ser anulada en esta instancia. Lo que impone responder de manera afirmativa a la tercera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Por su voto

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO DANIEL ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

En primer lugar, debo decir que comparto la solución a la que llega el Dr. Omar Palermo, en cuanto entiende que corresponde **desestimar sustancialmente el recurso impetrado por los representantes del Ministerio Público Fiscal.**

No obstante ello, me interesa destacar algunos lineamientos referidos al nuevo contexto en el que se desarrollan las discusiones en torno al derecho a la intimidad y vida privada de las personas y, vinculado con ello, la necesidad de que la intromisión en los distintos dispositivos electrónicos –en el caso de autos, el teléfono celular- que en la actualidad contienen gran parte de la vida privada de una persona, sea autorizada y controlada por un juez competente.

De este modo, y para una mayor comprensión de esta nueva realidad que nos toca afrontar a los distintos operadores jurídicos, entiendo importante destacar varios aspectos. Preliminarmente, cabe referir que *«[...] estamos insertos en una nueva era, la era digital o cuarta revolución industrial, también denominada la era exponencial, donde hay una mutación del espacio y del tiempo»*.

Es decir, se está produciendo una masiva migración humana a lo digital, una expansión de la ciudadanía digital, una oportunidad para el desarrollo digital, pero también un desafío a nuevas interpretaciones respecto de qué implica, y cómo se protege, la privacidad/ intimidad de las personas en los entornos digitales (**conf. ADARO, Mario y ots, en CORVALÁN, Juan G. (director), Tratado de Inteligencia artificial y Derecho, Ed. Thomson Reuters, Bs As, 2021, tomo 1, págs. 405 y 406**).

Es decir, no hay duda de que uno de los derechos más afectados o amenazados en la revolución digital es el derecho a la intimidad y/o privacidad. Ello, por cuanto la irrupción de internet y su accesibilidad originó un exponencial crecimiento de imágenes, videos, datos e información en el mundo digital.

Conforme con esta realidad, resulta claro, entonces, que toda esta información evidentemente constituye un reservorio importante de prueba, que puede tener un gran impacto en el marco de una investigación penal. Por tal motivo, se presenta una tensión entre el interés estatal y social en la investigación y sanción del delito, y la garantía de la intimidad o privacidad de las personas.

Respecto a esta última cuestión, tal como puede advertirse, con las tecnologías de la información y la comunicación el concepto de intimidad ha evolucionado y se encuentra en permanente transformación. Así, *«[l]a noción de intimidad es un producto cultural, una creación abstracta de la mente humana con fines de preservación, organizativos y evolutivos, y por lo tanto está sujeta a constantes transformaciones adaptables a las necesidades de cada época y lugar. Durante siglos los ámbitos de intimidad que se reconocían de facto o de jure, eran contados y muy sencillos de comprender: el pudor corporal, el secreto confesional, el domicilio y la correspondencia no presentaban mayor dificultad. La irrupción de tecnología y nuevas técnicas de investigación fue volviendo más complejo el asunto. Hoy nos parece indiscutible que las comunicaciones telefónicas deban ser privadas»* (**HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Investigación y prueba del narcotráfico, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 309**).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoció que la protección a la vida privada establecida por el texto de la Convención no se agota exclusivamente en las referencias al domicilio y a la correspondencia consagradas en su texto, proponiendo entonces una interpretación dinámica de la cláusula examinada (**Corte IDH, caso «Tristán Donoso v. Panamá». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C Nº 193; párr. 29**).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sostuvo que «vida privada» es un término amplio, no susceptible de una definición exhaustiva. Su protección no se limita a un «círculo íntimo» en el que el individuo desarrolle su vida personal, excluyendo de su conocimiento a cualquier otra persona externa, sino que también protege el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Existe una zona de interacción de la persona con otras, incluso en un contexto público, susceptible de protección como «vida privada» (**TEDH, «Perry c. Reino Unido», núm. 63737/00, párr. 36; «Peck c. Reino Unido», núm. 44647/98, párr. 57 y 59, entre otros**).

En relación con lo referido, debe señalarse que actualmente se habla del derecho a la privacidad como *«[...] una nueva esfera, mucho más amplia que la de la propia intimidad, que contendría ni más ni menos*

que todos los datos vinculados a un individuo, sean éstos sensibles o no, los cuales deben ser controlados y protegidos en su tenencia y tratamiento por parte de terceros. Este derecho a la privacidad es mucho más reciente que el de la intimidad y su nacimiento viene causado directamente por la gran capacidad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para tratar gran cantidad de datos de un individuo y ponerlos en relación con otras fuentes a gran distancia y obtener un perfil muy detallado del mismo: sus gustos, sus hábitos, sus aficiones, incluso su ideología o sus creencias religiosas» (Salgado Seguin, Víctor, Intimidad, privacidad y honor en internet, consultado en <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/intimidad-privacidad-y-honor-en-internet/13/3/2023>).

Por otro lado, adhiero a lo sostenido por el Dr. Pablo Cruz Casas, titular del Juzgado Penal, Contravencional y Faltas N° 10 de la Ciudad de Bs. As., en tanto expresó sobre la cuestión analizada que «[...] en este marco conceptual se inserta el derecho a la autodeterminación informativa, derivación de la garantía de intimidad, que prevé como regla general que cada persona tiene el derecho personal de decidir y disponer libremente sobre sus datos personales, lo que alcanza también el derecho de decidir quiénes pueden acceder a ellos»(ver,<https://docs.google.com/document/d/1eF39FUaQC1bIZ9XMoxFG1w4lq7NfClINSidmbqSp0cU/edit> 13/3/2023).

Podemos decir, entonces, que «[!] a protección de datos personales, autodeterminación informativa o libertad informática forma parte del núcleo de los derechos denominados de tercera generación. El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, como derecho de la llamada tercera generación es uno de los exponentes del conflicto tecnología- derecho, cuya razón de ser reside en dar al individuo la posibilidad efectiva de disponer y controlar los datos que le conciernen. Excede largamente el ámbito de la tutela a la intimidad o vida privada, aun cuando claramente la contiene» (MOLINA QUIROGA, Eduardo, «Aplicación del principio de calidad en el tratamiento de los datos personales en un caso de informes crediticios», La Ley, Sup. Const., 18/2/2014, 57; 2014-AS, 341).

Por ello, entiendo que las medidas requeridas para la lograr esta información en el marco de una investigación penal, en el caso de acceder a datos que no sean simplemente la información vinculada a los datos filiatorios (nombre y DNI), pueden impactar sobre la protección constitucional de la vida privada o del derecho a la intimidad de las personas.

De este modo, y como adelantara, conforme a los lineamientos normativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacional (art. 18 de la CN; y las convenciones internacionales con jerarquía constitucional mediante su incorporación en el art. 75 inc. 22 del CN –CADH, art. 11; PIDCyP, art.17; DUDH, art. 12-) analizados en el voto que me precede, comparto la postura que la intervención jurisdiccional en el contralor de este tipo de medidas mediante una orden judicial debidamente fundada, constituye una garantía necesaria para la protección del derecho a la intimidad o vida privada de una persona.

A su vez, este tipo de pruebas, por la gravitación que tiene en las garantías aludidas- debe indicar con expresa determinación el objeto y su fundamento para acceder a la recolección y tratamiento de los datos contenidos en el dispositivo móvil, en tanto se accede a ámbitos reservados o privados de la persona.

Este último aspecto debe considerarse no sólo para evitar arbitrariedades en la decisión judicial mediante la intromisión indebida a datos digitales sensibles al/a la usuario/a, sino también, resulta relevante al momento de ejecutar las operaciones técnicas sobre los dispositivos secuestrados.

En este punto, y previo ingresar al análisis de los distintos métodos de procedimiento de extracción de datos de dispositivos móviles, me interesa referir que si bien nuestra ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (LPDP) fue pionera en la región en cuanto a la normativa sobre protección de datos, la misma se encuentra en debate a través de proyectos legislativos que intentan concordar con el estándar internacional que ha fijado el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (REGLAMENTO (UE) 2016/679-GDPR). Además, Argentina adhirió al Convenio 108 (mediante la ley 27.483, B.O. del 2 de enero de 2019, por la que se aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 28 de enero de 1981, y el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 8 de noviembre de 2001) y se emitió nueva reglamentación por parte de la Agencia de Acceso a la Información Pública en lo referido a la protección de datos personales.

La LPDP en el art. 2º define como «datos personales» a la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal; y «dato sensible» es aquel dato personal que revela origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual; y señala expresamente que el «titular de los datos» es la persona cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la ley, es decir, la/el usuario, con independencia de que esa información se encuentre en poder de un tercero.

Al respecto, Johanna C. Faliero expresa que «[...] *la calificación de dato sensible desde el punto de vista jurídico no es coincidente con la definición de sensibilidad técnica de un dato. El dato sensible desde el punto de vista técnico tiene que ver con la capacidad de identificar plenamente a la persona como centro de rotación de todos los datos identificatorios. Esto último permite la realización de procedimientos (técnicos) no autorizados sobre la información de las personas, basados en la capacidad de identificación perdurable de las mismas personas en todo otro lugar donde se pueda acceder a su información relacionada*» (FALIERO, Johanna Caterina, **El Derecho a la información en el derecho del Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial -Autodeterminación informativa de los usuarios y su régimen tuitivo-**, p.114, publicado por el Instituto GIOJA (UBA), bajo la coordinación de Sebastián Barocelli, 2016, consultado en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/barocelli-impactos-del-nuevo-Codigo-civil-y-comercial-en-el-derecho-del-consumidor.pdf> 13/3/2023)

Dicho esto, entiendo oportuno realizar una breve referencia sobre los distintos tipos de procedimiento de extracción de datos de dispositivos móviles. Ello, en tanto resulta relevante para la resolución de la cuestión en análisis.

En efecto, existen distintos tipos de software U.F.E.D. de la compañía Cellebrite-<https://cellebrite.com/es/pagina-principal/>, Mobiledit <https://www.mobiledit.com/> ; Magnet axion <https://www.magnetforensics.com/products/magnet-axiom/>, Oxygen Forensics <https://tamce.net/oxygen-forensic-detective-version-dongle>, entre otros; que se utilizan en la informática forense para la extracción y análisis de evidencia o prueba digital de dispositivos móviles, entre los que se encuentran los teléfonos celulares. Uno de los más utilizados en Argentina es U.F.E.D. (Universal Forensics Extraction Device) que contiene un Software de Extracción (UFED 4PC) y un Software de Análisis (UFED Physical Analyzer).

El procedimiento, tal como lo explica en el Proceso PURI el equipo del InFo-Lab UFASTA dirigido por la Esp. Ing. Ana Di Iorio, requiere de varias fases y etapas. Una extracción de los datos como primera instancia donde se extrae la información, (dependiendo de algunos factores, se puede recuperar información borrada), y luego, a través de un software de análisis (Ej: UFED Physical Analyzer), se puede hacer una registración total de la información, en forma cronológica o realizando un filtrado de información, pudiendo enviar el informe pertinente conforme el objeto delimitado en la investigación. La extracción de datos es siempre una tarea técnica, mientras que el análisis de la información puede ser una tarea técnica o investigativa. Será técnica cuando se requiera una lectura de la información para la cual es necesario aplicar conocimientos específicos de ciencias informáticas (análisis de archivos, metadata, exif, bases de datos, archivos binarios, logs, etc).(conf. consulta realizada a la Esp. Ing. Ana Haydée Di Iorio, Universidad FASTA, durante marzo de 2023).

A través del análisis referido, la información contenida en un dispositivo móvil o teléfono celular puede ser filtrada, categorizada, identificada con etiquetas, seleccionada, etc. Una vez que se realizaron todas las acciones, el órgano o perito interviniente elabora el reporte. (Di Iorio, Ana; Constanzo, Bruno; Trigo, Santiago; Grillo, Rosalía; Evidencia digital e Informática Forense, Especialización en cibercrimen y evidencia digital. UBA, InFo-Lab UFASTA, Ministerio Público de Pcia de Bs As, Municipalidad de Gral Pueyrredón, Bs. As, 2021, p.39)

Cabe considerar que son múltiples la cantidad de elementos y datos que se pueden extraer de un dispositivo móvil, mensajería, llamadas, contactos, historial de internet, cuentas de usuarios, documentos, redes sociales, registro de ubicaciones, aplicaciones, cadena de caracteres, imágenes, audios y videos, lo que implica ingresar en la órbita de posibles datos sensibles que afectan a la intimidad de su titular, en tanto y en cuanto no sean objeto específico de la investigación dispuesta por el órgano judicial.

En este sentido, y vinculado a los protocolos de actuación para la extracción de datos de dispositivos móviles, debo destacar la implementación de buenas prácticas o guías sugeridas por el equipo de investigación InFo-Lab UFASTA, donde expresan que es fundamental *«[...] elaborar un requerimiento acorde al objeto procesal, es necesario saber qué clase de información extrae la herramienta forense para luego saber qué elementos puntuales solicitar, evitar solicitar la totalidad del contenido del equipo ya que suma mucha información innecesaria, pudiendo vulnerar derechos fundamentales, además que el reporte se complejiza y se dificulta la entrega por cuestiones de almacenamiento. También se corre el riesgo de que la información personal del titular del dispositivo (ajena al hecho) quede adjunta al expediente y al alcance de quien tome contacto con los autos. Se recomienda para ello elaborar requerimientos puntuales, utilizar criterios objetivos de selección de información, a través de búsqueda de caracteres y filtros de fechas»* (DI IORIO, Ana y ots., Evidencia digital e Informática Forense, Bs. As, 2021, pp. 40-44).

Es decir, la aplicación de los principios de finalidad y minimización en la protección de datos personales, esto es que los datos deben ser recolectados con un fin explícito y legítimo y utilizados de modo que resulten adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario.

Además, en coincidencia con lo que sostiene el Dr. Casas en el precedente citado, una vez concluida la investigación, la/el fiscal, la oficina correspondiente –en nuestro caso la UDAPIF- y/ o peritos intervinientes *«[...] deberán proceder a la destrucción de todos los datos y registros que no guardan trascendencia para la investigación, que obren en su poder»* conforme dispone el art. 4 inc. 7º de la ley 25.326.

Las mismas consideraciones caben en relación a la geolocalización, o el perfilamiento que se puede

obtener de la registración de celdas telefónicas o listado de celdas de conexión de un teléfono móvil con su correspondiente ubicación geográfica.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos «[...] *ha establecido ciertos requisitos para obtener las celdas de localización de un teléfono celular en una investigación. Entre otros menciona: a) Que exista una orden judicial de registro. b) Que la orden se adecue al estándar probatorio de la “expectativa razonable de privacidad”, ya que se trata de una medida que impacta en la garantía de la Cuarta Enmienda. c) Que haya causa probable de la comisión de un delito. d) Que sea probable la participación de determinada persona. e) Que la medida de prueba resulte necesaria y proporcional en atención a la gravedad del delito investigado» (CORVALÁN, Juan G., **Perfiles Digitales Humanos**, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 21).*

En este orden, corresponde referir que el perfilamiento a través de los datos o registros del posicionamiento de los usuarios «[...] *quedan almacenados en los archivos de las empresas prestatarias con independencia de si el titular utiliza o no el teléfono móvil. Más aún, se conocen ciertas técnicas de investigación llevadas a cabo en países europeos como Alemania, Holanda, Francia y España, que permiten acreditar la ubicación de personas mediante los denominados “SMS silenciosos” (Stille SMS), a través de los cuales las autoridades envían mensajes de texto a un destinatario cuya ubicación se pretende conocer, quien no se anoticia del mismo, no obstante lo cual el acto de comunicación queda registrado y archivado entre los datos de la operadora referidos a ese usuario. Como es notorio, se trata de una medida que tiene fuertes repercusiones desde el punto de vista de la protección de la privacidad y de la información personal que las empresas de telecomunicaciones tienen almacenada respecto de sus usuarios, únicos titulares de dichos datos, conforme los lineamientos constitucionales y normativos establecidos precedentemente» (ver <https://docs.google.com/document/d/1eF39FUaQC1bIZ9XMoxFG1w4lq7NfCiiNSidmbqSp0cU/edit>, ya citado).*

Los datos sensibles no pueden ser utilizados, como regla, para la elaboración de perfiles que lleven a tomar una determinada decisión. En Latinoamérica resulta de vanguardia la Ley de Protección de Datos de Brasil en este aspecto. Expresamente se otorga el derecho a solicitar la revisión de las decisiones adoptadas a partir de un tratamiento de datos personales que afecten sus intereses (CORVALÁN, Juan G, **Perfiles Digitales Humanos**, Ed. La Ley, CABA, 2020)

En síntesis, tanto de la Constitución Nacional, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia interamericana, la injerencia de la vida privada debe tener sustento legal y solo si persigue una finalidad legítima y necesaria en una sociedad democrática (CSJN, Fallos, 306:1892, «Ponzetti de Balbín, Indalia c.Editorial Atlántida SA», considerando 8º, 24/03/1994; «Halabi», H. 270, XLII, considerando 24º, entre otros; asimismo, arts. 30 y 32.2 CADH).

Por último, y en virtud de estas consideraciones, considero necesaria la capacitación continua y constante de los/as operadores/as judiciales en torno a estas temáticas, que permitan brindar las herramientas necesarias para el uso adecuado de las nuevas tecnologías, con el conocimiento técnico en el manejo de los diferentes dispositivos y lenguajes, y el desarrollo de habilidades para encontrar, comprender, evaluar, seleccionar y usar la información y datos que proporcionan dichas tecnologías.

En otro orden, comparto las consideraciones formuladas por el Dr. José V. Valerio en su voto, vinculadas con las referencias utilizadas por las partes y por el juez de la instancia anterior al momento de

individualizar los antecedentes de las causas, tales como fojas o expediente principal, los que resultan incompatibles con el actual modelo de enjuiciamiento.

En efecto, a través de las sucesivas reformas operadas en nuestro ordenamiento procesal se ha consolidado –entre otros aspectos- un sistema de audiencias orales. Al respecto, sostuve en el precedente «Zurita» que «[...] *el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad. Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias*» (ver, voto ampliatorio en «**Zurita**»).

Por otra parte, y vinculado al proceso de registración de las audiencias orales, sostuve en el **precedente «Sánchez Gutiérrez»** que «[...] *la Ley 9040 que regula el Fuero Penal Colegiado propende al uso de las innovaciones tecnológicas, como medida de transparencia y seguridad al disponer que se asegure en el proceso, «la metodología de la audiencia oral, públicas e indelegables, aplicando el sistema de agenda de audiencias y la digitalización total de las actuaciones; [...] la realización de audiencias mediante el sistema de videoconferencias u otros medios tecnológicos» (art. 13 incs. b y g de la ley 9.040, BO 9/02/2018).*

Consideré también que «[a] *tales fines es prioritario habilitar sistemas telemáticos que, a través de sus características y protocolos, permitan el resguardo de los datos e información que se suministra, conforme las normativas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso digital y en particular asegurando la confianza de cada justiciable y la sociedad toda*». Concluí entonces que «[...] *el uso de cada plataforma o sala virtual debe ir acompañada de reglas básicas preestablecidas, en lenguaje claro y accesible, con protocolos o guías de actuación, capacitación permanente y continua, lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, requerimientos técnicos descriptos y de fácil interpretación, reglas e instrucciones de responsabilidad y de seguridad*».

Esta observación, vinculada con el sistema procesal y la referencia a actuaciones escritas, considero que no tiene repercusión en la validez de la resolución cuestionada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal.

Por último, entiendo oportuno destacar que la innovación en los procesos de transformación digital de las administraciones de justicia se encuentra no solamente en el uso de nuevas tecnologías y en la incorporación de las plataformas digitales sino, fundamentalmente, al igual que en los procesos de extracción de datos de los dispositivos móviles ya analizados, en la formación permanente y continua del capital humano para operar tecnologías digitales cada vez más complejas y avanzadas.

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA CUARTA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la audiencia de apelación desarrollada y el auto dictado en fecha 10 de noviembre del año 2.022.

En razón de ello, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que se verifican en la resolución que aquí se anula, a los fines de garantizar la imparcialidad del tribunal y, debe remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado nº 1 para que la OGAP determine excepcionalmente el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia de apelación, la que deberá celebrarse a la mayor brevedad posible (art. 472 ss y cc del Código Procesal Penal)

Sobre la misma cuestión, los **DRES. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, PEDRO JORGE LLORENTE y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

En función del tratamiento de la tercera cuestión, considero que corresponde omitir pronunciamiento al respecto y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución impugnada.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión, los **DRES. JULIO RAMÓN GÓMEZ Y MARIO DANIEL ADARO** adhieren al voto que antecede

SOBRE LA QUINTA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde la imposición de costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión, los **DRES. OMAR ALEJANDRO PALERMO, JOSÉ VIRGILIO VALERIO, DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DR. MARIO DANIEL ADARO, DR. PEDRO JORGE LLORENTE Y DR. DALMIRO GARAY CUELLI**, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar *in limine* la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Alejandro Weiss Alonso sobre la audiencia de informe oral
- 2.- Desestimar la solicitud de cese de la prisión preventiva requerido por la defensa el acusado Alejandro Weiss Alonso.
- 3.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la audiencia de apelación desarrollada y el auto dictado en fecha 10 de noviembre del año 2.022.
- 4.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 1 a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia de apelación, la que deberá celebrarse a la mayor brevedad posible.
- 5.- Imponer costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 6.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese.

6- FLORES SUAREZ. 13-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	-	PCE	-	EGT	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180413_FcFSK.pdf

Lex: Art. 167 inc. segundo, 42 y 55 del CP.

Vox: Robo agravado. Poblado y banda. Tentativa. Motivación. Calificación legal. Manifestación del testigo. Credibilidad. Coherencia.

Summa:

El **JPC** (ex Juzgado de Flagrancia) condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo como autor del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, en concurso real con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5092 (25-08-17), pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zeballos Verduguez. 16-02-17.

Parágrafos destacados

“...Como he señalado en otras oportunidades considero que es posible revisar en esta instancia casatoria las manifestaciones de los testigos, llevando a cabo sobre aquéllas **dos juicios (uno externo y otro interno)**; como también la importancia al momento de asignar el crédito de un testigo (ver al respecto causa n° 13-03867033-0/1 “Zeballos Verduguez”, sentencia del 16/02/17). Concretamente en relación a los dichos de Belcastro, desde la **“perspectiva del hablante”** entiendo que no surge que éste no se encontrara en condiciones de prestar una declaración válida en el proceso, puesto que no se advierte ni se ha determinado que tuviera interés particular en relación al hecho investigado. Por este motivo considero que no se desprenden de las constancias de la causa razones para excluir la validez probatoria de sus dichos. Desde la perspectiva de **“lo hablado”**, entiendo que las declaraciones prestadas por el testigo en el proceso resultan consistentes tanto en su faz interna como externa. Ello así, toda vez que su relato se ha mantenido coherente en sus aspectos fundamentales durante el proceso...”

“...conuerdo con el criterio sustentado en el acto sentencial, toda vez que la jueza acertadamente valoró la **posible ausencia de imparcialidad** en sus respectivas declaraciones en razón del vínculo que los unía al imputado...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-04218764-4/1((011421-42742)) FLORES SUAREZ KEVIN MATIAS, FLORES AVEIRO JUAN JOSE Y QUIROGA LUCAS AGUSTIN P/ ROBO CALIFICADO (42742) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104287201*

En Mendoza, a los trece días del mes de abril del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04218764-4, caratulada "F. C/ FLORES SUÁREZ KEVIN ... POR ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado a fs. 257 quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Kevin Matías Flores Suárez a fs. 229/231, interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 5092 de fecha 25 de agosto de 2.017, obrante a fs. 217 y sus fundamentos de fs. 219/226, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, en concurso real con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa (art. 167 inc. segundo, 42 y 55 del Código Penal).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por la Sala II del Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia en autos N° P- 42.742/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del presente recurso, establece que «[...] puede aseverarse sin hesitación alguna que tres sujetos a bordo de un vehículo marca Fiat Uno dominio EIR 289, luego de romper la reja y vidrio del local "Percherón", sustrajeron entre ocho y nueve baterías, se retiraron del lugar y regresaron a los pocos minutos para continuar llevándose baterías, tarea que no pudieron concretar por la aparición de un móvil policial que los obligó a retirarse abruptamente, aunque sin poder darse a la fuga, en tanto los efectivos realizaron una corta persecución hasta lograr detener la marcha del vehículo y proceder a su aprehensión ».

2.- El recurso de casación

El defensor técnico promueve su impugnación a tenor de las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, toda vez que entiende que existen vicios in procedendo e in iudicando en el acto sentencial que cuestiona. En relación a los vicios de procedimiento la defensa se agravia en base a los siguientes puntos:

a) Motivación aparente.

Sostiene que la sentencia padece de motivación aparente toda vez que extrae de las pruebas rendidas en autos conclusiones que éstas no autorizan. Agrega que los fundamentos de la sentencia son arbitrarios toda vez que llegan a conclusiones que contradicen las reglas de la lógica. Cuestiona la valoración de

distintas testimoniales.

1) En relación a la declaración de Francisco Belcastro entiende que se le hicieron decir al testigo cosas que no dijo. Explica que el nombrado no pudo reconocer a los autores, los describió vagamente y dijo que sabía que eran ellos porque el auto en el que circulaban era el mismo. Critica que en base a este testimonio se tuvo por probado que Flores Suárez se encontraba entre los autores del hecho.

2) Cuestiona la valoración efectuada en relación a las contradicciones que advierte entre los actuantes respecto a las distancias recorridas en la persecución, como también el tiempo transcurrido hasta que avistaron el vehículo en el que circulaba Flores Suárez.

3) Se queja de la valoración efectuada en relación a las pruebas aportadas por la defensa. Concretamente critica la contradicción señalada por la juez entre las declaraciones de Flores Suárez y Quiroga.

b) Calificación legal errónea.

Respecto a los defectos sustanciales el recurrente señala que:

1) Se ha aplicado erróneamente el derecho de fondo al calificar el hecho como robo en poblado y en banda en concurso real con robo en poblado y en banda en grado de tentativa.

2) De la plataforma fáctica ventilada surge que el plan de los autores era uno solo, puesto que existió identidad de la res furtiva y del vehículo utilizado, además de que transcurrieron escasos momentos entre el primer y segundo ingreso al local.

3) El error de subsunción es consecuencia de la errónea apreciación de la prueba. Señala que se eligió desdoblar la conducta de los autores en dos hechos ya que de lo contrario implicaría dar cabida a la tesis defensiva o reconocer que todo el hecho quedó tentado.

4) La máxima arbitrariedad se alcanzó cuando se sostuvo que Flores Suárez es autor del primer hecho, cuando los indicios de presencia – hallarse en el mismo vehículo que las baterías sustraídas– y el indicio de cercanía espacio temporal se han esfumado. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 243/245 obra el dictamen emitido por el Sr. Procurador luego de examinar los agravios promovidos, señala que los argumentos defensivos vertidos en esta instancia resultan una reiteración de la posición llevada al debate que no logra romper el cuadro probatorio e indiciario colectado en la investigación y relevado por el a quo en la sentencia.

En relación a los vicios in procedendo la desclasificación de la defensa no toma en cuenta todos los elementos que deben integrar el razonamiento.

De este modo, cuando el Tribunal sostiene que Flores era una de las personas que sustrajo baterías en la primera y segunda oportunidad lo hace teniendo presente no que Belcastro no pudo reconocer individualmente por sus rostros a los autores sino, por la afirmación del testigo de que se trataba de las personas que ingresaron en la primera y la segunda oportunidad al negocio para sustraer baterías.

Por ello si Flores fue sorprendido por personal policial a escasos momentos del segundo hecho y no hubo tiempo para la modificación del trío, Flores integraba ambos conjuntos.

En relación al análisis de las declaraciones y el rechazo de los testimonios defensivos entiende que el mérito de credibilidad del juzgador se asienta en la sospecha de parcialidad previa como consecuencia de la cercanía de parentesco y amistad que une a la testigo y al coimputado, que ratifican la coartada

defensiva de Flores, más allá de la contradicción en que incurrieron.

Entiende que, por otro lado, surge la ausencia de necesidad de mentir o perjudicar al imputado por parte del testigo principal y los actuantes.

Agrega la consideración de credibilidad como apreciación insustituible del juzgador por el principio de inmediatez.

En relación al vicio in iudicando, señala que el agravio no puede ser recibido en esta etapa procesal ya que existen circunstancias definitorias en relación al concurso real de delitos que confirman la correcta calificación legal por parte del Tribunal a quo.

Por un lado, la consumación del primer hecho, puesto que las baterías sustraídas no fueron recuperadas, lo que implica su disposición y la consumación del primer hecho.

Por otro lado, porque luego de diez minutos de ocurrido este primer hecho aconteció el segundo, que quedó tentado puesto que se recuperó la res furtiva a raíz del accionar policial.

Por los argumentos expuestos entiende que la sentencia no es arbitraria, que las pruebas se han valorado bajo las reglas de la sana crítica racional y ha sido correcta la aplicación e interpretación de la ley sustantiva en la sentencia recurrida.

4.- La solución

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversos motivos entiendo que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado no puede prosperar, en atención a los motivos que a continuación paso a explicar.

a) Acerca de los hechos atribuidos y los cuestionamientos a la valoración probatoria.

De manera preliminar entiendo oportuno señalar que en la presente causa se atribuye a Kevin Matías Flores Suárez que en fecha 23 de mayo de 2017, aproximadamente a las 03.40 hs., junto a dos sujetos, y previo forzar las rejas y romper el vidrio de la puerta de ingreso, se introdujeron en el local comercial llamado "Percherón", sito en calle San Martín Sur N° 1204 de Godoy Cruz.

A la vez que uno de los sujetos sacaba baterías de automóvil, otro les recibía aquellas fuera del local y las cargaba en el vehículo marca Fiat Uno, color blanco, dominio EIR 289, a cuyo mando se encontraba el tercero de los sujetos, que hacía las veces de "campana" mientras subían las baterías al vehículo.

Luego se retiraron del lugar llevándose las baterías que cargaron. Al cabo de unos minutos regresaron y, de igual manera, extrajeron cinco baterías más.

Toda vez que un vecino del lugar aportó a un móvil policial que pasaba por el lugar las características del vehículo, el hecho ocurrido y la descripción de los sujetos, los efectivos policiales realizaron un patrullaje, logrando la aprehensión de tres personas a bordo del vehículo en calles Aristóbulo del Valle y Guizasola de Godoy Cruz, encontrando en el interior del vehículo las baterías sustraídas y una palanca color negro con que forzaron las rejas del comercio.

Ahora bien, vinculado al cuestionamiento de la defensa sobre el mérito de los diversos elementos de prueba que obran en la causa, considero que adecuadamente la sentenciante otorgó valor convictivo a la declaración de Francisco Belcastro, vecino del negocio donde se perpetró el hecho y que, alertado por los ruidos provenientes del exterior se asomó y pudo ver cómo tres sujetos cargaban baterías de automóvil

que sustrajeron del local comercial denominado Percherón.

Como he señalado en otras oportunidades considero que es posible revisar en esta instancia casatoria las manifestaciones de los testigos, llevando a cabo sobre aquéllas dos juicios (uno externo y otro interno); como también la importancia al momento de asignar el crédito de un testigo (ver al respecto causa n° 13-03867033-0/1 “**Zeballos Verduguez**”, sentencia del 16/02/17).

Concretamente en relación a los dichos de Belcastro, desde la “**perspectiva del hablante**” entiendo que no surge que éste no se encontrara en condiciones de prestar una declaración válida en el proceso, puesto que no se advierte ni se ha determinado que tuviera **interés particular** en relación al hecho investigado. Por este motivo considero que no se desprenden de las constancias de la causa razones para excluir la validez probatoria de sus dichos.

Desde la perspectiva de “**lo hablado**”, entiendo que las declaraciones prestadas por el testigo en el proceso resultan consistentes tanto en su faz interna como externa. Ello así, toda vez que su relato se ha mantenido **coherente** en sus aspectos fundamentales durante el proceso.

En tal sentido, de la información aportada por Belcastro es posible extraer que, como señala el Procurador General, en atención a la idéntica modalidad de operar en ambos hechos, la utilización del mismo vehículo y la escasa cantidad de tiempo entre uno y otro, no resulta plausible admitir una modificación en la conformación del grupo que operó en las dos ocasiones, máxime cuando no existen elementos probatorios que avalen tal hipótesis.

Al respecto, y en relación a la crítica formulada sobre la valoración de las pruebas aportadas por la defensa –manifestaciones vertidas por Abigail Flores y del coimputado Lucas Quiroga–, concuerdo con el criterio sustentado en el acto sentencial, toda vez que la jueza **acertadamente valoró la posible ausencia de imparcialidad en sus respectivas declaraciones en razón del vínculo que los unía al imputado**.

Esto toda vez que Abigail Flores es hermana de Kevin Flores y Quiroga dio cuenta de la estrecha amistad que lo unía con el imputado. Por otro lado, entiendo que la a quo interpretó adecuadamente el contenido de las declaraciones de Lucas Quiroga y explicó los motivos por los cuales no podía tener por cierta la versión que desincrimina a Kevin Flores.

En relación a los dichos de Abigail Flores, la jueza entendió, en mi opinión acertadamente, que en atención a los horarios en que ambos hermanos se separaron –a las 04.10 horas– y el horario en que ocurrió el primero de los hechos –04.20 horas–, que era posible que el imputado luego de permanecer con su hermana en un bar se dirigiese junto a dos individuos al lugar del hecho.

Conforme lo expuesto, entiendo que los vicios de procedimiento alegados por el recurrente no se verifican en la sentencia impugnada pues considero que la valoración del material probatorio válidamente incorporado fue llevado a cabo respetando los criterios de la sana crítica racional.

b) Sobre la errónea calificación legal de los hechos.

Corresponde a continuación dar tratamiento al vicio sustancial invocado por el recurrente quien estima que la calificación asignada al hecho atribuido a su defendido no resulta acertada.

Al respecto propone que la errónea calificación deriva de la desacertada interpretación de los elementos probatorios y reiterando que no es posible sostener que su asistido haya participado en el primero de los hechos puesto que la prueba lo vincula tan sólo al segundo de los delitos asignados.

Conforme se señaló en el punto anterior los elementos de convicción válidamente incorporados al proceso

resultaron adecuadamente ponderados por la jueza y, en base a ello es que el Tribunal de juicio tuvo por acreditado, la plataforma fáctica descrita, la que subsumió acertadamente en las figuras de los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en concurso real con robo agravado en lugar poblado y en banda en grado de tentativa.

Por lo tanto, y opinión concordante del Señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación deducido y confirmar la sentencia objetada. ASÍ VOTO

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 223/231 por la defensa de Kevin Matías Flores Suárez.
- 2.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Oportunamente, vuelvan los obras al Tribunal de origen, a sus efectos. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

7- SALOMON NAVARRO. 20-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230420_FcSNM.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 54 y 166 inc. 1° del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Concurso ideal. Lesiones graves.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por la causación de lesiones graves (artículos 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 54 y 166 inc. 1° del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1954, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-06827670-9/1((018602-20336)). F C/ SALOMON NAVARRO MARIO FEDERICO Y LICATA RIZZO MARCOS SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (IMPROPIA) EN CONC. IDEAL CON ROBO AGRAVADO (20336/21) (20336) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106079556*

En Mendoza, a los veinte días del mes de abril del año dos mil veintitrés reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-06827670-9/1** caratulada **“F. c. SALOMÓN NAVARRO, MARIO FEDERICO Y LICATA RIZZO, MARCOS SEBASTIÁN POR ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. JOSÉ V. VALERIO**, y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

La defensa de Mario Federico Salomón Navarro interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1954 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de cinco años de prisión como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en concurso ideal con robo agravado por la causación de lesiones graves (artículos 166 inc. 2° primer párrafo, primer supuesto, art. 54 y 166 inc. 1° del CP) en los obrados P-20.336/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado en las presentes actuaciones que *«para fecha 24 de febrero de 2021 siendo las 22:05 aproximadamente, la víctima Antonio Ortiz, se encontraba en la garita de portería del condominio "Los Cardos", ubicado en calle Pública y La Unión, de Vertientes del Pedemonte, Luján de Cuyo, en momentos en que fue abordado por dos sujetos, luego identificados como Marcos Sebastián Licata Rizzo y Mario Federico Salomón Navarro, uno de ellos, Marcos Licata, golpeó a Antonio Ortiz en reiteradas ocasiones con una cadena que llevaba, al tiempo que le manifestó "tenés plata hijo de puta, dame la plata, vos me debés plata" causándole fractura de cúbito, ocasionando una lesión que tiene tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo mayor a un mes; tal y como fue constatado mediante examen practicado por el Cuerpo Médico Forense. Al mismo tiempo, Mario Salomón, le sustrajo a la víctima una mochila de color gris y un parlante marca Only de color negro con un cargador de color blanco, para luego darse ambos a la fuga, solamente con el parlante, dejando tirada la mochila. Minutos después, personal policial que llegó al lugar, observó a aproximadamente quinientos metros del mismo, en calle Altas Torres s/n, a los dos autores del hecho, procediendo a la aprehensión de Salomón Navarro y de Licata Rizzo, teniendo en su poder este último, el parlante sustraído, logrando el secuestro del mismo, motivo por el cual ambos fueron trasladados a sede de Comisaría N° 47 y a disposición de la Oficina Fiscal N° 15»*.

Para así decidir, el juez valoró, entre otros elementos probatorios, las declaraciones testimoniales de Antonio Ángel Ortiz Romero, de Rubén Ariel Escudero, del Oficial Darío Gastón Azeglio, de Tomás Gabrielli, de Noelia Liliana Serresone Roo, de Gaspar Valdez, y de la licenciada Florencia Rezinovsky.

2.- El recurso de casación de la defensa de Mario Federico Salomón Navarro

La defensa interpone el recurso de casación de conformidad con el art. 474 inc. 2 del CPP. Ello, en tanto considera que la sentencia impugnada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En este sentido, expresa que no se encuentra debidamente motivada la intervención de Mario Salomón en el hecho, pues si bien estaba en el lugar donde sucedió, sólo acompañó al acusado Licata a reclamar una deuda, pero no cometió delito alguno.

Denuncia una actuación irregular del personal policial que intervino en el procedimiento. En este sentido refiere que el auxiliar Rubén Ariel Escudero junto al oficial Darío Gastón Azeglio fueron movilizados por el CEO, que detuvieron a unos 500 metros a dos sujetos que le habían robado un parlante a un hombre mayor. Que ello ocurrió por la coincidencia de la ropa que vestían y la descripción personal. Agregó que exhibieron el parlante a la víctima y esta lo reconoció.

Refiere que el oficial ayudante Darío Azeglio relató hechos parecidos pero dijo que no le mostraron el parlante ni los sujetos aprehendidos al denunciante. De tal modo considera que el accionar policial contaminó la prueba respecto de un posible reconocimiento en rueda de personas.

Dice que el juzgador debió absolver a Mario Salomón por imperativo del principio *in dubio pro reo*, porque los únicos elementos probatorios que valoró el sentenciante carecen de entidad para fundar una sentencia condenatoria.

En definitiva, sostiene que las graves omisiones en la valoración de elementos probatorios configuran un supuesto de arbitrariedad fáctica y jurídica que legitima la intervención del tribunal de casación para que ordene la realización de un nuevo juicio mediante el reenvío.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 11/12 y a fs. 22/23 vta., el señor Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso interpuesto.

En relación con el recurso interpuesto por la defensa de Salomón Navarro considera que los agravios específicos consisten en la reiteración de lo expuesto en el debate y resuelto por el juzgador sobre la base del contradictorio, sin que se aporten nuevos argumentos que conlleven a una solución diversa.

Agrega que la estrategia defensiva resulta endeble para probar la falta de participación en el hecho de Salomón. Estima que los actos cumplidos por Salomón Navarro demuestran objetivamente una decisión conjunta, corroborada por su presencia en todas las etapas del *iter criminis*, que condujo al juez de anterior instancia a afirmar una actuación coordinada, constitutiva de la coautoría.

De tal manera, y de acuerdo con lo expuesto, concluye que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Salomón Navarro y de Licata Rizzo no puede prosperar. Paso a explicarlo.

En relación con el recurso interpuesto por Salomón Navarro advierto, tal como lo sostiene el Procurador en su dictamen, que los planteos expuestos en la instancia recursiva resultan idénticos a los vertidos en el debate oral y que han sido rechazados por el juez de la instancia anterior, con argumentaciones que comparto.

En efecto, el hecho objeto del proceso quedó acreditado con las declaraciones testimoniales de Antonio Ángel Ortiz Romero y de los oficiales intervinientes en el procedimiento Rubén Escudero y Darío Azeglio, así como de las actas de procedimiento, croquis ilustrativo y secuestro. Estos elementos probatorios permitieron tener por acreditada las circunstancias de tiempo, modo y lugar del acontecimiento atribuido a los acusados.

En efecto, Antonio Ángel Ortiz Romero narró que mientras estaba trabajando en la garita del condominio “Los Cardos” fue interceptado por dos sujetos. En esa ocasión, uno de ellos le asestó golpes con una cadena que en el extremo tenía un candado, en tanto le exigían el pago de una deuda. En tal contexto, ambos sujetos se apoderaron de un parlante y una mochila que dejaron tirada a los pocos metros del lugar. También refirió que fue asistido por vecinos del lugar y que aquellos sujetos resultaron aprehendidos, lográndose el secuestro del parlante sustraído.

Indicó Ortiz Romero, asimismo, que pudo reconocer a uno de esos sujetos, Licata Rizzo, por haber trabajado ambos en la construcción.

Aún así, no logró identificar al otro, pero fue concreto al referir que ambos acusados estaban juntos y escondidos detrás de la garita. Ello permitió al juez de sentencia afirmar que los dos acusados actuaron en el suceso de modo coordinado al sorprender e interceptar a la víctima y sustraerle el bolso y el parlante.

Como consecuencia de los golpes, Ortiz Romero sufrió una fractura de cúbito, según lo acreditaron los profesionales que asistieron a Ortiz Romero en el Hospital Central Tomás Gabrielli y luego fue constatado por la médica del Cuerpo Médico Forense, Noelia Serresone. Al respecto, el médico Gabrielli señaló que la víctima, al resistirse colocó, su brazo cubriéndose el rostro y producto de esa reacción defensiva es que padeció la fractura descripta.

A partir de la valoración de estos elementos de prueba referidos, así como de los demás obrantes en el legajo, es posible el juez de la instancia previa descartó, correctamente, la pretensión de la defensa de Salomón Navarro relativa a la exclusión de responsabilidad penal del acusado y de atribución de toda la responsabilidad al coimputado Licata Rizzo.

Es que, además de haber reconocido el propio acusado Salomón Navarro haber estado en el lugar del hecho junto a Licata Rizzo, la prueba acreditó que el suceso se presentó como una empresa delictiva en común con distribución de tareas entre los acusados.

Esto, en razón de que ambos acusados se mantuvieron escondidos y agazapados detrás de la garita en la que estaba Ortiz Romero y, luego de golpearlo con una cadena que tenía un candado en su extremo y de apoderarse de su mochila, se dieron a la fuga en la misma dirección.

Ortiz Romero dijo no recordar qué hizo exactamente Salomón Navarro. Sin embargo, entiendo que esta circunstancia no es suficiente para sustentar la pretensión de la defensa de excluir la responsabilidad del acusado. Si se toma en cuenta el contexto y modalidad en el que acontecieron los hechos –esto es, en

horario nocturno, con dos sujetos que interceptaron a la víctima y le propinaron golpes con una cadena que le provocaron la fractura del cubito– exigir a la víctima una detallada precisión y descripción de la conducta desplegada escapa a toda regla de la experiencia.

Por otro lado, el juez, adecuadamente a mi criterio, brindó las razones por las que descartó la hipótesis defensiva expuesta durante el debate oral y al momento de brindar los alegatos.

En este sentido, entendió que el comportamiento posterior de Salomón Navarro, en tanto se dio a la fuga conjuntamente con el acusado Licata Rizzo -reconocido por Ortiz Romero como uno de los autores del hecho- y, con los bienes sustraídos.

De tal manera, juzgador consideró que «*de no haber sido ajeno*» el suceso, no se explicaba por qué pudiéndolo hacer no asistió a la víctima, quien producto de los golpes recibidos sufrió las lesiones precedentemente mencionadas y debidamente constatadas (fundamentos, fs. 5).

Resta analizar lo relativo a las pretendidas irregularidades en la ponderación de la prueba. Aquí la defensa expone el agravio de manera genérica e imprecisa, pues si bien afirma que existieron «*graves omisiones de valoración de elementos probatorios que configuran un supuesto de arbitrariedad fáctica y jurídica*» (recurso, fs. 7) no indica de manera concreta el alcance del agravio. Es que, tal como sostuve en párrafos que anteceden, quedó debidamente acreditado con base en las constancias obrantes de la causa, la existencia del hecho y la intervención de los acusados.

En este orden, advierto que la defensa sólo se limita a señalar irregularidades y contradicciones en las declaraciones de personal policial actuante, pero no explica en qué modo la supuestas irregularidades y contradicciones ha derivado en un perjuicio para los acusados.

Por todo lo expuesto, debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Mario Federico Salomón Navarro.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

8- RAMOS LOPEZ. 24-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230424_FcRLD.pdf

Lex: Art. 167 inc. 2, 54 y 166 inc. 2, 3° párrafo del CP

Vox: Robo agravado. Poblado y Banda. Concurso ideal. Arma de fuego no apta. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al imputado, Ramos López, a la pena de **tres años de prisión** como autor del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 167 inc. 2, 54 y 166 inc. 2, 3° párrafo del CP), revocándosele la condicionalidad de la pena impuesta con anterioridad y unificando esta condena con la impuesta en autos N° P-51986/20, imponiendo la **pena única de cuatro años de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** técnica de Ramos López interpone recurso (Art. 474 CPP). En relación con Magallanes Orellano, debe señalarse que su defensa, junto con aquél, desistió del recurso oportunamente interpuesto, lo que debe ser proveído de conformidad (Art. 460 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2023, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- González Nieva, Jorge Enrique. Fallos 343:1181.

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/3/documento>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06858593-1/1((018601-3303)). F C/ RAMOS LOPEZ DANIEL JOSE LUIS; RAMIREZ OLIVERA MARTIN EDUARDO; MAGALLANES EXEQUIEL MARTIN P/ ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADA Y EN BANDA (3303) (3303/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106108541*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06858593-1/1 caratulada “F. c/ RAMOS LÓPEZ, DANIEL JOSÉ LUIS; RAMÍREZ OLIVERA, MARTÍN EDUARDO Y MAGALLANES ORELLANO, EXEQUIEL MARTÍN P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Daniel José Luis Ramos López y la defensa de Exequiel Martín Magallanes Orellano interpusieron recursos de casación contra la sentencia n° 2023 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto al primero de los nombrados se lo condena a la pena de tres años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 167 inc. 2, 54 y 166 inc. 2, tercer párrafo C.P.) en la causa N° P-3303/21, revocándosele la condicionalidad de la pena impuesta con anterioridad y unificando esta condena con la impuesta en autos N° P-51986/20 en la pena única de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo.

Por su parte, y en relación a Exequiel Martín Magallanes Orellano, debe señalarse que su defensa, junto con aquél, desistió del recurso oportunamente interpuesto, lo que debe ser proveído de conformidad, a tenor de lo dispuesto por el art. 460 CPP.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto por la defensa de Daniel José Ramos López?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado que el 9 de enero de 2021, a las 18 horas aproximadamente, Laura Zolorza se presentó en la Manzana 20 Casa 3 del Barrio Solares de Bermejo de Bermejo, Guaymallén, lugar donde funciona un negocio de reparación y venta de teléfonos celulares, simulando estar interesada en la compra de un teléfono celular marca Samsung modelo S10 que Ruth Dalesio había publicado en la red social Facebook. Fue atendida al llegar por el esposo de aquella, Rubén Rosales Salinas, quien la hizo pasar al local comercial. En esa oportunidad, ingresó también Martín Ramírez Olivera acompañando a Zolorza, quien de inmediato le dijo al dueño de casa que se quedara tranquilo. Seguidamente ingresaron, Magallanes, que le apoyó un arma de fuego a Rosales, diciéndole «*quedate quieto o te vuelo la cabeza*» y también Ramos López, quien comenzó a revisar la casa y a sustraer diversos

celulares y otros objetos, mientras Ramírez Olivera tomaba del cuello al dueño de casa y lo inmovilizaba. Seguidamente, cargaron los elementos robados en una camioneta azul Fiat Qubo dominio LUT 573 y se alejaron del lugar en dicho vehículo.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel José Ramos López

Se agravia la defensa de Ramos López porque la sentencia viola el debido proceso, encontrándose erróneamente motivada, ya que se funda en un indicio, como es que su defendido era titular de una tarjeta azul del vehículo que habría participado del robo.

Señala que no hubo prueba contundente que demostrara que fue él quien usó el vehículo en oportunidad del robo, desde que fue detenido recién al día siguiente del hecho sin que se le encontrara ningún objeto sustraído. Destaca que el automotor pudo haber sido utilizado por otra persona de su familia o amigos, lo que generaría una duda, ya que sus hermanos también tienen autorización para conducir el rodado – cédula azul– y que era el fiscal quien debió probar que fue el acusado quien participó del robo.

Por otra parte, se agravia porque la sentencia tiene por probada la autoría de su defendido, en virtud del segundo reconocimiento, en el que tenía un barbijo colocado, sin tener en cuenta que el primer reconocimiento –fotográfico– con el rostro descubierto, dio negativo.

Refiere que en el segundo reconocimiento, lo reconocieron sólo por su color de pelo y de piel.

Relata que quien solicitó ese segundo reconocimiento fue el abogado que previamente asistió a Ramos, luego de haberse realizado el anterior, en el que no fue reconocido.

Respecto de este agravio, expone que el reconocimiento es un acto irreproducible, lo que implica que un segundo reconocimiento conlleva el riesgo de que la imagen histórica que se percibió durante el delito sea desplazada o sustituida por la del primer reconocimiento, por lo que también esta situación generaría una duda que debe favorecer a su defendido.

Sostiene que es difícil describir un rostro con el barbijo puesto. Agrega que en su oportunidad, consintió el reconocimiento fotográfico, en virtud de que la pandemia imponía restricciones.

Pide que se revoque la sentencia y se absuelva a Ramos. Resalta que la condena anterior del acusado no fue por un delito contra la propiedad, sino por uno relacionado con la violencia de género. Además, afirma que la fecha de los hechos Ramos era titular de un negocio de venta de ropa y de un local de juegos infantiles, ambos en el departamento de Godoy Cruz, extremos de los que deriva que su defendido no puede ser autor o partícipe del robo por el que fue condenado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el señor Procurador General estima que el recurso debe rechazarse, porque la sentencia está debidamente fundada con relación a la autoría y participación de Ramos.

Considera que se valoró en forma conjunta el plexo probatorio, logrando certeza para condenar. Agrega que los testimonios recibidos fueron coincidentes y que el vehículo usado fue señalado desde un primer momento por las víctimas, encontrándose dentro de él los tres imputados y la coimputada Zolorza.

En función de lo expuesto, entiende que el recurso de la defensa de Ramos López no debe prosperar, por lo que debe ser confirmada la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello, por cuanto la sentenciante se basó en las pruebas rendidas, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y el **principio de unidad de la prueba**, que se encuentra íntimamente relacionado con el primero e impone, como regla, su consideración conjunta.

Al respecto, debe señalarse que esta Sala ha dicho que muchas veces la certeza necesaria para la condena se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), que es lo que ha ocurrido en este caso.

En efecto, surge de la revisión realizada que convergen en la autoría de Ramos López la denuncia formulada por el dueño del local comercial Rosales Salinas y su pareja Ruth Dalesio; los testimonios de éstos, de la madre de Rosales Salinas, Isabel, y de Nahuel Rosales, quienes estuvieron presentes durante el asalto y señalaron a Ramos López como uno de los que ingresaron a su domicilio a robar.

También, el reconocimiento en rueda de personas que llevó a cabo Rosales Salinas y las actas policiales labradas los días 9 y 10 de enero de 2021 dan fundamento adecuado a la condena.

La primera de esas actas se vincula con el procedimiento, y se confeccionó el mismo día del delito. De ella surge que las víctimas le informaron a la autoridad policial el color y dominio del vehículo en el que huyeron sus atacantes, datos que pudieron advertir en ese momento.

Corresponde referir que en virtud de esa información se secuestró al día siguiente el automotor prementado y se detuvo a sus ocupantes, quienes presentaban características físicas coincidentes con las de los sujetos que perpetraron el robo, lo que consta en la segunda acta de procedimiento mencionada, datada el 10 de enero de 2021.

En este punto, debe señalarse que el acusado Ramos López fue descrito por las víctimas como *«el sujeto que se fue para el fondo, que tenía características norteñas, debe haber medido 1,70 o 1,65 metros aproximadamente, pelo corto negro, más corto en los costados, era morocho, tenía puesto un barbijo, vestía remera color negro»*, características que fueron percibidas también por los efectivos policiales que lo aprehendieron y que la juzgadora de la instancia previa constató durante las audiencias del debate, según expuso en los fundamentos orales (registro audiovisual, minuto 27: 35 y sig).

A las pruebas hasta acá mencionadas, se suma que la cédula azul de permiso de circulación del vehículo en el que huyeron los autores del robo objeto del presente, y a bordo del cual fueron aprehendidos, se encuentra a nombre del acusado Ramos López.

Esta circunstancia, en el contexto probatorio de la causa, no es irrelevante, como pretende la defensa, sino que por el contrario, confirma su intervención.

Más aún, considerando que este acusado fue reconocido por Rosales Salinas en rueda de personas, mientras que Dalesio en idéntico acto procesal, dudó entre la persona identificada como 1 –número que pertenecía al acusado– y el número 4, reconociendo finalmente a este último y no al acusado.

En este estadio, corresponde establecer que los cuestionamientos del recurrente a este reconocimiento de su defendido, no pueden prosperar.

En primer lugar, porque el muestreo fotográfico que se realizó en los inicios de la investigación, con resultado negativo respecto de Ramos López, no puede haber interferido en el reconocimiento en rueda de personas posterior, a través de la superposición de imágenes, tal como afirma el recurrente.

Ello, por cuanto las fotografías exhibidas en esa ocasión –que tuvieron por finalidad, en el marco de la pandemia, sumar elementos de prueba inmediatamente, según expresó la sentenciante– fueron de tamaño pequeño, limitadas al rostro y en blanco y negro.

Por su parte, el reconocimiento en rueda de personas que fue solicitado expresamente por el abogado que defendía a Ramos López en ese momento, se hizo mediante la plataforma Skype, posibilitando observar a los sujetos de una forma integral (registro audiovisual de los fundamentos, minutos 19:12), lo que permitió arribar a un resultado positivo.

En segundo término, el reconocimiento efectuado no puede invalidarse, como indica la defensa, porque en la rueda de personas tanto Ramos López como los demás integrantes de la misma, hayan tenido colocado un barbijo.

Efectivamente, las víctimas sólo vieron a Ramos López y a otros de los partícipes durante el lapso que demandó el robo, con un tapabocas puesto. En consecuencia, no se hubiera ajustado a derecho, si en la rueda de personas formada a esos efectos, hubieran estado sus integrantes a cara descubierta.

Ahora bien, en virtud de lo hasta acá desarrollado, deben desecharse los agravios centrados en que, por haber sido aprehendido el día posterior o no haberse hallado ninguno de los objetos sustraídos en su poder, el acusado no es la persona que participó del hecho.

Por el contrario, la circunstancia de haberse encontrado los cuatro partícipes juntos en el mismo vehículo al instante de su detención, incluso la acusada Zolorza, constituye otro elemento más que refuerza la conclusión condenatoria, según afirmó la sentenciante.

También contribuyen a sostener la intervención de Ramos López en el delito en trato, que el titular registral del automotor en el que se conducían, era familiar de él y que se le había otorgado a su nombre, mediante una cédula azul, autorización para conducirlo.

Al respecto, carece de trascendencia, ante las probanzas reunidas, los dichos de la defensa en procura de negar esta conclusión, aludiendo a la posibilidad de que hubieran otras cédulas azules o bien, que el automotor el día del robo, haya podido ser usado por su titular registral, un empleado, amigo u otra persona.

Por otra parte, la juzgadora de la instancia previa, resaltó que el acusado no pudo justificar sus dichos sobre dónde estaba el día del delito por el que fue condenado (registro audiovisual de los fundamentos, minuto 33:50 y siguientes), aspecto que la defensa no desvirtúa.

Resta decir que todos los extremos que cita el defensor tendientes a derribar la certeza que derivó en la condena pronunciada, carecen de aptitud para generar la duda y consecuente absolucón del acusado.

De esta forma se ha expedido este Cuerpo reiteradamente (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros), en términos aplicables al presente caso, ya que tal como se ha demostrado con el desarrollo hasta acá efectuado, la motivación de la sentencia se ajusta a derecho y no surge el estado intelectual de duda

que legitima la aplicación del art. 2 CPP.

Cabe indicar que esta solución es acorde con los lineamientos brindados por la Corte Federal recientemente, en el caso «**González Nieva, Jorge Enrique**» (Fallos 343:1181).

Por último, el hecho invocado por la defensa, consistente en que Ramos López no tenía antecedentes de delitos contra la propiedad, no es exacto.

De esta forma, el resolutivo II de la Sentencia N° 2023 que se impugna, revoca la condicionalidad de la pena impuesta con antelación y la unifica en cuatro años de prisión en efectivo, por considerar al acusado autor, entre otros, del delito de robo simple en contexto de violencia de género en la causa P-51986/20 y de daño simple, hurto simple y violación de domicilio en un el mismo contexto, en la causa P-38120/20, por citar algunas de esas causas.

A esto, se suma que no puede ser acogida como cierta, por resultar contraria a la experiencia común y no resultar pertinente en relación con la pretensión de desvinculación en el proceso, la circunstancia invocada por la defensa, en el sentido que Ramos López no cometió el delito por el que se lo condena, debido a su condición económica. En particular, porque según la defensa tenía empleados a su cargo en un negocio de ropa y en otro de su propiedad, destinado a eventos infantiles. La solidez de los elementos de cargo, que fueron detallados, da cuenta de la endeblez del argumento.

Concluyendo, la motivación de la sentencia no es errónea, como afirma el recurrente, sino que resulta suficiente a los fines del mantenimiento del *dictum* como acto jurisdiccional válido, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala.

En este sentido, se ha dicho que para conllevar la extrema solución de su nulidad, la resolución impugnada debe presentar falencias que revistan una entidad tal, que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 392-94, 397-177, entre otros); lo que en el presente caso no sucede.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Tener por desistido del recurso interpuesto al acusado Exequiel Martín Magallanes Orellano (art. 460 del CPP).
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel José Luis Ramos López.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 5.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

9- TAPIA FUENTES. 27-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230427_FcTFR.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. .

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2146, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-06918514-7/1((018601-74985)). FC/ TAPIA FUENTES RODRIGO NAHUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (74985) (VIRTUAL) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106164620*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 06918514-7/1, caratulada “**FC/ TAPIA FUENTES, RODRIGO N. P/ ROBO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN**”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Rodrigo Nahuel Tapia Fuentes interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2.146, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condenó a aquél en causa P-74.985/20 a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo a lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La decisión impugnada tuvo por acreditado el hecho atribuido a Rodrigo Nahuel Tapia Fuentes, según el cual «[e] l día 9 de octubre de 2020, siendo las 15:40 hs. aproximadamente, Rodrigo Nahuel Tapia Fuentes junto a María Rebeca Sales Peña llegaron en una moto marca Corven 100cc, color negro, dominio 987 LNP al Barrio Solares de Brown frente a la manzana G, casa 1 de Las Heras, lugar donde habían concertado el encuentro con las víctimas para una supuesta venta, pero cuando llegó la pareja en su vehículo, Rebeca Sales Peña le dijo a la víctima, Gilda Medel que la acompañe al domicilio, pero cuando iban caminando, Rebeca Sales le apoyó un cuchillo de aproximadamente 20 cm de largo con una hoja de aproximadamente 10 cm dentado, y le dijo a la víctima «esto es un asalto, dame la plata y el celular», logrando sustraerle la cantidad de quince mil pesos, mientras que Rodrigo Tapia Fuetnes abordaba al mismo tiempo al esposo que había quedado en el auto, Elbio Antonio Reyes Mesa, a quien colocándole en el cuello un cuchillo de aproximadamente 45 cm con hoja ancha y lisa, le sustrajo la llave del vehículo Renault Clío [...] el dinero que tenía en la billetera y un teléfono celular marca Moto G6 Play. Luego, Rebeca Sales se acercó a la moto que conducía Tapia Fuentes y le pasó el dinero sustraído e intento abordar el rodado, pero el sujeto se dio a la fuga dejando a Rebeca Sales en el lugar, lográndose su aprehensión, en tanto que Tapia se daba a la fuga con los elementos sustraídos que descartó en la huida, siendo posteriormente aprehendido sin recuperar la res furtiva».

Para así decidir, el juez de sentencia valoró principalmente los testimonios de las víctimas, Elbio Reyes y

Gilda Medel, de los funcionarios policiales, Gonzalo Menoyo, Mónica Rinaldi, Daiana Villalón y Agustín Hinojosa, y el acta de procedimiento de fs. 13/15.

Los hechos tenidos por acreditados fueron calificados legalmente como robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, del CP).

En relación con la pena, el juez de la instancia anterior impuso seis años de prisión y para ello valoró como circunstancias agravantes la extensión del daño causado y la forma en que el acusado utilizó el arma, lo que implicó un mayor peligro concreto a la afectación de la integridad física de las víctimas.

Por su parte, ponderó como atenuantes la edad del acusado (veintidós años), las limitaciones socioculturales y la falta de inserción laboral.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Rodrigo Nahuel Tapia Fuentes plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios sustanciales.

En este sentido, luego de transcribir los fundamentos de la sentencia vinculados al monto de la pena aplicada a su defendido, sostiene que éstos se expresaron de forma insuficiente, global, genérica y, además, con omisión de elementos decisivos que surgen de la causa.

Afirma en este sentido que si bien el juez de sentencia consideró de manera preponderante las circunstancias atenuantes, sólo las mencionó sin valorarlas ni motivarlas, por lo que, a su criterio, el proceso de determinación de la pena se convirtió en una simple estimación dogmática o mero cálculo matemático, alejado de toda referencia a la valoración de las circunstancias personales del acusado. Agrega que esta falta estimación se traduce en la pena aplicada, en tanto se alejó del mínimo legal establecido para el tipo penal atribuido.

Asegura que el error en el cual ha recaído el juez de sentencia, resulta de descartar las atenuantes acreditadas dando mayor peso a las agravantes, con omisión en ese acto del correspondiente razonamiento necesario para arribar a dicha conclusión.

Cuestiona que el sentenciante no tuvo en cuenta que dentro del principio de legalidad se desprende el principio, o regla general, de «preferente interpretación restrictiva», el cual debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de tomar una perspectiva de pena a imponer.

Sostiene que tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes deben ser computadas con total independencia de la mayor o menor incidencia que cada una de ellas tenga posteriormente en la individualización de la pena.

Concluye que la resolución cuestionada deviene nula, toda vez que adolece de motivación aparente, sólo respecto del monto de la condena impuesta, transgrediendo lo dispuesto en el art. 155 del CPP.

Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General al expedirse sobre el recurso de casación interpuesto por la defensa de Tapia Fuentes entiende que procede desde el punto de vista formal, aunque no desde el sustancial.

Advierte que los agravios defensivos en lugar de exponer los errores en el razonamiento del sentenciante, denotan una discrepancia con los fundamentos brindados en relación a dicho tópico, los cuales aparecen

claros y razonados, surgiendo de su lectura los motivos por los cuales se impuso la pena cuestionada.

Considera que los arts. 40 y 41 del CP fueron debidamente aplicados por el sentenciante, por lo que no advierte vicios en la sentencia que ameriten su revocación.

En razón de esas consideraciones, entiende que el recurso no puede prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

Ello, en tanto la resolución cuestionada no adolece de los vicios que le adjudica la defensa.

Preliminarmente, debo señalar que la defensa se limita a afirmar la existencia de una fundamentación aparente en el proceso de determinación de la pena impuesta a Tapia Fuentes, sin que de sus argumentos se desprenda un análisis crítico de las razones consideradas por el juez para llegar al monto de pena aplicado.

Ello, en tanto, sin precisarlas, sólo refiere que el sentenciante no valoró adecuadamente las circunstancias atenuantes, al tiempo que sostiene que éstas fueron descartadas por el magistrado quien, a su criterio, le atribuyó mayor peso a las circunstancias agravantes.

Entiendo que tal afirmación, carente de mayores precisiones, no resulta suficiente para conmover la decisión en crisis.

En efecto, y en primer orden, de los fundamentos cuestionados, se desprende que el juez de sentencia luego de establecer la escala legal aplicable al delito en el que se encuadraron los hechos –de cinco años a quince años de prisión– impuso la pena de seis años de prisión.

Es decir, determinó la pena aplicada al acusado Tapia Fuentes dentro del primer tercio dentro de la escala penal, y muy cercana al mínimo legal.

Con ello, se desestima la postura de la defensa en tanto sostiene que el juez de sentencia valoró debidamente las circunstancias atenuantes del acusado. Pues es precisamente la consideración de las condiciones subjetivas o personales de Tapia Fuentes las que llevaron al juzgador a la pena aplicada próximo al mínimo legal.

En efecto, el sentenciante consideró –contrariamente a lo aludido por la defensa– que la graduación de la pena debía resultar de un «[...] *análisis mesurado de los hechos y sus consecuencias y de las circunstancias personales del destinatario*».

De este modo, en primer lugar valoró las condiciones objetivas de las acciones desplegadas por el acusado. En este punto, destacó que el modo en que fueron utilizadas las armas, en tanto el acusado colocó el arma blanca sobre el cuello de la víctima, implicó un mayor peligro concreto de afectación de la integridad física de las víctimas.

Agregó, como una circunstancia relevante, la extensión del daño causado, en tanto las víctimas fueron despojadas de una suma importante de dinero, así como de otros bienes, que no fueron recuperados (fundamentos, pp. 9 y 10).

En segundo lugar, el juez de sentencia valoró como relevante en orden a determinar la culpabilidad del acusado, su edad al momento de los hechos, esto es veintidós años, en tanto entendió que se encontraba

en una etapa de extrema juventud.

Del mismo modo, entendió que Tapia Fuentes presentaba «[...] *limitaciones socioculturales debido a su bajo nivel educativo y a la falta de inserción laboral lo que también debe considerarse como atenuante en relación con su culpabilidad*».

De esta manera, el sentenciante entendió que «[...] *estas circunstancias permiten, al ser puestas en relación con las circunstancias objetivas del hecho, delimitar el merecimiento de pena tomando en consideración que se trata de una persona joven de limitados recursos económicos, educativos y socio culturales que conllevan un menor merecimiento de pena*» (fundamentos, págs. 10 y 11).

Así, no puede prosperar el agravio vinculado con la falta de justificación por parte del sentenciante del alejamiento del mínimo legal establecido por la norma. Al respecto, el juez de sentencia sostuvo, entre otras circunstancias, que las características del hecho impedían ubicar la pena aplicada en el mínimo legal establecido por el tipo penal en cuestión.

De acuerdo con lo analizado, estimo que el juzgador tuvo en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.) para arribar a una solución adecuada en el caso.

Es decir, dentro de la escala aplicable, que presenta un mínimo y un máximo que se encuentra entre los cinco y los quince años, la pena impuesta se encuentra dentro del primer tercio de ella, cercana al mínimo legal, brindando el sentenciante adecuados motivos por los cuales debía apartarse de ese mínimo.

En definitiva, y contrariamente a lo sugerido por la defensa, surge evidente que no estamos ante un caso de motivación aparente o mera dogmática, sino que el juez ha interpretado las normas sustanciales correspondientes en base a las constancias de la causa, de modo tal que la sentencia cuestionada debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodrigo Nahuel Tapia Fuentes.

- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

10- OVANDO ABALLAY y ot.. 09-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230509_FcOAA.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° y 2° supuesto y 54, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Amenazas agravadas. Arma.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años y tres meses de prisión**, como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, por el uso de arma impropia y por ser en despoblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2, 3° párrafo, 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° y 2° supuesto y 54 del CP); y por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP).

Del mismo modo, la defensa de Carlos Hernán López Agullo interpone recurso de casación contra los autos arriba individualizados y también por el delito de encubrimiento simple en concurso real con infracción al art. 205 del CP (arts. 277 inc.1, letra C, 205 y 55 del CP) en la causa n° P-31738/20, en tanto la resolución que cuestiona lo condenó en la calidad de autor a la pena de seis años y seis meses de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2037, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Nambuena Sepúlveda. 4-3-20:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200304_Nambuena.pdf

Parágrafos destacados.

“...no es la función de esta Corte «[...] *realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas por el tribunal de juicio porque a ese último sólo corresponde dicha función valorativa, pero sí corresponde verificar que el a quo contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que la misma se encuentra motivada de una manera lógica y convincente*» (ver, «**Nambuena Sepúlveda**», entre otros)...”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06875994-8/1((018601-51593)). FC/ OVANDO ABALLAY ARIEL DARIO Y LOPEZ AGULLO CARLOS HERNAN P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106124864*

En Mendoza, a los nueve días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-06875994-8**, caratulada **“Fc/ OVANDO ABALLAY, ARIEL D. Y LOPEZ AGULLO, CARLOS H. P/ ROBO AGRAVADO Y ACUMULADAS S/ CASACIÓN”**.

La defensa técnica de Ariel Darío Ovando Aballay interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2.037, y sus fundamentos, emitida por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis años y tres meses de prisión, por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, por el uso de arma impropia y por ser en despoblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2, tercer párrafo, 166, inc. 2, primer párrafo, primer y segundo supuesto y 54 del CP) en la causa N° P- 51.593/20; y por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto del CP) en la causa N° P- 16.294/20.

Del mismo modo, la defensa de Carlos Hernán López Agullo interpone recurso de casación contra los autos arriba individualizados y también por el delito de encubrimiento simple en concurso real con infracción al art. 205 del CP (arts. 277 inc.1, letra C, 205 y 55 del CP) en la causa n° P-31738/20, en tanto la resolución que cuestiona lo condenó en la calidad de autor a la pena de seis años y seis meses de prisión.

El pronunciamiento en las causas referidas precedentemente fue dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo, **DR. OMAR A. PALERMO**, y tercero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función de los recursos interpuestos y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por las defensas de los acusados establece, en lo que aquí interesa, que han quedado acreditado los siguientes sucesos.

Primero, que «[...] *para fecha 11 de julio de 2020, siendo aproximadamente las 17:30 hs., Carlos Hernán Lopez Agullo, Ariel Darío Ovando Aballay y un sujeto no identificado, interceptaron a las víctimas Karina Andrea Navarrete López, Matías Ezequiel Pons Blanco, Alexis Félix Narváez Gualtieri y Julia Yazlli Zakalik, quienes se encontraban realizando senderismo en un cerro localizado en la zona del pedemonte conocida*

como Río Ceco de la localidad de El Challao, Las Heras, aproximadamente a siete kilómetros de distancia del camping Atsa. En dicha circunstancia, uno de los sujetos extrajo un arma de fuego tipo revolver con la que apuntó a las víctimas, mientras la víctima Alexis Narvárez Gualtieri comenzó a forcejear con otro de los sujetos. Seguidamente, quien apuntaba con el arma de fuego golpeó en la cabeza a Alexis Narvárez con la culata del arma, produciéndole una herida cortante, tras lo cual huyó corriendo del lugar. Los sujetos comenzaron a despojar a las víctimas de sus pertenencias, mientras uno de ellos mediante amenazas y golpes propinados a Karina Navarrete la obligó a llamar a Alexis Narvárez para que regrese al lugar. Una vez reducido Alexis Narvárez, el sujeto que poseía el arma de fuego le apuntó a Narvárez y gatillo el arma, sin salir el disparo, al tiempo que otro de ellos golpeó a Narvárez en la cabeza con una piedra, produciéndole pérdida del conocimiento. Finalmente, los sujetos se dieron a la fuga en dirección hacia la Villa San Expedito de El Challao, Las Heras, en poder de los bienes sustraídos a las víctimas» (autos n° P- 51.593/20).

Segundo, que «[...] el día 12 de enero del 2020, siendo aproximadamente las 18:00 hs., Ariel Darío Ovando Aballay, Matías Exequiel Alonso Jara y Carlos Hernán López Agullo se encontraban en la entrada de la villa San Expedito de Las Heras llevando consigo el primero de ellos un cuchillo de cocina con serrucho tipo tramontina con mango de madera color marrón y el segundo un palo de madera de 1,20 mts. de altura de color marrón. En tales circunstancias observaron a la víctima Bustos Muglia, Jorge Ignacio, ante lo cual López Agullo Carlos Hernán le manifestó de manera intimidante “los caballos fueron, tomate el palo porque te vamos a cagar matando”, ello mientras Ariel Darío Ovando Aballay y Matías Exequiel Alonso Jara sostenían el cuchillo y el palo ya descriptos respectivamente, por lo cual la víctima sintió temor y se fue del lugar. Luego, siendo el día 13 de enero del 2020, aproximadamente a las 01:30 hs López Agullo Carlos Hernán se hizo presente en el domicilio ubicado en calle La Bodeguita s/n, al lado del B° Country Norte, El Challao, Las Heras junto a Ariel Darío Ovando Aballay y dos sujetos no habidos ni identificados. En tales circunstancias los encartados se acercaron hacia la víctima, Bustos Muglia, Jorge Ignacio, momentos en los que López Agullo Carlos Hernán extrajo un arma de fuego tipo revolver, con la cual le manifestó al primero manera intimidante «tomátela de acá porque si no te vamos a matar», causándole temor. Inmediatamente después López Agullo Carlos Hernán apuntó a Bustos Muglia, Jorge Ignacio y le efectuó un disparo, el cual no impactó en su cuerpo, tras lo cual los encartados se retiraron del lugar» (autos n° P- 16.294/20).

Tercero, que «[...] para fecha no precisada pero comprendida entre el día 18 de Abril de 2020 y el día 19 de Abril de 2020, Elizabeth Ruscelli Morales y Carlos López Agullo, adquirieron un grupo electrógeno marca Arvek modelo digital generator IG6000 Sinemaster, color negro y amarillo, previamente sustraído del Cerro Arco 1470 del Challao Las Heras por autores desconocidos, en un hecho investigado por Oficina Fiscal n° 05, en autos n° P31.732/20 para fecha 19 de Abril de 2020. Posteriormente el día 19 de Abril de 2020 a las 17:30 horas, los sindicados circulaban por Ruta 13 y calle sin nombre en lateral este de la Defensa Aluvional, en un vehículo marca Chevrolet Corsa cuando son divisados por personal policial, quienes detienen su marcha, encontrando a los mismos en posesión del grupo electrógeno mencionado anteriormente, y en franco incumplimiento al aislamiento ordenado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 355/2020, del Poder Ejecutivo Nacional» (autos n° P-31.738/20).

Para así decir, el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las distintas declaraciones testimoniales de las víctimas de los distintos hechos atribuidos a los acusados y las respectivas actas de procedimientos. En particular, en los autos N° P-51.593/20, se valoró los reconocimientos en rueda de persona donde las víctimas sindicaron a los acusados López Agullo y Ovando

Aballay como participes del hecho.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Ariel Darío Ovando Aballay

El defensor de Ariel Darío Ovando Aballay promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incs. 2 del CPP, por considerar que existen vicios de procedimiento en la resolución que cuestiona.

Sostiene que la resolución cuestionada carece de motivación suficiente, presenta una arbitrariedad en la selección y valoración de la prueba de cargo y descargo y, por ello, se vulnera el principio según el cual en caso de duda debe estarse en favor de acusado.

Aclara que no cuestiona la materialidad de los hechos sino la autoría de su defendido Ovando Aballay en el ilícito acaecido. En este sentido, señala que el tribunal de sentencia consideró acreditado tal extremo con la declaración de los testigos Karina Navarrete, Félix Narváez y Matías Pons, en tanto consideró que no había motivos para dudar de sus dichos.

Asegura que no puede determinarse la responsabilidad de su asistido a partir de lo declarado por estos testigos, ya que al dar detalles de lo vivenciado tuvieron dudas sobre la identidad de los autores.

Al respecto, señala que la testigo Navarrete afirmó a cuatro días del hecho que podía reconocer a los autores. Sin embargo, sostiene que esta seguridad no se mantuvo al momento de realizarse el reconocimiento de personas, ni en la declaración que prestó la testigo en el debate. Asegura que el tribunal sentenciante no tuvo en cuenta estos aspectos al considerar que de las declaraciones de la testigo Navarrete se puede tener por cierta la participación de Ovando Aballay.

Del mismo modo, expresa que el tribunal de la instancia anterior valoró de manera arbitraria los distintos testimonios prestados durante el proceso por Félix Narváez. En este sentido, sostiene que las descripciones realizadas por el testigo sobre los autores del hecho en oportunidad de formular denuncia, como así también, la foto extraída de un perfil de Facebook, no corresponden a su defendido.

Agrega que el testigo declaró en el debate que cuando llegó personal policial al lugar del hecho y gente de la zona, le enseñaron fotografías e imágenes de quiénes podrían ser los autores del hecho. Asegura que tales circunstancias conducen a una contaminación en la declaración del testigo, y que este aspecto no fue analizado en los fundamentos de la sentencia que se cuestiona.

También destaca que Narváez en la primera declaración no hizo referencia a que uno de los autores tuviera un tatuaje en el pecho, y que esta característica fue la mencionada para reconocer a Ovando Aballay en la rueda de reconocimiento. Agrega que esta característica la puede tener cualquier persona.

Entiende que el tribunal de juicio se apartó injustificadamente de la declaración del testigo, cuando éste hizo referencia a que personal policial también le mostró fotografías, aunque el testigo Lucas Norberto Galván López, quien declaró en sede de Fiscalía en diciembre del 2020, negó tal circunstancia. Asegura que todo ello deja traslucir que personal policial indujo a la identidad de los acusados, y que ello habría motivado a que Félix Narváez investigara en forma privada sobre los autores del hecho.

Destaca que los testigos en todo momento refirieron que por ser invierno, los autores tenían sus caras tapadas con capuchas. Agrega que esta complicación se agrava más por la violencia del hecho y el accionar de los autores.

Por otro lado, cuestiona la valoración de la prueba de descargo realizada por el tribunal de sentencia. Al respecto, sostiene que el acusado declaró que el día del hecho estuvo en su domicilio festejando el cumpleaños de su hijo, y que el tribunal descartó esta versión de los hechos porque su defendido no

recordaba el nombre de su hijo. Expresa que se acompañó prueba que acredita tales extremos, como la partida de nacimiento del hijo de Ovando Aballay y un video que muestra la celebración del cumpleaños, la que –afirma– fue desacreditada por el tribunal porque no se puede observar al acusado. Sin embargo, señala que se puede escuchar la voz de su defendido. Cuestiona que no se habría evacuado citas a fin de determinar la veracidad del video, como así tampoco, el tribunal de juicio valoró esta prueba al momento de determinar la responsabilidad de Ovando Aballay.

Agrega que el tribunal de sentencia descartó a los testigos que dieron cuenta de la presencia de Ovando Aballay en el espacio deportivo y en la práctica de fútbol, con el solo argumento de que éstos mantenían una relación de amistad con el acusado.

Cuestiona también la defensa la valoración que el tribunal realizó respecto de la declaración de Noemí López Agullo, madre del acusado López Agullo. Al respecto, sostiene que si bien el tribunal descreyó de su testimonio al momento de valorar la situación procesal del acusado López Agullo, sí le creyó cuando refirió que Ovando Aballay estuvo en su casa y se retiró diciendo que iban a trabajar, utilizando la expresión como eufemismo de ir a robar. Entiende que el testimonio no fue debidamente valorado, ya que debería ser creíble en el todo o descreído en su totalidad.

Se agravia del fundamento del tribunal de juicio en tanto entendió que el acusado podría haber cometido el hecho y volver a su domicilio ya que vivía cerca del lugar donde aconteció el ilícito. Sin embargo, sostiene que personal de investigaciones refirió que el barrio San Expedito se encuentra a siete kilómetros del lugar del hecho.

Con base a lo expuesto, concluye que la prueba no es contundente para tener a Ovando Aballay como autor del hecho, ya que la valoración parcializada de la prueba realizada por el tribunal de sentencia, tanto de cargo como de descargo, no permite destruir su estado de inocencia.

Por tal motivo, solicita que se case la sentencia y se absuelva al acusado Ovando Aballay por los hechos atribuidos

Hace reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Hernán López Agullo

La defensa de Carlos Hernán López Agullo plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios de procedimiento.

En este sentido, sostiene que existe una errónea aplicación de la ley procesal en el resolutivo que cuestiona, en tanto el tribunal de sentencia valoró de manera arbitraria la prueba y no ha seguido las reglas de la sana critica racional.

En primer orden, y vinculado con la tarea valorativa realizada por el tribunal sentenciante en los autos N° 51.593/20, cuestiona el valor probatorio de la declaración testimonial de la víctima Carina Navarrete. Ello, en tanto la testigo –a su criterio– se contradijo en sus distintas declaraciones, las prestadas al formular denuncia y en audiencia de debate, como también con lo declarado con otras víctimas.

En este sentido, señala como la principal contradicción la referida a la descripción de los autores y las acciones que éstos desarrollaron durante el hecho. Sostiene que Navarrete durante la instrucción no tuvo dudas respecto a que los autores utilizaron un arma de fuego en el hecho, en tanto en la audiencia de debate aseguró que vio dos armas de fuego. Agrega que al señalarle a la testigo esta contradicción, admitió

que podía estar confundida y que si en la denuncia dijo que había un arma, debía ser así. Señala que las demás víctimas aseguraron haber observado sólo un arma.

Aclara que la importancia de esta contradicción radica en que Navarrete en todas sus declaraciones sostuvo que la persona que tenía los tatuajes en el brazo no era la que tenía el arma. Sin embargo, esto se contradice con lo manifestado por el testigo Narváez, que declaró que el que tenía el arma era el sujeto de los tatuajes en el brazo, aspecto que recordaba ya que le miraba todo el tiempo la mano que empuñaba el arma.

Destaca también que la testigo Navarrete en su primera declaración refirió en relación con uno de los autores, que creía que tenía un tatuaje que asomaba por la muñeca, pero en ningún momento lo describió. Sin embargo, destaca que la testigo pudo detallar con precisión los tatuajes un mes y medio después del hecho en oportunidad de realizarse el reconocimiento en rueda de personas.

En esta oportunidad, la testigo aseguró que el sujeto tenía dos tatuajes, uno de un búho y el otro como de unos huesos de calavera, tras lo cual sindicó a López Agullo como uno de los autores del hecho.

Según la defensa, la posterior descripción de los tatuajes por parte de la víctima tiene su explicación en la constancia de fs. 13, cuando le preguntaron si había visto antes de ese acto a las personas. Frente a ello – asegura la defensa– la testigo contestó que lo habría visto en una foto. A partir de allí, la defensa deduce que las fotos que pudo haber visto son las de Facebook donde López aparece junto a su hijo con un caballo.

Entiende que por la contradicción entre los testigos Navarrete y Narváez de quién fue el sujeto que llevaba el arma de fuego, no se pudo determinar el rol que cumplió López en el hecho.

En cuanto a la prueba de descargo, alega que el tribunal de juicio no valoró las declaraciones prestadas por Campillay y Palacios –cuyos testimonios fueron incorporados por lectura–, quienes corroboraron la declaración de López Agullo, en el sentido que estuvo en la construcción y luego se dirigió al barrio La Favorita. También refiere que valoró de manera arbitraria el testimonio prestado por el resto de los testigos en el debate, al considerar que éstos aseguraron que el acusado permaneció siempre en la construcción, y que estos testimonios fueron desmentidos por la testigo Guajardo, quien aseguró que el acusado compró en su domicilio el día del hecho.

Entiende la defensa que no habría prueba suficiente para fundar una sentencia condenatoria. Además, que no se habría determinado cuál sería el rol que habría cumplido López en el hecho investigado, ya que habrían dos versiones sobre su conducta, y no se sabe si portaba el arma o no, con lo cual no habiéndose determinado el hecho que se estima acreditado, correspondería la absolución de su defendido.

Con relación a la causa P-16.294/20, donde se le atribuye a su defendido el delito de encubrimiento, entiende que no se habría acreditado el elemento subjetivo del dolo, que exige el conocimiento del origen ilícito del objeto, concomitante a la fecha de la recepción del mismo. En el caso no se habría establecido dicho conocimiento en cabeza de López Agullo, si se tiene presente que no existió ninguna resistencia al procedimiento policial donde se secuestró el generador en cuestión, elemento relacionado con el bien jurídico protegido por la figura penal, el cual consiste en el normal y eficaz funcionamiento de la administración de justicia.

En función de ello, solicita se case la sentencia recurrida, se disponga su revocación y se dicte la absolución de López Agullo en las causas en las que resultó condenado.

Formula reserva del caso federal.

4.-Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General estima que los recursos de casación interpuestos por los defensores de los acusados deben ser rechazados, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que debe confirmarse la sentencia cuestionada en lo que hace a la acreditación de la intervención criminal en los hechos de los acusados Ariel Darío Ovando Aballay y Carlos Hernán López Agullo.

Preliminarmente, me interesa señalar que en relación a los agravios manifestados por las respectivas defensas relativos a la errónea valoración de la prueba efectuada por el tribunal de sentencia, cabe recordar que, como se ha dicho en otras oportunidades, no es la función de esta Corte «[...] *realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas por el tribunal de juicio porque a ese último sólo corresponde dicha función valorativa, pero sí corresponde verificar que el a quo contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que la misma se encuentra motivada de una manera lógica y convincente*» (ver, «**Narambuena Sepúlveda**», entre otros).

a.- En primer orden, analizaré los vicios de procedimiento alegados por la defensa de Ovando Aballay.

Al respecto, debo señalar que el censurante dirige sus agravios en relación con los fundamentos brindados por el tribunal sentenciante en la causa N° P-51.593/20/17 donde el acusado resultó condenado como autor del delito robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, por el uso de arma impropia y por ser en despoblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2, tercer párrafo, 166, inc. 2, primer párrafo, primer y segundo supuesto y 54 del CP). De tal manera, al no cuestionarse el pronunciamiento dictado en la causa N° P-16.294/20, en donde Ovando Aballay fue condenado por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto del CP), éste ha adquirido firmeza a su respecto.

En segundo orden, entiendo necesario destacar que la defensa del acusado no cuestiona la materialidad del hecho atribuido, sino que dirige sus agravios a los fundamentos en virtud de los cuales el tribunal sentenciante consideró acreditada la intervención de Ovando Aballay en el hecho que fue objeto de investigación en la causa referida.

Sentado ello, entiendo que no pueden prosperar los cuestionamientos de la defensa referidos a las supuestas contradicciones en las distintas testimoniales prestadas por las víctimas Karina Navarrete y Alexis Narváez, sobre las características físicas que habrían posibilitado el reconocimiento en rueda de personas de Ovando Aballay.

En efecto, y en relación con Karina Navarrete, la defensa cuestiona que la testigo si bien al realizar la denuncia aseguro que podría reconocer a los autores del hecho, ello no se reiteró al momento del reconocimiento en rueda de personas y al declarar en el debate.

Al respecto, el tribunal de la instancia anterior si bien no hizo referencia a lo manifestado por la testigo Navarrete en forma previa a realizar el acto de reconocimiento, en el sentido que recordaba que uno de

los sujetos tenía una cicatriz en la sien, lo cierto es que aquélla sindicó a Ovando Aballay como uno de los autores del hecho, por considerar que era el más semejante por las características físicas.

Al respecto, corresponde referir que no se advierte –y la defensa tampoco lo explica– de qué manera tal circunstancia, si se pondera la totalidad del plexo probatorio, tendría incidencia en la solución condenatoria a la que arribó el tribunal de sentencia.

En efecto, cabe resaltar que Alexis Narvárez sostuvo que dos de los sujetos tenían tatuaje, uno en el pecho y el otro en el brazo, y que si bien no podría describir la forma, aseguró que si veía los tatuajes los podría reconocer. De este modo, Narvárez al momento de realizar el acto de reconocimiento sindicó de manera certera a Ovando Aballay como autor del hecho y manifestó que lo reconocía «*primero por el rostro y después por el tatuaje en el pecho*». Aclaró que el acusado se había cortado el pelo y por eso lo tenía diferente. En este sentido, ante la pregunta de la Fiscalía durante el debate sobre cómo logró ver el tatuaje en el pecho, Narvárez aseguró que tuvo mucho contacto con el agresor, ya que el enfrentamiento duró aproximadamente veinte minutos, y en la pelea quedaron los autores con la cara descubierta. Agregó que el tatuaje en el pecho era un nombre y que estaba cerca del cuello (ver registros audiovisuales, día 23/03/22, minutos 15:15 y 23:00).

Vinculado al reconocimiento en rueda de personas, la defensa señala que los testigos Navarrete y Narvárez sostuvieron que por ser invierno los sujetos tenían sus caras tapadas con capuchas y, por tal motivo, ello tuvo necesariamente que dificultar la posibilidad de reconocimiento de los autores. Al respecto, cabe señalar que ambos testigos al momento del reconocimiento hicieron referencia a las características físicas de Ovando Aballay. Por su parte, el Auxiliar P.P., quien participó en el procedimiento el día del hecho, sostuvo en el debate que en aquella oportunidad las víctimas describieron a los autores del hecho y manifestaron que los podrían reconocer (ver registros audiovisuales, día 22/02/22, minuto 20:30). De tal manera, el cuestionamiento, no puede ser de recibo en esta instancia.

Tampoco puede prosperar el agravio vinculado con que la persona de la foto extraída del perfil de Facebook, y que fue aportada como prueba por el testigo Narvárez no corresponde al acusado Ovando Aballay. Al respecto, el testigo en el acto de reconocimiento agregó que al sindicado lo había visto en el perfil de Facebook y que salía en varias fotos junto al otro sujeto (en alusión a López Agullo) al que también sindicó como autor del hecho (ver fs. 200).

En otro orden, el censurante cuestiona que personal policial que participó en el procedimiento habría exhibido a las víctimas fotos de los acusados, induciendo con ello la identidad de los autores del hecho.

Entiendo que tal afirmación no puede prosperar ya que no tiene sustento en las constancias de autos. En efecto, el testigo Narvárez aseguró que después del hecho los vecinos de la zona le pasaron imágenes de Facebook con los posibles autores del hecho, y aseguró que «*daban justo con las características*» (ver registro audiovisual, día 23/03/22, minuto 20:06). Del mismo modo, el Oficial Inspector Lucas Galván ante la pregunta de la Fiscalía sobre esta circunstancia, aseguró que no le exhibió ninguna foto a las víctimas. Cabe destacar que ante ello, los defensores no interrogaron al testigo a fin de dilucidar la circunstancia que es materia de agravio en la presente instancia (ver registros audiovisuales, día 22/02/22, minuto 13:57).

Cuestiona también la defensa la valoración que realizó el tribunal de la instancia anterior de la declaración prestada por Noemí López Agullo, madre del acusado López Agullo, toda vez que descrea de su testimonio cuando favorece a su hijo, pero le otorgó valor probatorio incriminante para meritar la participación de su

asistido en el hecho, cuando la testigo afirmó que Ovando estuvo en su casa y luego se retiró a trabajar, utilizando la expresión como eufemismo de ir a robar.

Entiendo que las razones expresadas por la defensa en torno a la valoración del testimonio de Noemí López Agullo no son suficientes para descalificar su declaración. Ello, por cuanto la versión de los hechos tendiente a beneficiar la situación de su hijo, Carlos López Agullo, no descalifica el resto de su testimonio pues aporta sólo indicios sobre la actividad del acusado Ovando el día del hecho. Por otro lado, advierto que los datos ofrecidos por la testigo no resultaron relevantes para el tribunal de sentencia al momento de determinar la participación del acusado Ovando Aballay, y sólo constituyeron un elemento más dentro del acerbo probatorio, tal como se analizó precedentemente.

En otro orden, la defensa se queja sobre la valoración de la prueba de descargo realizada por el tribunal de sentencia, con base a la cual el acusado Ovando Aballay sostiene que el día del hecho estuvo en el cumpleaños de su hijo y a las 17 hs. se dirigió a un centro deportivo a fin de jugar al fútbol con unos amigos hasta que oscureció.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede tener acogida favorable, en tanto el tribunal de juicio –contrariamente a lo sostenido por la defensa– valoró adecuadamente los elementos de juicio que dieron sustento a la versión de los hechos sostenida por el acusado Ovando Aballay y, de esta manera, argumentó suficientemente el rechazo de su verosimilitud como hipótesis alternativa a la acusación.

Así, el tribunal sentenciante consideró respecto de la primera actividad realizada por el acusado Ovando Aballay el día del hecho, que su relato no tenía una corroboración periférica externa que lo avalara. De este modo, destacó que el acusado, amén de no recordar el nombre de su hijo, no pudo demostrar su presencia en el evento a través de fotografías «*no obstante ser una actividad que es ínsita a estos festejos y de fácil realización con cualquier teléfono celular*». Con relación a la actividad deportiva que habría realizado el acusado con posterioridad, consideró que las declaraciones de Franco Miranda y José Luis Lezcano, quienes corroboraron lo declarado por el acusado, además de encontrarse comprometidas por la amistad que mantienen con Ovando Aballay, fueron genéricas e inespecíficas (ver, fundamentos, p. 4).

Por último, la defensa también se agravia por cuanto el tribunal de sentencia concluyó que aún en la hipótesis de la defensa, la cercanía del lugar del robo con el barrio donde viven los acusados, posibilita la ausencia de veinte minutos, tiempo que duró el robo según lo refirieron las víctimas. Asegura la defensa que la distancia entre ambos lugares es de siete kilómetros, por lo que no resulta procedente el razonamiento del tribunal de sentencia.

Entiendo que el agravio no puede ser de recibo. En primer orden, porque según las declaraciones de personal policial la distancia entre ambos lugares es de aproximadamente trescientos metros (ver registros audiovisuales, día 22/02/22, minuto 28:02). En segundo orden, porque no constituye el argumento principal del tribunal de sentencia, por lo que aún en la hipótesis sostenida por la defensa en este punto, no tendría incidencia en la solución condenatoria a la que llegó el tribunal de juicio.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad.

b.- Corresponde en este punto avocarme al tratamiento de los distintos planteos de la defensa del acusado Carlos Hernán **López Agullo** en las causas donde resultó condenado.

Los cuestionamientos, como adelantara, estimo que deben ser desestimados, de acuerdo con los argumentos que seguidamente expondré.

b.1.- En primer lugar, y siguiendo el orden presentado por la defensa, analizaré los agravios dirigidos a cuestionar la tarea valorativa del tribunal de juicio en la causa P-51.593/20. Al respecto, debo señalar que el recurso planteado por la defensa técnica resulta ineficaz para privar de eficacia al fundado acto sentencial en trato, toda vez que la prueba que entiende ha sido valorada de manera arbitraria, fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución. De tal manera, el recurso en análisis aparece como un desacuerdo defensa con la solución a la que arribó el tribunal, sin brindar razones que conmuevan la validez del razonamiento expuesto.

Por otro lado, cabe destacar que la defensa –al igual que el recurso tratado en el punto 4.a– centra su estrategia defensiva sólo en desvirtuar los fundamentos considerados por el tribunal de la instancia previa para tener por acreditada la participación de López Agullo en el hecho atribuido. Para ello, de manera también similar a la defensa de Ovando Aballay, intenta desvirtuar los testimonios prestados por Navarrete y Narváez al tiempo que pretende otorgarle relevancia probatoria a los testigos que corroboraron la versión de los hechos brindada por el acusado López Agullo, sobre la actividad que –según su versión– habría realizado el día del hecho y que impedirían ubicarlo en el lugar de los hechos.

En efecto, la defensa destaca que la testigo Karina Navarrete se contradijo en sus dos declaraciones –en el acta de denuncia y en la audiencia de debate– en cuanto a la cantidad de armas utilizadas por los autores en el hecho y también respecto de cuál de los sujetos que describió portaba el arma de fuego. Señala que ello es importante por cuanto el testigo Alexis Narváez aseguró –a diferencia de Navarrete– que quien portaba el arma de fuego era el que tenía el tatuaje en el brazo. Aclara que tal diferencia es relevante para determinar el rol que tuvo su defendido en el hecho.

Entiendo que los cuestionamientos de la defensa no pueden prosperar. En primer orden, porque no advierto la relevancia de las contradicciones descriptas por el censurante frente a la contundencia de los demás elementos de prueba que fueron considerados por el tribunal de sentencia al determinar la intervención de López Agullo en el hecho objeto de las presentes actuaciones.

De este modo, y tal como lo destaca la defensa, la testigo Karina Navarrete al ser advertida en debate sobre la contradicción sobre la cantidad de armas utilizadas por los autores en el momento del hecho, manifestó que si en la denuncia había referido la utilización de un solo arma de fuego debía ser así.

Entiendo que esta imprecisión no pone en duda la credibilidad de su testimonio, en tanto en lo nuclear se mantuvo incólume, y aquella contradicción se justifica no sólo por el tiempo transcurrido –un año y ocho meses aproximadamente– sino también por el impacto en la memoria de la violencia desplegada en el hecho por los autores.

Del mismo modo, no puede prosperar, el cuestionamiento respecto de quién portaba el arma de fuego. En primer lugar, en razón de la ausencia de relevancia, en tanto existió, tal como surge de los hechos atribuidos y los elementos que así lo acreditan, una distribución de roles entre los coautores. En segundo lugar, con motivo en que el testigo Alexis Narváez manifestó de manera certera que quien portaba el arma de fuego era el sujeto que tenía el tatuaje en el brazo (ver acta de reconocimiento, fs. 199 vta.). En el

mismo sentido, el testigo en el debate precisó que ello pudo observarlo ya que estuvo mucho tiempo peleando con los agresores y de manera permanente miraba al sujeto que portaba el arma de fuego (ver registro audiovisuales, día 23/03/22, minutos 15:16, 17:44 y 25:10).

Cuestiona también la defensa que Karina Navarrete en la primera declaración no se refirió a los tatuajes del brazo de uno de los autores, sin embargo al momento de realizarse el reconocimiento en rueda de personas, lo describió con precisión. A partir de ello, la defensa considera que ello se debió a que la testigo con posterioridad a su primera declaración tuvo la oportunidad de observar este tatuaje en la foto de Facebook donde figuraba López Agullo.

Entiendo que esta consideración de la defensa se trata de una mera conjetura que no tiene suficiente asidero en las constancias de autos. Por otra parte, no debe soslayarse –tal como se analizó en el punto 4.a– que personal policial que tuvo a su cargo el procedimiento declaró que las víctimas refirieron que podían describir y reconocer a los autores del hecho. A su vez, este extremo –como lo destaca el tribunal de sentencia (ver fundamentos, pág. 3)– quedó demostrado con el reconocimiento en rueda de personas en donde los testigos Narváez y Navarrete sindicaron a López Agullo de manera cierta como uno de los autores del hecho (ver reconocimientos en rueda de personas, fs. 197 vta. y 199 vta.). A ello, se suma que la testigo Navarrete sostuvo que los autores durante el hecho llamaron a uno de ellos con el nombre de «Carlitos», lo que coincide con la forma en que los distintos testigos, tanto familiares como amigos, nombran a Carlos López Agullo. En particular, el tribunal de sentencia destacó que Noemí Agullo, madre del acusado López Agullo, aseguró que a su hijo le dicen «Carlitos» (ver fundamentos, pág. 4).

En otro orden, la defensa pone en crisis la tarea valorativa realizada por el tribunal de juicio en la ponderación de la hipótesis defensiva y los elementos de juicio que la sustentaban.

En efecto, la defensa sostiene que el acusado declaró que el día del hecho estuvo construyendo una pared en su domicilio ubicado en la Villa San Exedito, junto a su familia y otras personas que pertenecen a la agrupación Barrios de Pie, la que era dirigida por su madre, Noemí Agullo. Aseguró que cuando terminaron comieron un asado y luego acompañó a Eduardo Campillay a la parada del colectivo.

Posteriormente, se fue en el vehículo de Pedro Palacios a la casa de éste en el Barrio La Favorita, donde cenaron y estuvieron hasta las tres de la mañana. Agrega la defensa que el acusado antes de irse del Challao hacia el Barrio La Favorita, pasó a comprar por el negocio de Valeria Guajardo, extremo éste que fue corroborado por la testigo en el debate.

Se agravia la defensa porque sostiene que el tribunal de juicio sólo valoró las declaraciones testimoniales prestadas en el debate y no hizo referencia a las declaraciones de Eduardo Emanuel Campillay y Pedro Palacios, las que fueron incorporadas por lectura y confirmaron la versión de los hechos brindada por el acusado López Agullo.

Por otro lado, asegura que fue falaz el razonamiento del tribunal sentenciante cuando en sus fundamentos sostuvo que *«los testigos son desmentidos por Guajardo, ya que ella lo ubica en su negocio no obstante que todos los testigos afirmaron que López no se movió de la construcción»*. Sostiene la defensa que los demás testigos en ningún momento se contradicen respecto a los horarios en los que estuvieron con López Agullo, ni las acciones que desplegaron.

Sobre el cuestionamiento en análisis, debo señalar que la defensa se agravia de la omisión de valoración de las declaraciones de los testigos Campillay y Palacios, ambas incorporadas por lectura pero, a la vez

señala que los demás testigos –los que sí declararon en el debate y fueron valorados por el tribunal–, también habrían corroborado –en definitiva– la versión de los hechos sostenida por el acusado. De este modo, no advierto la incidencia de esta omisión valorativa en la solución a la que arribó el tribunal de sentencia y, por ende, no puede prosperar la queja en este punto. A ello debe agregarse que la defensa no justifica su afirmación en función de los elementos de cargo obrantes en la causa.

En este mismo entendimiento, no resulta procedente la crítica respecto del tramo de la sentencia transcripta por el recurrente.

En efecto, del análisis integral de los fundamentos desarrollados al tratar la prueba de descargo, advierto que el tribunal quiso destacar que la testigo Guajardo, a quien consideró creíble por no tener un vínculo con el acusado y porque dio razones objetivas de sus dichos, aseguró que el acusado fue a comprar a su negocio alrededor de las 16:30 hs del día del hecho.

En cambio, la totalidad de los testigos –tanto los que declararon en el debate, como aquellos cuyas declaraciones fueron incorporados por lectura– lo ubicaron en el lugar donde realizaron la construcción hasta las 17 o 17:30 hs, es decir en el horario donde aproximadamente aconteció el hecho –17:30 hs, de acuerdo a la hipótesis fáctica que el tribunal de sentencia tuvo por acreditada–.

De tal manera, –según entiendo– los argumentos de la defensa no alcanzan para desvirtuar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia a partir de una valoración integral de las pruebas incorporadas al debate.

Además de ello, también refirió el tribunal de sentencia algunas contradicciones entre los distintos testigos ofrecidos por la defensa sobre lo construido en la obra de acuerdo a las fotografías aportadas en la causa, como así también, el desconocimiento sobre las labores de albañil del acusado, todos indicios que contribuyeron a descreer de la versión de los hechos prestada por López Agullo.

Por lo analizado, entiendo que el tribunal sentenciante contó con suficientes elementos para tener por acreditada la intervención de López Agullo en el hecho. Por ello, advierto que los agravios de la defensa no resultan más que la derivación de una valoración parcial de los elementos de prueba aludidos, propia del rol procesal que ocupa el impugnante, pero alejada de las constancias de la causa.

b.2.- Entiendo que también deben ser desestimados los planteos de la defensa vinculados con la valoración de la prueba por parte del tribunal de sentencia en los autos N° P-16.294/20, donde el acusado López Agullo resultó condenado junto a Ovando Aballay por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma,.

En efecto, la defensa cuestiona que el tribunal de juicio para sostener la participación de su asistido en el hecho objeto de las presentes actuaciones, sólo valoró los dichos de la víctima, José Ignacio Bustos Muglia, quien habría manifestado tener problemas de vieja data con los supuestos autores.

Preliminarmente, debo señalar que el agravio presentado por la defensa carece de argumentos suficientes como para desvirtuar los fundamentos con los que el sentenciante tuvo por corroborado la responsabilidad de López Agullo en los hechos atribuidos en la presente causa.

Así, el tribunal de sentencia luego de reseñar los hechos narrados por la víctima, los que conformaron la hipótesis fáctica que el tribunal de juicio tuvo por acreditada, entendió que no existían razones objetivas para dudar de su testimonio.

Para ello, consideró que el testigo se mantuvo persistente en la incriminación de los autores del hecho a lo largo de todo el proceso.

Agregó que el testimonio de Bustos Muglia resultaba razonable, toda vez que explicó la dinámica de los hechos y nombró a los autores a quienes conocía por vivir en el Asentamiento San Expedito, el que se ubica a unos setecientos metros de su propiedad. Destacó que el testigo refirió que el sujeto que le disparó fue «Carlitos» López y que éste siempre anda junto al acusado Ovando robando en la zona.

Señaló también el tribunal sentenciante –como indicios de la veracidad de su testimonio–, lo manifestado por la víctima en el sentido que tuvo que abandonar su propiedad por el «[...] *cansancio por todos los robos sufridos, por la situación que estos sujetos imponen en la zona y por su resignación forzada a tener que aceptar estos eventos sin posibilidad real de cambio alguno*» (ver fundamentos, pág. 6).

Frente a estos argumentos, el recurrente no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento del tribunal ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso.

b.3.- Seguidamente, corresponde analizar las críticas esbozadas por la defensa en torno a los argumentos en que el tribunal de juicio sustentó la responsabilidad de López Agullo en el hecho investigado en la causa N° P- 31.738, donde se le atribuyó al acusado el delito de encubrimiento simple en concurso real con el delito de infracción al art. 205 del CP.

En este punto, debo aclarar que la defensa sólo presenta agravios en relación con el primero de los delitos, por lo que adquiere firmeza el segundo, en razón de que no es objeto de impugnación en esta instancia recursiva.

Sentado ello, debo referir que la defensa cuestiona el conocimiento, por parte del acusado López Agullo, del origen delictivo del generador de electricidad que se encontraba en el vehículo en el cual circulaba cuando fue interceptado por personal policial.

Para cuestionar este tópico, destaca que no comparte los fundamentos del tribunal de juicio al considerar que «[...] *el hecho de tener en su posesión un bien robado, cumple con el tipo objetivo del delito de encubrimiento simple*».

Agrega que Sandoval hizo referencia en su denuncia que el último día que estuvo en el lugar donde se encontraba el generador fue el 25 de marzo del 2020, casi un mes antes de que constatará que el generador ya no estaba en el Cerro Arco. Con base en ello, la defensa considera que no se podría determinar qué día, entre el 25 de marzo y el 18 de abril, fue sustraído el objeto, lo que puede determinar que el generador haya pasado por varios sujetos y, con ello, se pondría en duda el conocimiento de su asistido sobre su origen ilícito.

Agrega que la conducta de López Agullo de no evadir a personal policial al momento de ser interceptado por estos, demuestra que no se ha lesionado el bien jurídico tutelado por la figura penal, es decir, el normal y eficaz funcionamiento de la justicia.

Entiendo que –al igual que en el punto 4.b.2– la defensa realiza un análisis sesgado y ceñido a sus intereses de los argumentos tenidos en consideración por el tribunal de juicio para entender acreditado el dolo del delito en cuestión.

En efecto, el tribunal de sentencia valoró que los efectivos policiales, Martín Villalobos y Matías Roca, declararon que al interceptar al vehículo en donde se trasladaba el acusado junto a una mujer, observaron en su interior un equipo electrógeno, del que habían recibido una denuncia por su sustracción. Aseguraron que al consultar a ambos ocupantes sobre su origen, ninguno de los dos pudo dar una explicación sobre

su origen, destino o procedencia (ver fundamentos, p. 7).

Al analizar en la segunda cuestión, referida al dolo del delito bajo análisis, el tribunal sentenciante –en criterio que comparto– sostuvo que «[l] a recepción de este bien por parte de quien no tiene un empleo formal y para quien el uso específico del bien no se aprecia razonable, implica una clara demostración del origen dudoso o delictivo del mismo, la que solo es posible con dolo directo» (ver fundamentos, p. 8).

Como adelantara, la defensa no esgrime ningún agravio que resulte eficaz para desvirtuar el plexo probatorio analizado. Así, de lo expuesto surge que el tribunal de instancia anterior, en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio de la duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona. Todo, en un análisis sin arbitrariedades debido a que la argumentación se encuentra motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención del acusado López Agullo en el hecho objeto del proceso.

c.- Conclusión

Por todo lo expuesto en los puntos anteriores, considero que debe confirmarse la sentencia cuestionada en todos sus aspectos y, en consecuencia, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Ariel Darío Ovando Aballay y Carlos Hernán Lóez Agullo y, en consecuencia, confirmar la sentencia Nº 2.037 dictada por el Primer Tribunal

Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente las reservas del caso federal.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO . Ministro. DR: OMAR PALERMO. Ministro. *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 09 de mayo de 2023.-*

11- CAMARGO. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcCCM.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Res furtiva no hallada.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años y seis meses** de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2386 pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06994722-5/1((018602-18776)) FC/ CAMARGO CONTRERAS MATÍAS EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA IMPROPIA (18776) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106236827*

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06994722-5/1, caratulada "F. c/ CAMARGO CONTRERAS S/ CASACIÓN".

La defensa de Matías Emanuel Camargo Contreras interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la Sentencia N° 2.386 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de cinco años y seis meses de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma impropia (art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**; segundo, **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero, **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que «[e]l día 20 de febrero de 2021, siendo las 22:30 horas aproximadamente, la víctima Marina Beatriz Carbajal Signes se encontraba en su silla de ruedas, en la puerta de su vivienda sito en calle Patricias Mendocinas n° 1465 de Guaymallén con su celular en la mano siendo de marca Motorola modelo G8, color negro, con su funda de color negra con rayas azules, con número 26172294400, activado con la empresa Movistar, cuando se hace presente Matías Emanuel Camargo Contreras ó Matias Emanuel Camardo ó Matias Emanuel Camargo Contreras ó Julio Esteban Orrego, quien extrajo de su ropa una navaja plegable con mango metálico y de plástico, y amagó en un primer momento a propinarle una puñalada, para luego comenzar un forcejeo entre ambos. Acto seguido, ante la resistencia de la víctima, el sindicado tomó la botella de cerveza que llevaba debajo de su brazo e intentó pegarle a la víctima, y la empujó con la silla de ruedas hacia la acequia, apoderándose en forma ilegítima del celular referido. Luego Matías Emanuel Camargo Contreras ó Matias Emanuel Camardo ó Matias Emanuel Camargo Contreras ó Julio Esteban Orrego emprendió la fuga con dirección a calle Soler de Guaymallén, donde intentó acceder a un domicilio pateando la puerta de ingreso y rompiendo el vidrio de la misma, no pudiendo ingresar arribando posteriormente personal policial al lugar que procedió a su aprehensión y traslado a Comisaría 25º» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento; las declaraciones testimoniales de Juan Manuel Madrid, Claudia Braselote, Juan E. López, Jonathan Yañez, Emilio Gutiérrez, Marina Carbajal y Matías Camargo.

II.- El recurso de casación

La defensa de Matías Camargo interpone su recurso en función del art. 474, inc. 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios de procedimiento que ameritan su nulidad.

En concreto, sostiene que la versión brindada por el acusado no fue tomada en cuenta por el tribunal de juicio y ello transforma en arbitraria a la sentencia. Agrega que es llamativo que tratándose de un hecho flagrante no se haya encontrado la *res furtiva*. Esto lleva a la defensa a concluir que no es suficiente la declaración de la víctima para tener por acreditado el delito con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Para el titular del Ministerio Público Fiscal la sentencia no adolece de vicios y la condena aparece como el resultado de un razonamiento ceñido a las reglas de la sana crítica racional. En consecuencia, no existe estado de duda alguna que permita ser valorado en favor del acusado.

En particular, refiere que la versión brindada por la víctima se encuentra verificada por el testimonio de su hijo, mientras que la explicación dada por el acusado respecto a cómo se sucedieron los hechos se encuentra huérfana de pruebas.

Finalmente, respecto del no hallazgo del teléfono celular, explica que este pudo ser arrojado por el autor durante su fuga, no debiendo perderse de vista que éste fue perseguido e intervinieron numerosas personas en su aprehensión.

En suma, para el Procurador General, la sentencia de ningún modo puede ser tomada como arbitraria, por lo que considera que debe ser rechazado el recurso interpuesto.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Matías Camargo considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación. Paso a explicarlo.

La defensa plantea en esta instancia una hipótesis del caso que se basa en la versión brindada por el acusado al momento de declarar. La estrategia defensiva durante el desarrollo del debate y al momento de alegar giró alrededor de una visión de los hechos en virtud de la cual el acusado no sustrajo el teléfono celular de la víctima.

Para la defensa lo que sucedió el día de los hechos fue que Matías Camargo fue a buscar estupefacientes al domicilio de Marina Carbajal y al negarse la nombrada a proveérselos de «fiado» —ya que no disponía de dinero para abonárselos— aquel se los arrebató de las manos, momento en que se dio a la fuga, al verse perseguido por familiares de la vendedora de drogas.

La defensa busca oponer esta versión de los hechos a la postulada por la acusación en el requerimiento de citación a juicio, durante el debate y, finalmente, en la etapa de los alegatos.

Agrega que no se halló la *res furtiva*, esto es, el teléfono celular sustraído, y que no existe otra prueba que permita desvirtuar el estado de inocencia del acusado. Se impondría, en consecuencia, la aplicación del

beneficio de la duda a favor del acusado.

Sin embargo, después de analizar el razonamiento desplegado por el juez de la instancia anterior en oportunidad de brindar los fundamentos de la sentencia a la luz de las hipótesis de las partes y las pruebas ofrecidas, es fácil advertir que en rigor la situación se plantea de manera inversa: es la versión de la defensa la que puede calificarse como huérfana de pruebas, mientras que el hecho objeto de la acusación se encuentra respaldado en una serie de elementos de convicción que son omitidos en el planteo defensivo.

En primer lugar, la hipótesis del robo no solo se encuentra sustentada en la versión de la víctima –que describió las circunstancias del robo–, sino también en la declaración de su hijo, Juan Manuel Luna, quien avaló sus dichos –refirió que salió en auxilio de su madre–. A su vez, no se detectó animadversión alguna de los dos testigos anteriores para con el autor. Estos testimonios fueron valorados como sinceros (ver, fundamentos, p. 3).

A la inversa, las manifestaciones del acusado no fueron validadas por ningún testimonio adicional, a pesar de que intervinieron en la persecución diversas personas, las cuales podrían haber aportado un dato relevante sobre la compra-venta de drogas o la inexistencia del robo.

El testigo ofrecido por la defensa, Juan Manuel Madrid, por su parte, no brindó datos de interés en relación con el *quid* de la discusión, a saber si lo sustraído era un teléfono o droga (ver, al respecto, el análisis de este testimonio en los fundamentos de la resolución impugnada, p. 4, en donde el tribunal de juicio le quita valor a sus manifestaciones, en cuanto en oportunidad de declarar niega que la víctima haya estado en una silla de ruedas, extremo que ni siquiera fue cuestionado por el propio acusado).

Por otra parte, si bien la defensa objeta que no se halló el teléfono celular sustraído por Matías Camargo, esta crítica no es determinante para la procedencia de lo pretendido. Por un lado, porque éste pudo haber sido arrojado por el autor durante la persecución y haber sido recogido por otra persona (ver, fundamentos p. 3); y, por otro lado, porque tampoco se halló la supuesta droga comprada a Marina Carbajal –ni en las ropas del autor, ni en el lugar donde se produjeron los hechos–.

Agregó el juez que, si realmente hubiese existido un problema de drogas, el sentido común indica que difícilmente la víctima hubiera denunciado el hecho en la forma en que lo hizo, considerándose que la policía podría haber comprometido el desarrollo de su actividad de venta (ver, fundamentos, p. 3). Por otra parte, no debe olvidarse que la navaja que Marina Carbajal mencionó al momento de narrar los hechos fue efectivamente secuestrada durante el procedimiento policial.

Las circunstancias periféricas del evento en lo que hace a la presencia del acusado en el lugar de los hechos y su inmediata persecución, no han sido cuestionadas por la defensa ni rechazadas por Matías Camargo al momento de declarar.

En suma, el planteo defensivo no consigue poner en duda el razonamiento del juez en orden a los hechos que han considerado probados. A la inversa, la sentencia condenatoria y sus fundamentos se encuentra sustentada en un cúmulo de pruebas que dan cuenta de la existencia del delito y la autoría del acusado.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar negativamente a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhire.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Matías Emanuel Camargo Contreras y confirmar la Sentencia N° 2.386 y sus fundamentos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa oficial de Matías Emanuel Camargo Contreras y confirmar la Sentencia N° 2.386 y sus fundamentos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro *Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de mayo de 2023*

12- ALCARAZ FERRER. 22-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2, 2° párrafo, 55, 150 del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Violación de domicilio. Concurso real. Unidad de la prueba.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** e inhabilitación absoluta por el mismo término, por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso real con violación de domicilio (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, 55 y 150 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2207, pronunciada por el TPC N° 1-2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Unidad de la prueba

- Rojas Garrido
- González, Daniel
- Toledo Pereyra.22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

Unidad de la prueba

- Lana Garro. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf
- Cabral. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- Roldán. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Oliva. 28-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf
- Redemi. 23-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcRedemi.pdf
- Belmar. 05-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- Pérez. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf
- Berdejo. 27-04-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200427_FcBerdejo.pdf
- Baigorria. 05-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200605_FcBaigorria.pdf
- Barrionuevo. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Corradi. 25-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200925_FcCSN.pdf

- Duarte. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDRO.pdf
- Funes Naballe. 08-04-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=340>
- Cuello Ledesma. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcCuello.pdf
- Guerra. 07-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=426>
- Giménez. 23-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201023_FcGimenez.pdf

- Miranda. 24-02-21: : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=532>
- Mora. 26-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=536>
- Rodríguez. 19-05-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=543>
- Lucero Gómez. 27-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=534>
- Lena. 30-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=528>

- De Jesús. 07-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>
- Giménez. 29-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Chomiuk. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>
- Zacca. 18-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Maya. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951>

- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf
- Alcaraz Ferrer. 22-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcAFM.pdf
- Contreras. 02-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcCCJ.pdf

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06937112-9/1((018602-71101)) FC/ ALCARAZ FERRER MAXIMILIANO FABIAN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO REAL CON VIOLACION DE DOMICILIO (71101) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106182081*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06937112-9/1 caratulada “F. c/ ALCARAZ FERRER, MAXIMILIANO FABIÁN P/ ROBO AGRAVADO (...) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Maximiliano Fabián Alcaraz Ferrer interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.207 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-71.101/21 a la pena de nueve años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo término, por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso real con violación de domicilio (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, 55 y 150 del CP)

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO. En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditado que «[...] el día 19 de julio de 2021, siendo aproximadamente las 08:00 a 8:25 horas ALCARAZ FERRER, MAXIMILIANO FABIAN, se constituyó en la puerta del domicilio ubicado en calle Francia n° 960 del Departamento de Godoy Cruz Mendoza, y tras exhibir un arma de fuego de puño tipo pistola, abordó al morador de dicha vivienda, ANA Luis Gustavo Ramón y le exigió la entrega de su vehículo automotor marca Ford, modelo Eco-Sport, dominio POX-063 color rojo, para tras hacerse del rodado, darse a la fuga del lugar. Seguidamente, personal policial (que patrullaba en procura del vehículo) vislumbró un vehículo automotor marca Ford modelo Eco-Sport dominio POX-063 color rojo, circulando por el interior del Barrio Campo Papa del Departamento de Godoy Cruz Mendoza, motivo por el que se procedió a dar voces de alto, por lo que, ALCARAZ FERRER Maximiliano Fabián tras advertir la presencia policial en la zona, hizo caso omiso a los llamados de atención, y continuó su fuga ahora a pie, dejando el rodado en el lugar, por los techos de la manzana B del Barrio AMEI, del Departamento de Godoy Cruz Mendoza. Ingresó posteriormente en el interior del domicilio ubicado en la manzana B, casa 05 de dicha barriada, sin la debida autorización de su morador RODRIGUEZ TALQUENCA Manuel Alejandro, quien tras advertir la intromisión se presentó como personal del Servicio Penitenciario Provincial, motivo por el cual ALCARAZ FERRER Maximiliano Fabián, volvió a exhibir el arma de fuego de puño tipo pistola que llevaba consigo, apuntando contra la humanidad del morador, a razón de ello RODRIGUEZ TALQUENCA Manuel Alejandro, extrajo inmediatamente su arma de fuego reglamentaria marca BERSA TUNDER PRO C-07677, y realizó un disparo disuasivo al suelo logrando reducir al prevenido. Finalmente, tras el arribo e ingreso en el domicilio en mención, de personal policial,

se logró [...] la efectiva aprehensión de ALCARAZ FERRER Maximiliano Fabián, así como el secuestro de la llave del vehículo automotor Ford modelo Eco-Sport dominio POX-063 color rojo, de un arma de fuego tipo pistola calibre 40 marca BERSA color negro número fabril C-11807 y de su respectivo cargador con municiones. Tras realizarse las medidas de rigor, por personal de Policía Científica División Balística, se determinó que el arma que tenía en su poder el prevenido funciona para la ejecución de disparos y su encuadre legal es de ARMA de FUEGO de GUERRA» (v. fundamentos, pág. 2). Para así resolver, la jueza de sentencia valoró la declaración del acusado Maximiliano Fabián Alcaraz Ferrer, así como los testimonios de Luis Gustavo Ramón Ana, Manuel Alejandro Rodríguez Talquenca, Yanina Ivonne Alfaro Pereyra, Gabriel Guevara, Mariana Jéscica Rivera Cano, Gabriel Guevara, Pedro Hernández González, Danilo Oscar Bucca, Facundo Rosales, Gerardo Domínguez, Federico Guzmán, de Hipólito Herrera, Leandro Yano, Daniela Tapia y Eliana Ferrer. También valoró, entre otros elementos: las actas de fs. 9/11, 12 y vta., 13 y vta., 21, 24 y vta., 66 y 116; los croquis ilustrativos de fs. 14 y 22; los informes técnicos de Policía Científica de fs. 46/48, 49/51, 52/54, 195/198 y vta.; los informes de la División Balística Forense de fs. 57/60 y 59/60 y vta.; los desgrabados del CEO de fs. 146/154, y vta.; y la copia del acta de nacimiento de Maximiliano Fabián Alcaraz Ferrer de fs. 200 y vta.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa formula recurso de casación donde denuncia la existencia de vicios sustanciales y procedimentales –art. 474 incs. 1 y 2 del CPP– en la sentencia reseñada.

Considera vulnerados los incs. 3 y 4 del art. 416 del CPP, y el art. 206 del mismo cuerpo normativo. En primer lugar, expone que el acusado no robó ninguna pertenencia al Luis Ana, ni participó en el hecho del que fue víctima; y que si bien aquél ingresó al domicilio de Rodríguez Talquenca, lo hizo en la creencia de que iba a ser robado por los policías que lo perseguían.

Refiere, en esta sentencia, que poco tiempo después del hecho fue apresada una banda de personas que, vestidos de policías, robaban en Godoy Cruz.

De tal manera, considera que el acusado obró amparado por una causa de justificación, se encontraba en error de hecho no imputable y creyó ser víctima de una amenaza injusta.

En este sentido, señala que debió aplicarse el art. 34 incs. 1 y 2 del CP, pues Alcaraz Ferrer obró en error no imputable al creer que iba a ser robado, y por eso comenzó a correr y trepó los techos, hasta caer en la casa de Rodríguez Talquenca.

Como prueba de esta versión, señala que poco tiempo después se probó que existía una banda de ladrones que robaban vestidos de policía en Godoy Cruz, a escasos metros de la casa de Rodríguez Talquenca.

En segundo lugar, explica que de la prueba incorporada no surgen constancias de daños al cuerpo de Luis Ana y que, por el contrario, está acreditado un terrible accidente vehicular que éste sufrió por negligencia policial –en tanto los efectivos habrían subido al móvil a la víctima y habrían perseguido a un ladrón armado–.

Cuestiona que la jueza incorporara en la plataforma fáctica las lesiones de Luis Ana producto de un golpe con un arma en el rostro, sin sustento probatorio ni acusación.

Ello, daría cuenta de la falta de imparcialidad de la jueza. Así, en función del art. 416 inc. 3 del CPP, solicita la nulidad de la decisión.

También considera vulnerado el inc. 4 de esa norma, puesto que la sentencia incurriría en contradicciones en la medida en que admite que Alcaraz Ferrer no fue reconocido por las víctimas, ni tampoco las pruebas

de rastros genéticos ni dactilares lo involucran en el hecho, pero la jueza lo considera autor del delito a pesar de ello.

Esto sería contrario a la lógica e invierte la carga de la prueba y la presunción de inocencia, pues coloca al acusado en posición de demostrar que no estuvo implicado en el hecho. Por otra parte, la defensa se agravia respecto a que la jueza aludió a «las demás constancias de autos, por ser prueba instrumental obrante en la causa, con la que se acredita la existencia del hecho y la autoría por parte del imputado». Al hacer eso, la jueza incorporó pruebas no ofrecidas por las partes, pero además sólo incorporó las pruebas de cargo y no las que desvinculaban al acusado, con violación a los derechos de defensa e igualdad.

En particular, las actas de requisa, de las que surge que a Alcaraz Ferrer se le secuestraron las llaves del auto de su madre, con la correspondiente documentación (acta del 19/07/2021). Explica que al acusado se le secuestraron las llaves de un Volkswagen Fox, que se parecen a las de una Ford EcoSport. Sostiene que no se valoró el acta de secuestro de las llaves de un vehículo distinto al robado, pero sí el acta donde personal policía dice haber secuestrado las llaves del auto de la víctima, con ponderación parcial la prueba. Afirma que la sentencia es incoherente, que no explica cómo Alcaraz Ferrer participó en el robo si estaba en otro lugar –y así lo acreditó–, que además no fue reconocido por las víctimas, y que explicó cómo terminó en el domicilio de Rodríguez Talquena. Tal sentencia es ilógica y arbitraria, incurre en sesgos cognitivos y, en definitiva, no está motivada. Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista conferida, el Procurador General considera que la impugnación es formalmente procedente, aunque debe ser rechazada en el fondo. Sostiene que el Tribunal efectuó un adecuado examen de las pruebas concatenadas, en virtud de las cuales llegó a la sentencia condenatoria, y que la prueba de cargo de la Fiscalía ha sido por demás contundente para demostrar la autoría de Alcaraz Ferrer en los delitos atribuidos.

En este sentido, puntualiza que las declaraciones de los funcionarios policiales actuantes fueron coincidentes, y que el tribunal extrajo de ellas que el acusado fue aprehendido mientras intentaba darse a la fuga con el rodado sustraído –sin ser perdido de vista–, con parte de la res furtiva, y que se secuestró el arma utilizada para perpetrar el robo en el lugar donde fue aprehendido.

Agrega que el tribunal también destacó el testimonio del oficial Rosales, quien dijo que vio al sujeto durante la persecución desde que se bajó del rodado sustraído hasta que se lanzó a la propiedad privada, y que ese mismo individuo fue el que resultó aprehendido.

Estas categóricas pruebas echan por tierra la hipótesis de la defensa, según la cual Alcaraz Ferrer se asustó por creer que sería víctima de un robo, y huyó. Además, el Procurador destaca que las declaraciones del personal policial y las brindadas por las víctimas fueron corroboradas por la prueba instrumental detallada, tal como actas de procedimiento, de aprehensión, de secuestros, informes, pericias y croquis ilustrativos.

Además, otra prueba que vincula al acusado con el robo de la camioneta es que se dio a la fuga con parte de la cosa robada, esto es, llevándose consigo un maletín de propiedad de la víctima que se encontraba en el interior del rodado sustraído y del que el imputado se desprendió mientras era perseguido.

Por otra parte, de la declaración del oficial Daniel Bucca surge que rastillaron el lugar y que encontraron un arma de fuego y un bolso de color negro en uno de los techos de las casas por las cuales Alcaraz Ferrer se daba a la fuga.

La presencia de dicho bolso de propiedad de una de las víctimas en aquel lugar no tiene otra explicación posible, a criterio del Procurador, que no fuera que el encartado huía llevándolo en su poder y que se deshizo de ese elemento antes de ser detenido.

Además, aquel testigo confirmó que en la requisita practicada a Alcaraz Ferrer, hallaron, en uno de sus bolsillos, una llave perteneciente a un vehículo Ford. En cuanto a la crítica según la cual no se valoró el acta de secuestro donde consta que el acusado tenía las llaves del vehículo de su madre, afirma que ello carece de relevancia alguna puesto que se encuentra probado que el acusado que tenía, al momento de su aprehensión, en uno de sus bolsillos, las llaves del rodado Ford sustraído, por lo que la eventualidad que también hubiese tenido en su poder objetos personales –como una llave de otro vehículo–, ajenos a los hechos investigados en los presentes obrados, de ningún modo lo desincriminan. Esto se ve corroborado por las declaraciones del oficial Rosales y de Pedro Hernández.

El otro orden, el Procurador afirma que el tribunal destacó que todos los testigos fueron contestes en sus declaraciones y dieron cuenta, con detalles, del tramo del hecho que pudieron observar.

Declaraciones que guardan coherencia con las efectuadas por personal policial y con la prueba instrumental. En cuanto al posible error por parte del acusado respecto de la violación de domicilio, afirma que la hipótesis esbozada por la defensa no tiene sustento probatorio alguno, que la prueba de descargo fue debidamente analizada, y que las aclaraciones sobre dónde estuvo el acusado la noche anterior, en nada modifican la solución del caso.

De modo que la pretensión de la defensa de aplicación del art. 34 incs. 1 y 2 del CP resultaría desacertada y fuera de contexto. Por otra parte, tampoco puede tener acogida favorable el agravio relativo a que la sentencia sería nula por haberse incorporado prueba de oficio relacionada con las lesiones en el rostro de Luis Ana. En efecto, se desprende de los alegatos brindados por el fiscal la referencia a que la violencia que desplegó el acusado hacia la víctima pudo constatarse en el debate.

Ello, en tanto durante el juicio, Luis Ana efectuó un relato pormenorizado y sincero, en el que describió que fue golpeado con la culata del arma. Por su parte, señala que la jueza explicó que no encontraba motivo alguno para descreer de dicho relato, máxime si se tiene en cuenta el accionar inmediato de la víctima llamando al 911 y el testimonio de uno de los policías actuantes, Federico Guzmán, que pudo observar, cuando llegó al lugar en cooperación, que la víctima se tocaba la cabeza porque le habían pegado. Por último, refiere el Procurador General que la prueba a la que alude la defensa y que habría sido omitida por el tribunal de la instancia anterior en nada conmueve la conclusión condenatoria alcanzada, habida cuenta que la totalidad de los testigos presenciales fueron contestes al brindar los detalles del hecho respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que encuentran apoyo en la prueba instrumental incorporada. De esa prueba, se desprenden las características físicas descritas por Luis Ana, que coinciden con las de encartado, el trayecto que recorrió a bordo del vehículo sustraído, la persecución por los techos, el arma de fuego apta para el disparo que portaba, el secuestro de dicha arma, de la res furtiva y de elementos de los que fue desprendiéndose en su huída; elementos todos de innegable valor convictivo. Por tales motivos, considera que el recurso debe ser desestimado en el fondo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero, en función de las razones que en lo sucesivo expondré, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo impugnado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover las conclusiones a la que llegó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, la solución brindada por el Tribunal Penal Colegiado al caso se ajusta adecuadamente a los hechos que se tuvieron por acreditados, los que resultan de una valoración de la prueba debidamente fundamentada conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Si bien la defensa alude a vicios sustanciales y procedimentales en su impugnación, lo cierto es que los primeros se vinculan –y dependen– de los segundos. Esto, por cuanto la defensa parte de la base de cuestionar la selección y valoración de la prueba realizada por la jueza del tribunal, para luego afirmar que no se ha logrado acreditar el hecho con el grado suficiente para justificar una condena –por lo que debería haberse absuelto por el beneficio de la duda– y que se encuentra acreditada, por el contrario, la hipótesis de la defensa. Es por eso que reconstruiré y reordenaré los agravios planteados y, a partir de ello, comenzaré por el tratamiento de los vicios procedimentales (a), puesto que –como se verá– su estudio permite descartar la procedencia de las críticas hacia la selección de pruebas y, con ello, del resto de los argumentos. Sin embargo, no dejaré de examinar estos últimos (b).

a.- Consideraciones sobre la selección y valoración de pruebas

En este ámbito, la defensa plantea dos tipos de críticas. Por una parte, cuestiona las pruebas en que se basó el tribunal para examinar la intervención de Alcaraz Ferrer en el hecho, crítica que asienta en el art. 416 inc. 3 del CPP.

Por otra, impugna concretamente la valoración que hizo de la prueba, lo que apoya en los arts. 206 y 416 inc. 4 del CPP.

Respecto de lo primero, cuestiona que la jueza invocara y meritara constancias de autos no ofrecidas por las partes; y que, además, sólo realizara para incorporar pruebas de cargo. Respecto de lo segundo, impugna cuatro puntos.

Primero, que se valorara parcialmente las actas de requisa –no ofrecidas como pruebas por las partes–, pues de ellas surge que al acusado se le secuestraron las llaves del Volkswagen Fox de su madre, que se parecen a las de la Ford EcoSport robada.

Segundo, que se valorara erróneamente la prueba de descargo, pues condenó al acusado sin tomar en cuenta que no fue reconocido como agresor por las víctimas, que no se encontraron rastros genéticos o dactilares que lo vincularan al robo, y que aquél pudo explicar que estaba en otro lugar.

En tercer lugar, afirma que tampoco se meritó correctamente el hecho de que se probó que una banda de personas que robaban con uniformes policiales operaba en la zona del hecho.

Por último, afirma que la jueza fue parcial al incorporar a la plataforma fáctica lesiones de Luis Ana y atribuírselas al acusado y no producto del accidente vehicular que éste tuvo dentro de una movilidad policial. Realizada esta reconstrucción, corresponde ahora explicar por qué estos agravios no pueden ser acogidos en esta instancia.

En primer lugar, advierto que no asiste razón a la defensa cuando afirma que la jueza valoró pruebas no ofrecidas por las partes. En efecto, la defensa en un primer momento cuestiona esto genéricamente y cita textualmente que la jueza habría aludido a «las demás constancias de autos, por ser prueba instrumental obrante en la causa, con la que se acredita la existencia del hecho y la autoría por parte del imputado».

De la compulsión de los fundamentos de la sentencia, se advierte que efectivamente la jueza sostuvo ello, pero la defensa omite señalar que la magistrada realizó esa expresión cuando recapitulaba la prueba

instrumental incorporada (fundamentos, pág. 3), es decir, sin valorarla. Cuando la defensa concreta esta crítica genérica, menciona actas de requisa, de las que surgiría que a Alcaraz Ferrer se le secuestraron llaves del auto de su madre, y no del auto robado.

Ahora bien, de los fundamentos no surge que la jueza valorara un acta de secuestro no ofrecida para tener por acreditado que Alcaraz Ferrer tenía en su poder las llaves del auto EcoSport. En efecto, por una parte, la jueza mencionó que la víctima refirió que el agresor le apuntó con un arma, que le pidió las llaves del automóvil y el celular y que le quitó un maletín (fundamentos, pág. 7). Asimismo, que luego –según el acta de procedimiento de fs. 9– ese maletín fue hallado en el techo de la manzana B, casa 9 del barrio, por donde había huido Alcaraz Ferrer (fundamentos, pág. 8).

Seguidamente, destacó que del mérito de la declaración del oficial Daniel Bucca, surgía que al acusado se le practicó una requisa y que en uno de sus bolsillos tenía una llave perteneciente a un auto marca Ford, lo que ratificó con el acta de procedimiento mencionada (fundamentos, pág. 9).

En definitiva, no se advierte que la jueza valorara un acta de secuestro no ofrecida como prueba para tener por acreditado que Alcaraz Ferrer tenía en su poder las llaves del auto robado.

De tal modo, debe desestimarse el cuestionamiento según el cual la jueza ponderó pruebas no ofrecidas y que, además, lo hiciera para perjudicar al acusado, como afirma la defensa. En segundo lugar, tampoco encuentro que la valoración de la prueba sea errónea.

Como se dijo, corresponde desestimar que se valorara erróneamente el secuestro de las llaves, pero a lo dicho cabe agregar que aún si fuera cierto que Alcaraz Ferrer hubiera realmente tenido en su poder las llaves de un auto Volkswagen Fox, como afirma la defensa, esto no excluye que también tuviera las llaves del auto Ford EcoSport.

Puesto en términos claros, la prueba que la defensa refiere erróneamente valorada –el secuestro de las llaves de un auto Volkswagen– no es una prueba que excluya que el acusado también tuviera las llaves de otro vehículo en su poder. Así, esta crítica no puede ser acogida. Esto mismo sucede con la segunda crítica, que cuestiona que se condenara a Alcaraz Ferrer a pesar de que no se encontraron rastros genéticos ni dactilares, y de que no fue reconocido por la víctima.

Lo referido por la defensa no colocan al acusado fuera del lugar del hecho; por eso no se trata de circunstancias o elementos susceptibles de hacer mella en la hipótesis de la acusación, que se encuentra sustentada en otros elementos.

De hecho, la jueza examinó y descartó la versión del acusado, al afirmar que «[e]n cuanto a las manifestaciones de los testigos de la defensa, quienes solo pudieron colocar a Alcaraz Ferrer, en una reunión familiar la noche del 18 de julio hasta la madrugada del 19 de julio, retirándose el nombrado del domicilio a las siete horas, para concurrir a su trabajo, lugar al que nunca arribo, no otorgan mérito suficiente para sostener que Alcaraz no participó del evento criminoso que se le atribuye. [...] Puntualmente parecieron recordar el horario en que éste llegó y luego el que se habría retirado, lo que no resta valor probatorio a todo lo acontecido a partir de las ocho de la mañana de aquél diecinueve de julio. Más aun, notorias contradicciones surgieron para la suscripta a partir de la propia declaración defensiva de Alcaraz. [...] Mientras éste sostuvo que se levantó y se fue, su tía expresó que fue ella quien lo fue a llamar. Luego sostuvo en primer momento que se iba primero hacia la casa de su madre a buscar su auto, y luego dijo que iba primero a lo de su primo, mientras fue su primo quien refirió que esa mañana debían ir a trabajar, pero no, que éste lo pasaría a buscar. [...] Así las cosas, ninguna justificación legítima se ha incorporado en beneficio del encausado, como así tampoco, ninguna prueba de descargo se ha producido que permita entender de manera contraria su autoría en el robo, en el trayecto de recorrido

del rodado sustraído, su persecución por los techos, su ingreso indebido a una propiedad y la concurrencia de todo ello munido de un arma de fuego apta para el disparo, que fuera secuestrada en el momento mismo de ser aprehendido. La secuencia tempo- espacial no deja lugar a dudas. Las argumentaciones pretendidas por Alcaraz Ferrer, escapan a toda lógica [...]» (fundamentos, págs. 11/12).

Lo mismo ocurre con el hecho de que se acreditara que en la zona operaba una banda de ladrones que actuaba disfrazados de policías. En nada aporta esta eventual circunstancia, que la defensa no acredita, para desincriminar a Alcaraz Ferrer en relación con el robo que, como se dijo, está acreditado que cometió. Tampoco tiene incidencia respecto de la violación de domicilio pues, como se dijo, se trata de una circunstancia que la defensa no acredita, razón que impide considerar sus eventuales efectos en la configuración de aquel delito. En otro orden, también debe descartarse parcialidad de la jueza en relación con la valoración de las lesiones que Luis Ana sufrió en su cara.

En este sentido, se advierte que la jueza no sólo abordó el asunto de las lesiones y la posición de la defensa al respecto, sino que además lo realizó de manera correcta y sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad. En efecto, la defensa destacó la declaración de Luis Ana, quien sostuvo que el atacante le apuntó a la cara, le pidió las llaves y el celular y lo golpeó, y expresamente aclaró que recibió un golpe fuerte con la culata del arma que motivó que, cuando llegó al hospital, le pusieran catorce puntos cuyas cicatrices expuso en el debate.

La defensa negó que tales lesiones hubieran ocurrido como resultado de un golpe con el arma, y afirmó que se produjeron cuando el móvil policial sufrió un choque cuando –negligentemente– trasladaba a Luis Ana mientras hacían una persecución.

Al respecto, la jueza expresó que «[...] [r]esulta importante detenernos ante esta respuesta, toda vez que, la Defensa Técnica sostuvo sin argumentación valedera alguna, la supuesta inexistencia de tal violencia con el empleo del arma, invocando que la víctima pudo hacerse ese daño en el accidente padecido minutos después de la sustracción, más precisamente en el accidente automovilístico.

Tengo para mí ante esta conjetura invocada, que las palabras de la víctima dando un pormenorizado detalle cómo actuó de manera inmediata al robo, su llamando al 911, detallando que no perdió el conocimiento por ese golpe, su expresión en cuanto a que solo que quedó shockeado, y que, efectivamente si perdió la conciencia luego del accidente y por momentos, distan de lo invocado por el Defensor, y no encuentran motivo alguno que autorice a descreer de ello.

Más aún, se adicionan las manifestaciones vertidas por el Oficial de policía Guzmán, quien pudo dar cuentas de cómo encontraron a la víctima, que efectivamente ya había llamado al 911, que se tomaba con su mano la cabeza, y que se subió con ellos al móvil en búsqueda de su rodado. Por otro lado, surge de las constancias del CEO, que siendo las 8:26hs., ingresó un llamado del Sr. Ana, aportando incluso características del individuo [...]» (fundamentos, pág. 8).

Encuentro que la defensa se limita a reiterar en esta instancia argumentos que fueron debidamente abordados y desestimados por la jueza de instancia previa, quien valoró la totalidad de las pruebas incorporadas, de modo integral.

En este orden, considero que la defensa, además de no desvirtuar el razonamiento de la jueza de la instancia anterior, con su argumento intenta parcializar la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

Al respecto, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta –véase «**Rojas Garrido**», «**González, Daniel**», «**Toledo Pereyra**», **entre otros**–

En el mismo sentido, se ha sostenido que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» –véase «**Toro Mendoza**», «**Toledo Pereyra**», **entre otros**–.

Por estas razones, considero que no puede prosperar este primer grupo de agravios.

b.- Consideraciones sobre la hipótesis alternativa planteada de la defensa

Esta segunda parte del recurso de la defensa está enfocada en exponer y sustentar la hipótesis alternativa a la acusación planteada por aquella parte, según la cual el acusado no robó ninguna pertenencia a Luis Ana, ni participó en el robo que le cometieron; y que si bien ingresó al domicilio de Rodríguez Talquena, lo hizo en la creencia de que iba a ser robado por la banda de policías –banda que fue apresada poco tiempo después del hecho–, por lo que estaba amparado por una causa de justificación, se encontraba en error de hecho no imputable y creyó ser víctima de una amenaza injusta.

En este sentido, entiende que tal situación se ve amparada por los incs. 1 y 2 del art. 34 del CP, y que queda acreditada con el descubrimiento posterior de la banda en cuestión. En primer lugar, corresponde señalar que lo dicho en el apartado anterior permite desestimar que la versión de la defensa esté acreditada.

Al rechazo de los agravios manifestados por la defensa ya realizado, agregaré ahora una breve recapitulación de la valoración probatoria que realizó la jueza de instancia anterior, puesto que permite entender por qué las premisas fácticas que se acreditan con las pruebas que incriminan a Alcaraz Ferrer, no se ven afectadas por las críticas defensivas.

Así, la jueza tuvo por acreditado que Alcaraz Ferrer fue aprehendido en flagrancia cuando huía tras ser sorprendido inmediatamente después de robar con un arma a Luis Ana y de ingresar por el techo al domicilio de Manuel Rodríguez Talquena y Yanina Alfaro Pereyra; y que al ser aprehendido estaba en posesión de rastros del delito cometido minutos anteriores, más precisamente, en poder de la llave del rodado sustraído a Luis Ana.

También, en el recorrido de su huida, se encontraron un bolso robado a la víctima y un cargador del arma empleada en el robo. De los testimonios de los efectivos policiales que intervinieron, la jueza derivó que Alcaraz Ferrer fue aprehendido en las circunstancias que afirma la acusación, sin ser perdido de vista en ningún momento y con parte de los bienes robados .

También valoró que se secuestró un arma en el lugar del hecho, compatible con la utilizada en el robo. Corroboró esto con el acta de procedimiento de fs. 9, la declaración de la víctima y el croquis de fs. 14. Meritó que no había contradicciones entre estos elementos de prueba.

En particular, la víctima describió el maletín sustraído, que coincidía con el hallado en los techos por los que pasó el acusado y tenía todos sus efectos personales. Y describió al agresor como una persona de entre 1,75 y 1,80 mts., de tez trigueña y ojos oscuros, lo que coincide con la morfología de Alcaraz Ferrer.

La prueba periférica también corroboró el hecho: se constató el llamado al 911 que la víctima dijo realizar con un informe del CEO; el oficial Facundo Rosales declaró haber estado patrullando la zona y ser convocado al lugar ante la novedad, advertir la camioneta y ver a un hombre bajar de ella y huir por los techos al ser perseguido; y, asimismo, el croquis ilustrativo del lugar da respaldo a esa versión.

Tampoco se advirtieron razones para descreer de los testimonios policiales y de la víctima. Los testigos Mariana Jéscica Rivero Cano y Gabriel Guevara, vecinos del lugar, dieron respaldo a la versión de la acusación, puesto vieron un sujeto en el techo de su vecino armado, que pasó a otro techo y coincidía con la descripción que Luis Ana dio de su agresor.

Manuel Alejandro Rodríguez Talquenca, víctima de la violación de domicilio, también describió el hecho de forma concordante. Concretamente, este testigo refirió que cerca de las ocho de la mañana sintió un disparo y fue a mirar hacia afuera, pensando que podía ser un robo a algún vecino, cuando observó desde la puerta de su patio a un sujeto con un arma en el techo del vecino, advirtiéndole silencio y con un arma. Fue entonces que fue a buscar su arma reglamentaria –puesto que es funcionario del Servicio Penitenciario–, y vio al acusado «descolgarse» hacia el patio de su casa, frente a lo cual se identificó como oficial público, le apuntó con el arma y le disparó.

Pocos minutos después entró personal policía, porque su esposa les abrió, y encontraron el arma que portaba Alcaraz Ferrer tirada entre unas botellas. Su esposa, Yanina Ivonne Alfaro, ratificó esa versión de los hechos. Ante este cuadro –desarrollado en las páginas 7 a 11 de los fundamentos de la sentencia– la jueza concluyó que «[...] es importante destacar que todos los testigos presenciales del hecho, resultaron contestes a la hora de brindar detalles del evento criminoso.

Así también, se desprende de la prueba instrumental incorporada a la causa que a partir de las comunicaciones del CEO, la actuación policial fue prácticamente simultánea a lo que los testigos de la fuga de Alcaraz fueron presenciando.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, resultan corroboradas con prueba objetiva de cargo incorporada legalmente a la causa, tales como el croquis ilustrativo, acta de procedimiento, acta de aprehensión, acta de secuestro, planillas del desgravado del CEO y demás constancias. [...] Las características físicas aportadas por la víctima principal de autos, el Sr. Ramón Ana, se compadecen en un todo con las del enrostrado, confirmándose ello también, con el acta de vestimenta y descripción morfológica de fs. 66, y con las testimoniales de Rivera, Alfaro y Rodríguez.

Todos son coincidentes. Se agrega a ello el acta de procedimiento de fs. 09, ratificada por los actuantes policiales, destacándose que el malhechor nunca fue perdido de vista y el acta de aprehensión a fs. 13. [...] Respecto de la res furtiva, el enrostrado fue visto en el manejo del vehículo sustraído, se hizo del maletín de la víctima emprendiendo su huida, fue visualizado por los efectivos policiales y testigos de la zona. Sobre éste se encontraron las llaves del rodado sustraído. Tal situación se corrobora con el acta de procedimientos de fs. 09, las declaraciones testimoniales del Of. Rosales, del Sr. Pedro Hernández, acta de secuestro de fs. 24, acta de secuestro de fs.247 y demás constancias de autos [...]» (fundamentos, pág. 11).

Específicamente, en relación con el arma empleada, consideró que «[...] no cabe duda alguna que las manifestaciones de la víctima resultaron sumamente esclarecedoras en cuanto al despliegue de Alcaraz con ésta. El cargador del arma fue habido en la zona de huida, como así también el arma en el mismo lugar en donde resultó finalmente aprehendido Alcaraz Ferrer.

Testigos como Talquenca Rodríguez, Alfaro Yanina, Mariana Rivera, se sintieron amedrentados al observar al sujeto armado por los techos, siendo determinante a la hora de amenazar a Rodríguez Talquenca.

Finalmente, los informes técnicos acompañados permitieron establecer que el cargador municipal arrojado metros antes, en el techo, se correspondía al arma secuestrada en la proximidad de Alcaraz.

El arma **resultó ser apta para la ejecución de disparos** (ver informes de fs. 57/58/60). Así también, de las constancias del CEO, se estableció desde los primeros momentos, que el sujeto se encontraría armado y que desplazaría armado por los techos, hallándose tanto el arma como su cargador (ver fs. 146) [...]» (fundamentos, pág. 11).

La jueza también descartó expresamente la coartada de la defensa, según la cual Alcaraz Ferrer estaba en otro lado en el momento del robo.

Así, sostuvo que la defensa no había invocado ninguna justificación que alegara que el acusado no portaba un arma, sino que se limitó a manifestar que Alcaraz Ferrer huía por temor a ser sustraído por un «[...] hombre de negro [...]», más sin alegar nada en relación con el secuestro del arma realizado cuando se advirtió que se desprendía de ella.

El tribunal concluyó que «[...] [a]sí las cosas, **ninguna justificación legítima** se ha incorporado en beneficio del encausado, como así tampoco, ninguna prueba de descargo se ha producido que permita entender de manera contraria su autoría en el robo, en el trayecto de recorrido del rodado sustraído, su persecución por los techos, su ingreso indebido a una propiedad y la concurrencia de todo ello munido de un arma de fuego apta para el disparo, que fuera secuestrada en el momento mismo de ser aprehendido. La secuencia tempo- espacial no deja lugar a dudas. Las argumentaciones pretendidas por Alcaraz Ferrer, escapan a toda lógica [...]» (fundamentos, págs. 11/12).

Las conclusiones de la jueza reseñadas aparecen apoyadas en pruebas adecuadamente incorporadas al debate, valoradas –como sostuve antes– de modo integral, sin que las alegaciones de la defensa logren menoscabar su razonabilidad, demostrar vicios argumentativos o procedimentales o, mucho menos, acreditar una explicación alternativa a los hechos. Lo dicho no debe conducir a pensar que la defensa debe acreditar su inocencia.

Implica sostener, por el contrario, que sólo cuando la acusación ha aportado pruebas suficientes para sostener su hipótesis incriminante, la defensa puede eludir la condena con el aporte de una explicación alternativa de los hechos, debidamente sustentada, según la cual el acusado no es responsable.

Esto no ha ocurrido en el caso, donde –como se ha visto en los párrafos precedentes– la explicación de la defensa no cuenta con sustento probatorio que permita superar la acreditación alcanzada por la posición acusatoria. Dicho esto, en segundo y último lugar corresponde descartar la procedencia de los **incs. 1 o 2 del art. 34 del CP**. En relación con la primera norma, debe decirse que esta posibilidad no puede aplicarse al caso aun considerando acreditada la versión defensiva. Alcaraz Ferrer, en esa versión, habría invadido el domicilio de Rodríguez Talquenca huyendo de una supuesta banda de ladrones. El error invocado consistiría, como se señaló antes, en un **error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación**.

Sin embargo, por un lado no se ha acreditado que la banda en cuestión realmente existiera y operara en la zona al momento del hecho –ni circunstancias más concretas que permitieran pensar que Alcaraz Ferrer pudo verse atemorizado por su presencia–.

Y, por otro lado, tampoco está claro que el mal que invoca la defensa fuera «**grave e inminente**», como requiere el **inc. 2 del art. 34 del CP**. Especialmente en cuanto a la segunda de aquellas normas, debe señalarse que, de acuerdo con lo que sostuve antes, los presupuestos de procedencia para considerar que existe fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un perjuicio grave e inminente están descartados en el plano probatorio.

Sin perjuicio de que el presunto error no desincriminaría al acusado del robo, sino solamente de la violación de domicilio, lo cierto es que la prueba que acredita el primer hecho –el robo del que fue víctima Luis Ana– también acredita el segundo hecho como parte de la mecánica de huida del anterior.

En función de ello, no hay razones para sostener que, aun si hubiera existido una banda de personas que se dedicaran a perpetrar robos en la zona, esto no constituye más que un argumento ex post facto que no permite, en este caso, explicar la conducta del acusado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Maximiliano Fabián Alcaraz Ferrer.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro-

13- SANCHEZ ORTIZ y ot.. 28-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230628_FcSOL.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto y 45 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva. Fundamentación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto y 45 CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2165, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo.** (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06929371-3/1((018602-32319)) FC/ SANCHEZ ORTIZ, LUCAS ARIEL Y MENDEZ DALMA SOLEDAD P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (32319) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106174800*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06929371-3/1 caratulada "F. C/ SÁNCHEZ ORTIZ, LUCAS ARIEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Lucas Ariel Sánchez Ortiz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.165, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa P-32.319/21, a la pena de cinco años y seis meses de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto y 45 CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y, tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior tuvo por acreditado que el 31 de marzo de 2021 a las 7:50 horas aproximadamente, mientras la víctima Bárbara Verónica Ortega caminaba por calles San Pío y Punta Tombo de Godoy Cruz, se le apareció de frente el acusado Lucas Sánchez Ortiz y, tras colocarle un cuchillo en la zona abdominal le dijo que le diera todo lo que tenía. Por su parte, y por detrás de aquélla apareció Dalma Soledad Méndez, que fue condenada mediante juicio abreviado, quien la tomó del pelo y le dijo que le diera el celular o la iba a matar. Ante ello, la víctima accedió y les entregó un teléfono celular marca Samsung, una bolsa de tela, un maletín, un monedero y tarjetas de crédito, entre otros objetos. Ambos sujetos se dieron a la fuga. La víctima dio aviso al 911, por lo que se hizo presente el móvil 3399 de la UEP Godoy Cruz, quien tras realizar un patrullaje por las inmediaciones, observó a Sánchez Ortiz y Méndez frente al domicilio de Barrio Chile II Manzana H Casa 4, revisando los elementos sustraídos. Al ver al personal policial, ingresaron a la vivienda. Fueron aprehendidos allí. Los objetos sustraídos fueron recuperados y se secuestraron dos cuchillos.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa cuestiona la sentencia de la instancia anterior porque entiende que el juez incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Explica que de no haber sido por ese error, su defendido debió haber sido absuelto, por aplicación del principio in dubio pro reo.

Asimismo, pide la nulidad de la sentencia por padecer de errónea y contradictoria fundamentación.

Concretamente, señala que su defendido no cometió el delito que se juzga en autos, refiriendo que todos los testigos señalan a su pariente Valentín Ortiz como autor. Destaca que su defendido fue detenido adentro de su casa y no en persecución, como dice la policía.

Agrega que Valentín entró por la puerta junto con Dalma Méndez, condenada mediante juicio abreviado, y se fugó por la medianera hacia su casa.

Agrega que el juez de la instancia previa interpretó erróneamente la prueba, sin sujeción a las reglas de la sana crítica racional.

Que de haber seguido esas normas, no hubiera concluido en que el acusado fue el autor del delito por el que se lo condenó. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de dictaminar, el señor Procurador General estima que el recurso debe rechazarse. Refiere que el recurso de la defensa intenta una revisión ex novo de todo lo sucedido en el debate, insistiendo en su teoría del caso.

Agrega, entre otras consideraciones, que el plexo probatorio es contundente en tanto indica al acusado como autor de los hechos y no a su pariente, cuyas características físicas eran distintas a las del primero. En función de lo expuesto, concluye en que el recurso interpuesto no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado. Ello, por cuanto de la revisión practicada, surge que el agravio central de la defensa, esto es, que el acusado no intervino en el robo por el que fue condenado, no puede ser acogido.

En efecto, las pruebas reunidas lo señalan a él y no a su tío Valentín Ortiz, como el sujeto que, con Dalma Méndez –condenada por este hecho mediante juicio abreviado–, desapoderó de un celular y otros objetos a la víctima.

De tal modo, concurren en la responsabilidad penal del acusado diversos elementos de prueba. Por un lado, la denuncia de la víctima, que lo describió y luego reconoció en rueda de personas.

Por otra parte, la declaración de la testigo Caballero, que vio que le estaban robando a «la maestra», en referencia a Bárbara Verónica Ortega y persiguió a los autores mientras caminaban varias cuadras «sin que se dieran cuenta», hasta que se detuvieron en la puerta de una casa y entraron en ella, lo que pudo observar encontrándose a una cuadra de distancia y le transmitió a los policías (registro audiovisual de la audiencia del 13 de junio de 2021).

A ello, deben sumarse las actas de procedimiento policial, en las que consta que a partir de los datos aportados, los efectivos policiales intervinientes en pudieron advertir a los autores en la vereda del domicilio, en cuyo interior los detuvieron y los testimonios de los oficiales de policía que intervinieron. Estos elementos probatorios, valorados en forma conjunta según las reglas de la sana crítica racional, conforman un cuadro cargoso cuya contundencia permite descartar la veracidad de la versión defensiva.

En efecto, el juzgador privó de credibilidad a los dichos de Dalma Méndez, el acusado, sus tíos y abuela, en el sentido que Lucas Sánchez Ortiz se encontraba durmiendo en una habitación, mientras Valentín

Ortiz, luego de haberle robado a la denunciante junto a su novia Dalma Méndez, entró a la casa donde la aprehendieron y huyó por la medianera hacia su vivienda, distante a dos casas. Ello, porque se oponían a las actas de procedimiento y testimonios de los funcionarios policiales, que reiteraron, en lo esencial, lo plasmado en dicha prueba instrumental.

Así, el auxiliar Méndez (registro audiovisual del 13 de mayo de 2022, 1:16:26 y siguientes) dijo que en el dormitorio de dicha vivienda, entre medio de dos colchones se halló el celular de la víctima; que uno de los sujetos que se encontraba allí estaba durmiendo, mientras que el sujeto que estaba afuera, ingresó en la habitación y luego salió ya sin la campera.

Que a esta persona se le extrajo un cuchillo del interior del bolsillo de la bermuda, antes de introducirlo en el calabozo de la movilidad.

Ante preguntas de la defensa, aclaró que vieron al acusado entrando y luego saliendo del dormitorio con el torso desnudo, porque cuando iban ingresando, la dueña de casa les preguntó qué pasaba y vieron por arriba de sus hombros –ya que era de baja estatura–, al sujeto que estaba afuera, ingresar a la habitación. Explicó que una vez que la dueña de casa los dejó entrar al inmueble, el sujeto que estaba afuera ya venía saliendo de la habitación con el torso desnudo (1:34 y siguientes).

Resaltó el efectivo policial declarante que lo perdieron de vista menos de medio segundo, dado que por la forma de la casa y demás circunstancias apuntadas, no tenían forma de no verlo. En consecuencia, el agravio consistente en que al acusado no lo aprehendieron en persecución y que, por lo tanto, el autor pudo haber sido Valentín Ortiz, carece de sustento para desacreditar la autoría de Sánchez Ortiz.

Por otra parte, el juzgador de la instancia anterior demostró la endeblez de la declaración del acusado y sus familiares. Entre otros motivos, porque no era factible confundir al acusado con su tío Valentín.

De tal modo, Dalma Méndez manifestó que Valentín es más alto y de mayor edad que el primero, mientras que Renzo Ríos, tío de Sánchez Ortiz, declaró que se nota la diferencia entre ellos. También, porque el acusado dijo estar durmiendo, no obstante que lo hacía con medias, bermudas de jean y un arma blanca en el bolsillo.

Asimismo, porque invocaron la autoría de otra persona un año después de ocurrido el robo que se investiga en estos obrados, cuando ya Valentín Ortiz estaba en el penal cumpliendo una pena por otro hecho.

Respecto de esto último, se debe consignar que el juez de la instancia anterior se limitó a señalar este aspecto, sin que ello importe desconocer el derecho del acusado en el marco de un proceso judicial, a declarar o no hacerlo.

Aquel se trata, entonces, de un elemento que quita credibilidad a la hipótesis planteada por la defensa, por lo que el agravio esgrimido al respecto, tampoco puede prosperar.

Resta decir que la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no presentando los vicios que se le endilgan ni arbitrariedad alguna. De igual modo, y en virtud de lo hasta acá desarrollado, el principio in dubio pro reo no es aplicable al caso de autos, puesto que quedó demostrada adecuadamente, la autoría del acusado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Ariel Sánchez Ortiz.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 28 de junio de 2023.- P.). Secretaría, 28 de junio de 2023.-

14- FIGUEROA ARRIGA. 06-07-23. (JJ)

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PPP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230706_FcFAE.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7° y 45 del CP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Juicio por Jurados.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **de prisión perpetua**, luego de que el veredicto emitido por el jurado popular constituido para el caso lo declarase culpable del delito de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7 y 45 del CP), que se le atribuyó en autos N° P-34.815/21.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2169, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Ver *Capítulo 1*.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo. (Licencia).

15- TORRES VERA. 28-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230728_FcTVJ.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 166, inc. 2°, 3° párrafo; 167 inc. 2° y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada Poblado y en banda. Concurso ideal. Credibilidad del testigo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión**, por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 2°, tercer párrafo; 167 inc. 2° y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2480, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-07110725-0/1((018602-30740)) FC C/ TORRES VERA ARTAZA P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA ROBO AGRAVADO (30740) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106280657*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07110725-0/1 caratulada "F. c/TORRES VERA, JONATHAN EMMANUEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA, ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA Y ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA, TODO EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Jonathan Emmanuel Torres Vera interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.480, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-30.740/21, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma, robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, todo en concurso ideal (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto; 166, inc. 2°, tercer párrafo; 167 inc. 2° y 54 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado los hechos conforme a la plataforma fáctica que fuera reformulada por el representante del Ministerio Público Fiscal, en los términos del art. 392 del CPP, esto es, que «[e]l día 25 de marzo del 2021, alrededor de las 14.20 hs., en calle Montecaseros y Corrientes de Ciudad de Mendoza, Ramón Ariel Artaza se encontró con Leandro Exequiel Venerus Prigione a los fines de celebrar una compraventa. Momento en el cual y, tras caminar unos metros por calle Corrientes lo sujetó de su mochila, sacó un arma de fuego plateada de entre sus prendas y le dio varios golpes con la misma en su cabeza. Acto seguido, se le acercó Jonathan Emmanuel Torres Vera y le apoyó un arma de fuego, y en conjunto con un sujeto NN le arrancaron su mochila marca Smart, de color gris, antirrobo, la cual contenía 6000 mil dólares, en billetes de 100 dólares, en un sobre color gris, 4 celulares marca IPHONE 12, dos de color blanco, uno de color rojo y uno de color negro, nuevos en sus respectivas cajas, sin activar, no tenían chip, los número de IMEI de los celulares son 353040113975774, 353509870000112, 351696725261598 y 351672925483167, un celular IPHONE X color gris oscura, sin funda, sin vidrio templado, impecable, sin chip, Con el IMEI 354847098514504, una billetera lisa de cuero color negro, con

DNI, tarjeta azul de una camioneta Toyota Hilux dominio MQE239, una tarjeta azul de una moto BMW dominio A089REM, una tarjeta verde una moto Corven domino A059ROI, una licencia de conducir, una licencia aeronáutica, un certificado médico aeronáutico, una tarjeta de Debito del Banco Macro, una tarjeta de mercado pago toda la documentación a nombre de la víctima. Allí Leandro Exequiel Venerus Prigione logró cruzarse de vereda, donde fue acorralado por otro sujeto N.N. distinto de los anteriores, quien lo revisó y le dijo que corriera y se retirara del lugar, para luego darse todos a la fuga con los elementos de la víctima».

Para resolver de tal modo, la jueza valoró las declaraciones de Leandro Exequiel Venerus Prigione –víctima y denunciante de autos–, cuyos términos estimó respaldados con los testimonios de Julián Donadel, de Gustavo Alberto Venerus, de Eduardo Von de Fenn, de Dana Malossi, de Luis Martínez, de Federico Coria Chiaro y, finalmente, de Matías Moyano.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa invoca ambos incisos del art. 474 del CPP para sustentar la existencia de vicios habilitantes del recurso de casación. Concretamente, afirma que la sentencia condenatoria cuestionada ha aplicado erróneamente la legislación sustantiva, la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales, como también, aquellas disposiciones procesales cuya inobservancia determina la nulidad de la misma (art. 197 ss. y cc. del CPP), y las que exigen bajo pena de nulidad la fundamentación de las sentencias (arts. 155, 409 y 416 inc. 4 del CPP). La defensa destaca que hay dos momentos centrales en el proceso.

El primero relacionado a que el fiscal se ocupó de una plataforma fáctica que es la que mantuvo desde el inicio de la investigación penal preparatoria hasta ya iniciado el debate.

El segundo, cuando en el transcurso del debate, y luego de escuchar las graves contradicciones de la víctima y concluida la recepción de la prueba testimonial, el representante del Ministerio Público Fiscal modificó la plataforma fáctica, con el planteo de la existencia de un hecho diverso y el gravamen que ello ocasiona a la actividad defensiva.

Afirma que esas modificaciones también se traducen en otro agravio: la certeza acerca de la autoría y la responsabilidad penal, las que son sólo declamadas por la sentencia, sin poder superar el umbral de la duda razonable, que en este estado del proceso debió repercutir en favor del imputado (art. 2 CPP) por ser una garantía expresamente contenida en nuestra Constitución Nacional (**art. 8.2, CADH.; art. 11.1, DUDH.; art. 14.2, PIDCP; art. 75, inc. 22, CN**).

Como antecedente, refiere que al momento de la vista otorgada, la defensa presentó objeciones respecto de la plataforma fáctica reformulada por la acusación pública, entendiendo que dicha mutación se basaba exclusivamente en las contradicciones de la víctima respecto de la sindicación, individualización, caracterización y ubicación de Torres Vera en el hecho del día 25 de marzo de 2021. Critica que la defensa ratificó al momento de presentar sus alegatos de clausura del debate, cuando destacó que durante la investigación penal preparatoria, el denunciante dijo el acusado era la persona que le arrancó su mochila, quien había apareció por detrás suyo, a quien no podía individualizar, pero que estaba vestido con un buzo negro con capucha, pantalón negro y que tenía barbijo colocado.

Mientras que, al declarar durante el debate, cambió su versión, ya que señaló que Torres Vera no era quien le arrancó la mochila, sino que fue quien se le acercó vestido con buzo bordó, y le sacó el arma. Refiere que se ha violado el debido proceso legal, el derecho de defensa en juicio y los principios de legalidad e in dubio pro reo, consagrados en el art. 2, 18 de la CN y en Tratados de DD. HH. de jerarquía constitucional y

que se vulneran, en su consecuencia, el art. 2, primer párrafo, del CP; los arts. 2 y 155 del CPP y que resultan aplicables el art. 474 incs. 1 y 2 y el 416 inc. 4 de la ley de rito. Cuestiona la valoración de las testimoniales de todas las personas que prestaron declaración en el debate. Explica que existen dos versiones controvertidas sobre la acusación: la víctima y sus múltiples versiones mutadas de la plataforma fáctica, y una versión opuesta, la del acusado que, al prestar declaración durante la instrucción, negó los hechos de la acusación, y a quien no puede exigírsele más, frente a un hecho que desconoce.

Que el resto de las testimoniales valoradas por el tribunal de la instancia previa, se trata de testigos indirectos de los hechos, que conocen sobre el hecho a partir de los dichos del padre de la víctima, quienes son utilizados en la sentencia como indicios de corroboración periférica para confirmar la acusación. Sin embargo, considera la defensa que la reconstrucción del suceso histórico en la sentencia puesta en crisis adolece de arbitrariedad, ya que el tribunal de la instancia previa basó sus conclusiones en la declaración única de la víctima, quien ofreció dos versiones distintas de los hechos.

A su vez, valoró arbitraria y parcialmente la prueba de descargo, al desconocer la fuerza convictiva de los testimonios de Brahim Álvaro Mejías, Fernando Nicolás Alomo, Florencia Paola Moyano Vera, Matías Moyano, los cuales prestaron declaraciones veraces, coherentes, creíbles y fiables.

A ello, agrega que los informes de las cámaras de seguridad dieron resultado negativo; que las declaraciones de los policías Malosi y Martínez, junto con las del testigo de actuación Coria Chiaro, acreditan que Torres Vera se encontraba el día 25 de marzo 2021 a las 14:20 hs en el negocio comercial MendoStore de Matías Moyano, y que es donde su representado prestaba sus labores diarias como técnico en servicio de telefonía celular. Por tanto, advierte que no existe ninguna prueba en concreto que resulte convincente para sostener la autoría y participación de Jonathan Torres Vera en el hecho endilgado con el grado convictivo de certeza. Señala que su representado recién tomó conocimiento del robo cuando lo detuvieron el día 3 de abril de 2021.

Menciona que hay tres momentos que son cruciales, y que la juzgadora no valoró correctamente. Un primer momento, el 25 de marzo 2021, a las 14:40 hs. La víctima, además de modificar la plataforma fáctica dos veces describe a tres personas, y nunca aclaró por qué cambió su declaración y se contradijo de manera grave, dando dos versiones de la plataforma fáctica y respecto de la sindicación de Torres Vera.

Entiende que tales circunstancias obligaron al órgano acusador a cambiar la plataforma fáctica, porque Torres Vera no pudo ser reconocido. Afirma que el acusado nunca estuvo en ese lugar, como lo dijo Matías Moyano y también Florencia Moyano, porque entre las 11:00 hs y las 18:00 hs estuvo trabajando en MendoStore. El segundo momento, a criterio de la defensa comprende el período del 25 de marzo de 2021 a las 17 hs aproximadamente hasta el día 27 de marzo de 2021.

Allí se efectuaron los intercambios de chats entre Matías Moyano (comprador de dos teléfonos Iphone) y «Chano» Morales (vendedor de los aparatos), los cuales surgen de autos nº P-33.209/21, que acreditan cómo aquéllos pactaron la adquisición de los dos teléfonos, y las condiciones del pacto y la entrega de esos elementos para el día 26 de marzo 2021. Estos extremos acreditarían que Morales le vendió dos teléfonos marca Iphone a Matías Moyano. Así las cosas, para la defensa quien estuvo involucrado en la obtención de los teléfonos fue «Chano» Morales.

El hecho de que Matías Moyano, quien fue sorprendido en su buena fe, haya puesto los teléfonos en la vidriera del negocio donde trabaja junto a su hermano, arroja un claro significado acerca de que Torres no tuvo nada que ver con el robo; pensar lo contrario sería ir contra el sentido común. El tercer momento

que refiere la defensa, se circunscribe al 3 de abril de 2021, a las 10 hs cuando Matías Moyano llamó a la policía. El testimonio de los policías Dana Malosi y Luis Martínez, y el testigo de actuación Coria Chiaro, afirmaron que los integrantes de MendoStore tuvieron buena predisposición y colaboración y que jamás observaron situación de nervios, ni de peleas, ni gritos. Desde ahí, la defensa considera que si Torres Vera hubiera participado en el robo, se habría ido ese día del local, no se hubiera ido caminando hasta la Comisaría Tercera, en razón de que su hermano Matías Moyano estaba aprehendido, quedándose en la puerta esperando noticias, sin saber que la víctima lo iba a sindicarse y siendo detenido por un delito que no intervino.

Reitera que en la causa existe certeza negativa, porque la única prueba conducente, y la que el Ministerio Público Fiscal basó su acusación es en la declaración de la víctima quien tuvo importantes contradicciones, modificando dos veces la plataforma fáctica. De tal manera, el desapoderamiento no se le puede atribuir a Torres Vera, quien fue con total naturalidad a la comisaría donde estaba el hermano y no sabía que iba a quedar detenido por una calificación grave.

Concluye que la sentencia es arbitraria, porque no puede justificar razonadamente porqué no aplica el principio in dubio pro reo en favor del acusado, salvo por la sola voluntad de quien tiene el poder de la firma y establece «certezas» donde sólo hay dudas.

En función de los agravios señalados, solicita la absolución del acusado o, en subsidio, la nulidad de la sentencia impugnada y la realización de un nuevo debate.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que, si bien el recurso es formalmente procedente, debe ser desestimado en el fondo. Considera que la autoría de Torres Vera en el hecho endilgado se encuentra probada en la causa, particularmente a partir de la declaración de la víctima, quien expresó que lo reconoció de manera instantánea, por el rostro y el tono de voz, cuando lo vio en el local comercial al que concurrió a efectos de recuperar dos de los celulares sustraídos, luego de las averiguaciones que había efectuado a través de la red social Marketplace de Facebook.

Indica que tanto la víctima como el testigo Donadel, describieron de forma coincidente las características del sujeto de buzo bordó o rojo que abordó al primero de los nombrados el día del hecho las que, a su vez, son coincidentes con las del acusado, observadas en el debate. Agrega que el progenitor de la víctima y ésta, también coincidieron en cuanto a la actitud de Torres Vera en el local comercial cuando ambos les manifestaron que los dos celulares Iphone eran de su propiedad, y que se los iban a llevar, previo al arribo del personal policial. Que, como fue desarrollado por la sentenciante, dicha situación descripta por los testigos desencadenó un tumulto dentro del local y un estado de nerviosismo, impidiéndose que la gente pudiera entrar o salir del establecimiento lo que, a su criterio, explica el motivo por el cual la víctima habría mostrado cierta inconsistencia en sus declaraciones. Esto es en la prestada en la causa que se inició luego del secuestro de los celulares y la expresada en la audiencia de debate, de la cual se vale la defensa para restar valor convictivo a sus dichos.

A criterio del Procurador, lo cierto es que la sindicación que efectuó del acusado fue contundente y clara, sin que se generen dudas al respecto y así fue considerado por la jueza de la instancia anterior. En punto a las declaraciones ofrecidas por la defensa, sostiene que la juzgadora explicó las contradicciones existentes entre los testigos Florencia Moyano y Matías Moyano y apuntó que tampoco sus dichos pudieron ser corroborados con otros medios de prueba; a lo que sumó la declaración de Luciano Morales,

que terminó por desvirtuar la estrategia defensiva al negar tener algún conocimiento de los celulares sustraídos.

Afirma que los agravios enumerados por la defensa, más que vicios en la sentencia, reflejan su disconformidad, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la valoración dada al cuadro probatorio por la sentenciante. Agrega que no se advierte vulneración alguna a los derechos y garantías del imputado. Por tales razones, solicita el rechazo de la impugnación formulada y la confirmación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que –en base a los motivos que en lo sucesivo se exponen– corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Jonathan Emmanuel Torres Vera.

Conforme se desprende de la reseña efectuada precedentemente, en el escrito defensivo se cuestiona la contundencia del caudal probatorio reunido en la causa para concluir en un juicio de certeza positiva sobre la intervención del acusado en los hechos del proceso –cuya materialidad no discute– y, por tanto, sobre su responsabilidad penal como coautor de los mismos.

Para respaldar su crítica, presenta argumentos orientados en dos direcciones muy claras. La primera, para restarle peso convictivo de cargo dirimente a la declaración de la víctima, para lo cual se alega la presencia de inconsistencias y contradicciones en las versiones que ofreció durante la tramitación de la causa respecto de la individualización, caracterización y ubicación del acusado en el hecho investigado.

La segunda, para demostrar que el tribunal de la instancia previa no consideró las declaraciones de los testigos de descargo que niegan con certeza la participación de Torres Vera en la plataforma fáctica acusada, de acuerdo con la configuración material que asumió luego de su modificación por el Ministerio público Fiscal durante el debate, por aplicación de la figura del «hecho diverso».

Al respecto debe decirse que no le asiste razón a la defensa en cuanto a los argumentos que propone, por cuanto los mismos no se condicen con las constancias de la causa, las que confirman el razonamiento judicial sobre el extremo de la imputación delictiva que resulta materia de impugnación –intervención criminal del acusado en el hecho del proceso–.

Es que, a diferencia de lo que entiende y propone la defensa, se advierte que la jueza de la instancia previa expuso, analizó y desarrolló en forma adecuada y suficientemente motivada las razones que la condujeron a considerar que los elementos de prueba producidos en el debate y los debidamente incorporados a la causa –dado el valor convictivo que de ellos se deriva– acreditaban la teoría del caso de la acusación, más allá de toda duda razonable.

Así, para tener acreditado el hecho y la coautoría del acusado, la jueza valoró especialmente la declaración testimonial de la víctima, a la que asignó un valor convictivo preponderante; descartó la versión brindada por el acusado, y meritó adecuadamente las declaraciones de los testigos cargo y de descargo rendidas durante el debate.

En lo que sigue, y de acuerdo al orden en que fueron mencionadas, se abordarán las críticas de la defensa.

a.- El principal agravio casatorio se circunscribe a criticar el análisis y la valoración que se hizo en la sentencia de la declaración de Leandro Exequiel Venerus Prigione, víctima y denunciante de autos. En ese

terreno, la defensa plantea que el testigo realizó dos versiones contradictorias sobre la plataforma fáctica y la sindicación de Torres Vera como coautor de los mismos:

1) la primera, durante la investigación penal preparatoria, cuando la víctima dijo que fue abordada por tres sujetos, que uno estaba vestido con camisa de color blanca, otro con un buzo de color negro, y otro con un buzo de color bordó. En esa oportunidad, señaló que quien le apareció por detrás y le arrancó la mochila, era el sujeto que llevaba puesto un buzo negro con capucha, un pantalón negro y un barbijito colocado, y que ese sujeto se trataba de Torres Vera;

2) la segunda, fue durante el debate, oportunidad en la que mutó y transformó injustificadamente esa versión, pues afirmó que Torres Vera ya no era el sujeto que le arrancó la mochila, ni el que se encontraba vestido de negro, sino quien se le acercó vestido con buzo bordó, y quien sacó el arma.

De tales contradicciones el defensor deriva el demérito que la jueza de la instancia previa le asigna a la declaración de la víctima, a la que considera como la única prueba de cargo que sustenta el razonamiento jurisdiccional en crisis.

Al respecto debo decir que no comparto esas afirmaciones, puesto que analizadas las declaraciones prestadas por la víctima, considero que adecuadamente la jueza de sentencia les ha otorgado credibilidad toda vez que si bien se advierten variaciones, el núcleo central se ha mantenido invariable.

En efecto, se advierte que la jueza se ha preocupado extensamente en ofrecer razonables motivos para, ante la pretensión de la defensa –que también fue formulada en los alegatos de clausura del debate oral por el recurrente–, explicar por qué la declaración de la víctima, por su credibilidad –y pese a reconocer alguna inconsistencia en la misma–, ofrecía la certeza necesaria para arribar a la condena del acusado por los hechos enrostrados.

Desarrollo argumental que comparto, en base a lo que sigue. Lo primero que debe mencionarse que aquella declaración es que no se trata de la única prueba de cargo existente, como indica la defensa, sino que existen otros elementos que, si bien la toman como base, son externos a ella y la sostienen en las premisas que ofrece.

En este sentido, la jueza comenzó su exposición valorativa explicando que «[...] de la declaración testimonial brindada por la víctima y denunciante Leandro Exequiel Venerus Prigione surgen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el suceso criminoso investigado como también la sindicación posterior de Jonathan Torres Vera como una de las personas que intervinieron en aquél, lo que se encuentra corroborado por declaraciones testimoniales de Julián Donadel, de Gustavo Alberto Venerus y de Eduardo Von de Fenn».

No se trata, entonces, de un caso de testigo único –más allá que ello no sería impedimento para tener por acreditado un hecho–, a los que se contraponen la negativa del acusado sino que, a la versión de la víctima, se le adicionan elementos objetivos y subjetivos externos que la corroboran –como se analizará oportunamente–.

Salvado ese aspecto crítico, lo segundo que debe señalarse es que la sentenciante, para respaldar el grado de credibilidad asignado a la declaración de la víctima, ponderó que «en audiencia de debate, la víctima narró detalladamente el modo en que se produjo la sustracción y, luego, la individualización de Torres Vera como uno de los intervinientes.

Así, manifestó de forma categórica que al acusado lo había visto dos veces en su vida, cuando le robaron

el teléfono y cuando lo recuperó». Sobre el primer aspecto –desapoderamiento violento e intervención del acusado-, la jueza consideró que el testigo se apreció como creíble en todo momento, con un relato preciso, espontáneo y desinteresado.

Para lo cual, repasó los dichos de la víctima, particularmente en los tramos donde identificó a los intervinientes en el hecho y describió cuál fue el rol de cada uno en el robo. Sobre ello, la sentenciante mencionó que el testigo dijo que en el hecho intervinieron cuatro personas, tres con un rol más activo que el cuarto.

Así, según el denunciante, había un primer sujeto, que fue con quien pactó la venta de los celulares en cuestión, sobre quien detalló que se encontraba vestido con una camisa blanca, pantalón de jean y zapatillas negras.

Por su parte, había un par de individuos que se encontraban en la vereda, a quienes los distinguió porque uno utilizaba un buzo bordó, y lo caracterizó como una persona delgada, de pelo castaño oscuro y piel morena, y el otro, sobre quien dijo que estaba todo vestido de negro.

Por último, había una cuarta persona, que intervino simulando ayuda, pero que luego le revisó los bolsillos para robarle, y fue quien le dijo a la víctima que se fuera del lugar. Agregó, con estricta referencia al sujeto de buzo bordó, que se trató del sujeto que empleó un arma de fuego oscura, negra, que le apuntó de frente, que lo golpeó y le sustrajo –junto con los demás– la mochila.

Sobre el segundo aspecto –sindicación del acusado–, la jueza de la instancia previa consideró también en este aspecto la declaración de la víctima fue contundente y creíble.

Para ello, destacó que la individualización y el reconocimiento de Torres Vera como uno de los autores del robo, se basó en la investigación privada llevada a cabo por la propia víctima a través de la búsqueda en redes sociales –Facebook, concretamente en MarketPlace– de los celulares que le habían sido sustraídos. Según los dichos del testigo, esa búsqueda particular por el sitio de internet le permitió advertir que los teléfonos celulares que le fueron violentamente sustraídos eran ofrecidos para su venta, lo que lo determinó a contactarse con el oferente y dirigirse –junto a su padre y a su hermana– al local de asistencia técnica correspondiente –«MendoStore»– cuyo dueño era Matías Moyano Vera, hermano del acusado.

Aclaró que, una vez en el interior del local, en el que se encontraba el dueño, el hermano del dueño, y una persona de seguridad, corroboró que los celulares que estaban exhibidos eran de su propiedad, lo que hizo mediante la verificación de los respectivos IMEI.

Fue allí que le llamó la atención la actitud del hermano del dueño, particularmente su mirada evasiva y su estado de nerviosismo. Agregó que al observar su cara, sus gestos y su voz, se dio cuenta de que efectivamente había sido una de las personas que participó en el desapoderamiento, una semana antes, y que era la persona que él identificó como la de buzo bordó en el robo. Señaló así que «sabía que era él».

Afirmó que si bien esa información no se la aportó al personal policial durante el procedimiento, justificando esa omisión en su estado nervioso, y en que sólo quería recuperar sus pertenencias y no tener más problemas, al momento de llegar a la comisaría, se lo confirmó a su padre –Gustavo Alberto Venerus–

Esta actitud, para la jueza, resultó «[...] comprensible dada la entidad de la situación que se vivió en el local de asistencia técnica de celulares, donde se generó un tumulto que terminó con la llegada de móviles policiales, allanamiento, secuestro y traslado de las personas presentes a la comisaría respectiva». El relato

sobre las circunstancias en que se produjo esa individualización segura e inmediata del acusado se vio corroborado, en la sentencia, por la información que proporcionó el padre de la víctima en el debate. Así, como bien lo apunta la jueza, Gustavo Alberto Venerus declaró que se encontraba afuera del local comercial, que recibió un mensaje de su hijo avisándole que los teléfonos que allí se encontraban era los teléfonos celulares en cuestión, o sea los sustraídos.

Por ello, ingresó al local, apoyó la denuncia policial sobre una mesa, allí habían sólo habían tres personas –el dueño del local, su hermano y una persona de seguridad–, y el hermano del dueño –por el acusado–, se puso nervioso, se dio la vuelta por el mostrador y se abalanzó sobre él, quien lo empujó.

Agregó que fue en la comisaría cuando su hijo, quien se encontraba muy nervioso, le dijo que una de las personas que le había robado con un arma de fuego era el hermano del dueño del local, y que se trataba de quien se le abalanzó (v. registro audiovisual, audiencia del 2/11/22 de las 13:16 hs., a partir del min. 00:30:09).

Esa información suministrada por el testigo, también fue considerada creíble por la jueza, además de concordante con su declaración durante la investigación penal preparatoria, y sin indicios de ganancialidad o intención de perjudicar al acusado.

A partir de esa información, aunada al resto de la prueba reunida y producida en debate, la jueza de sentencia concluyó que «[...] no caben dudas de que una de las personas que llevó a cabo el desapoderamiento del que resultó víctima Leandro Venerus fue Jonathan Emmanuel Torres Vera». Todo lo cual demuestra el acierto de la sentenciante al analizar y explicar íntegramente la declaración de la víctima, de modo que su decisión resulta adecuadamente fundada.

Ello, pues la claridad y correspondencia entre los distintos datos que integran su declaración, contribuyen a aumentar su grado de credibilidad. Lo tercero que debe mencionarse, en relación con las contradicciones internas en las declaraciones de la víctima a lo largo del proceso y la pretendida incidencia de ellas en el **grado de credibilidad** que se le reconoce a esa prueba en la sentencia, es que la reedición de este planteo de modo alguno pone en crisis el razonamiento jurisdiccional que sustenta aquella afirmación.

Ello, en tanto en esta instancia extraordinaria no se agregan argumentos diferentes de aquellos que fueron planteados por la defensa al momento de formular sus alegatos de clausura, y exponer esta cuestión para sustentar la inocencia de su representado.

Además, no se extrae de este tramo de análisis de los fundamentos del fallo defectos ni contradicciones a los principios de la lógica y la experiencia que lo tornen –en este punto- inmotivado o arbitrario. En efecto, luego de comprobar y justificar el grado de credibilidad que le reconoció a la versión de la víctima realizada durante el debate –quien pidió declarar sin la presencia del acusado, y así fue ordenado–, la sentenciante respaldó esa posición al indicar que «[...] la supuesta contradicción de Leandro Venerus al declarar en la causa n° P-33.209/21 -iniciada luego del procedimiento en que se secuestraron los celulares- y al hacerlo en audiencia de debate [...] no tiene la entidad que le atribuye la defensa técnica del acusado», desde que «[...] la contundencia y franqueza que se advirtió en la víctima mientras declaró en el debate contrastan con el estado de nerviosismo que ella misma manifestó haber sentido durante los sucesos ocurridos en el local comercial -los que a su vez surgen corroborados por los dichos de su progenitor en audiencia de debate y constan en los autos traídos AEV-, lo que justifica cierto grado de confusión en aquel momento respecto de la asignación de roles de cada interviniente en el desapoderamiento».

Lo expuesto deja al descubierto que la sentencia no desconoce la existencia de alguna discordancia entre las dos declaraciones de la víctima.

Aun así, se hace cargo de ellas, y explica los motivos por los cuales le resta entidad para justificar el demérito pretendido por la defensa. Comparto aquel razonamiento expuesto en la sentencia, dado que esa conclusión se impone al considerar íntegramente las manifestaciones de la víctima, e insertarlas –para su correcta valoración– dentro del contexto que rodearon los hechos ventilados en la presente causa, y en estricta relación con los restantes elementos de prueba.

En ese sentido, por un lado, advierto que se trató de un hecho violento, cometido por varios sujetos armados, quienes sorprendieron y atacaron a la víctima y lograron su cometido, esto es, desapoderarla de bienes de alto valor económico de su propiedad.

De ahí que el sentido común impone considerar que quien resulta sujeto pasivo de un acontecimiento como el descrito puede resultar afectado en su estado emocional y, por caso, incurrir en ciertas imprecisiones en el relato de los hechos, tales como confundir el color de la prenda de vestir que llevaban puestos dos de los tres atacantes.

No se advierte en este punto la decisividad de esa discordancia sobre el reconocimiento posterior del acusado. Por otro lado, y como bien se destaca en los fundamentos del fallo en crisis, pese al detectado estado anímico derivado del trauma sufrido, las manifestaciones de la víctima al describir las circunstancias modales en que se produjo el acometimiento, así como los roles de los partícipes y el desenlace de los acontecimientos, se presentaron como espontáneas, coherentes y debidamente contextualizadas.

A lo que cabe agregar que tampoco se observó durante el debate, ni en esta oportunidad, la introducción de detalles oportunistas o gananciales que puedan justificar el descrédito pretendido por la defensa en sus dichos. Aspectos que surgen de la audiencia correspondiente (v. registro audiovisual, audiencia del día 2/11/22 de las 11:49 hs., a partir del min. 00:13:18).

Finalmente, porque la hipotética existencia de fisuras en el relato, con capacidad de generar dudas razonables sobre la credibilidad del testigo, termina por desvanecerse cuando se observa, como lo pondera la jueza de sentencia, que lo esencial y determinante de su testimonio cuenta con una fuente de corroboración directa, de cuya existencia y valor ha sido marginada de toda consideración por la defensa.

Se trata del testimonio de Julián Giuliano Donadel, quien acompañó al denunciante el día del hecho a realizar la operación de venta previamente pactada con quien, a la postre, fue uno de los autores del robo. Esa especial situación fáctica le permitió observar el devenir de los acontecimientos, especialmente cuál fue la conducta realizada por los intervinientes en el hecho.

El valor de su testimonio, en cuanto al tópico que venimos examinando, es trascendente pues, como bien lo destaca la jueza de la instancia previa en la sentencia, la descripción que realizó el testigo de las características de la persona que vestía buzo bordó o rojo – de tez morena, pelo corto y de entre veinticinco y treinta y cinco años de edad–, y sobre cuál fue su aporte material a la obra delictiva común, coinciden completamente con la información que surge del relato de Leandro Venerus.

Basta con mencionar que el testigo indicó que la persona que tenía el buzo rojo o bordó, era quien actuó en el hecho utilizando un arma de fuego, tipo pistola, de color negro, a diferencia del otro interviniente que estaba armado, quien empleó un arma con coloración cromada, y con tambor.

Y que fue ese sujeto quien, junto a otro, y luego de un forcejeo con la víctima, le sustrajo la mochila para

luego darse a la fuga (v. registro audiovisual, audiencia del 2/11/22 de las 14:07 hs., a partir del min. 00:03:15).

Por todo lo hasta aquí expresado, entiendo que acierta la sentenciante cuando, luego de valorar el material probatorio señalado, desvirtúa el argumento de descargo relativo al descrédito de la versión de la víctima sobre el reconocimiento del acusado posterior al hecho.

Así, se comparten sus conclusiones al respecto, cuando afirma que «[e]l estado de nerviosismo que sufrió la víctima, en oportunidad de radicar la denuncia para poder recuperar sus celulares, pudo motivar cierta inconsistencia en esa declaración, pero no quedaron dudas de que efectuó una clara y contundente sindicación de Jonathan Torres Vera como de uno de los intervinientes en el robo acaecido el 25 de marzo de 2021».

En función de ello, creo que existen buenas razones para asignar razón al desarrollo expuesto por la jueza de sentencia al momento de justificar, por un lado, la credibilidad del testimonio de la víctima de autos y, por el otro, la calidad de elemento probatorio determinante de aquella declaración. Todo, para tener por acreditada la intervención, como coautor, del acusado en el hecho.

b.- Por otra parte, la defensa considera que existen **elementos probatorios** que acreditan la versión defensiva esgrimida por el acusado en ejercicio de su derecho de defensa material durante la investigación penal preparatoria –pues no declaró durante el desarrollo del debate–, y que no han sido debidamente considerados por el tribunal de la instancia previa. En este aspecto, refiere que: 1) los testimonios de Matías Moyano y de Florencia Moyano acreditan que el acusado no se encontraba en el lugar de los hechos; 2) las comunicaciones que mantuvo Matías Moyano vía chats con Luciano Morales, alias «Chano», demuestran que fue éste quien le vendió a aquel los teléfonos celulares en cuestión; 3) la conducta de Matías Moyano de exhibir los teléfonos en la vidriera del negocio, donde trabajaba junto a su hermano, descarta la responsabilidad de éste último; y, finalmente, 4) si Torres Vera hubiera sido interviniente en el hecho, habría huido del local comercial o, cuanto menos, no se hubiera dirigido hacia la comisaría por sus propios medios para esperar obtener noticias de su hermano, quien se encontraba aprehendido. Como lo adelantara al comienzo del presente acápite, el agravio así estructurado y fundado debe ser desestimado por dos cuestiones.

Primero, porque la defensa reedita en esta instancia los mismos cuestionamientos que hiciera al cierre del debate para sustentar la inocencia de su representado en los hechos que se le endilgan, sin rebatir las razones expresadas en la sentencia para responder –y rechazar– la dirimencia de tales aspectos en la solución del caso.

Ello, con fundamentos sólidos y convincentes que determinen la arbitrariedad de lo así decidido. Segundo, porque tampoco indica la defensa cuál sería el eventual efecto que el error o la directa omisión en la valoración de prueba de descargo tendría en el razonamiento seguido por el tribunal de juicio para tener por acreditados los hechos y la responsabilidad del acusado como coautor de los mismos. Veamos.

Respecto de las declaraciones de Matías Moyano y de Florencia Moyano ofrecidas por la defensa del acusado, la jueza detectó contradicciones esenciales en sus relatos, además de su falta de respaldo en otros elementos de prueba.

A partir de allí, les restó peso convictivo para desvincular al acusado del desapoderamiento ilegítimo de los elementos de la víctima, ubicándolo en un lugar distinto. Con lo cual, se observa con claridad que no

acierta la defensa cuando sostiene que en la sentencia se han omitido deliberadamente esos testimonios, porque lo que ha existido –en su caso– ha sido una valoración diversa que lo pretendida por la defensa, de acuerdo con las razones que dio la juzgadora para respaldar esa decisión.

A lo cual cabe señalar que los argumentos ofrecidos por la sentenciante para apartarse de los datos fácticos emanados de tales declaraciones, son suficientes y razonables. Pues, en su caso, comparto la apreciación de la jueza vinculada con que los testigos ofrecidos por la defensa, para reforzar la hipótesis alternativa de sentido desincriminatorio, han incurrido en contradicciones sobre aspectos relevantes frente a la circunstancia que, con ellas, se pretendía corroborar, es decir, que el acusado no estuvo en el lugar del hecho el día en que el mismo se cometió.

Ello, impide tildar a la sentencia de arbitraria en este aspecto.

Acerca de las comunicaciones que mantuvo Matías Moyano vía chats con Luciano Morales, alias «Chano», y la incidencia que ellas tendrían sobre el origen de los teléfonos celulares, y su exposición en el local comercial de aquel, se observa que la labor valorativa cumplida por la juzgadora al analizar este argumento de la defensa no aparece antojadiza, contradictoria ni ilógica.

Así, en la sentencia la jueza consideró que las impresiones de las capturas de pantalla de la conversación entre esos dos interlocutores agregadas en la causa n° P-33.209/21, no se deriva el grado de convicción pretendido por la defensa del acusado porque no han sido sometidas a ningún tipo de verificación técnica que acredite, cuanto menos, la identidad de aquellos, la titularidad y/o el uso de esas líneas por parte de los sindicatos, entre otros.

A lo que la jueza agrega que, tratándose de prueba indiciaria, no existen otros elementos les brinden fuerza convictiva. Pero aún en esas condiciones, comparto con la jueza cuando considera que uno de los protagonistas de la supuesta conversación terminó por desvirtuar este argumento de la hipótesis defensiva.

Así, fue Luciano Morales quien negó categóricamente tener algún conocimiento de los teléfonos en cuestión (v. registro audiovisual, audiencia del 4/11/22 de las 8:48 hs., min. 00:13:34).

Finalmente, se advierte que las hipótesis que plantea la defensa para sustentar la inocencia del acusado, referidas al comportamiento de Torres Vera al momento del procedimiento policial, como la decisión comercial de su hermano –Matías Moyano Vera– de exhibir los teléfonos celulares en el local donde ambos trabajaban, son conjeturales, y no logran conmover la contundencia probatoria que sustenta la hipótesis acusatoria avalada en la sentencia impugnada.

Ello, en tanto, y como bien lo consideró la jueza de la instancia previa, se trata de comportamientos que pudieron deberse a múltiples razones, y no necesariamente a una falta de vinculación del acusado al desapoderamiento, como lo alega su defensa técnica.

c.- En definitiva, de lo expuesto advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria –descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jonathan Emmanuel Torres Vera.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de julio de 2023.-

16- BATOCHIA GUZMAN. 01-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AFA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcBGA.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°, 164, 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 4° del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Robo simple. Efracción. Principio de congruencia. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda y robo simple.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2335, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07025005-9/1((018601-43119)) FC/ BATOCHIA GUZMAN ALEJANDRO EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106251579*

En Mendoza, el día primero del mes agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07025005-9/1, caratulada "BATOCHIA GUZMÁN S/ CASACIÓN".

La defensa técnica de Alejandro Emanuel Batochia Guzmán interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la sentencia n° 2.335 emanada del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción que condena al nombrado a la pena de siete años de prisión como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda –en los autos P-43.119/21– (arts. 166 inc. 2, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2, todos del CP) y robo simple (art. 164 CP) antes calificado como robo con efracción –en la causa P-13.686/1–.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia previa, en los autos n° P-43.119/21 tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, el hecho individualizado en la pieza acusatoria en el que se refiere que «[e]l día 03 de Mayo de 2021, siendo aproximadamente las 23.15 hs en una plaza ubicada en calle Tirasso e Italia del Departamento de Guaymallén, arribaron a bordo de un vehículo Volkswagen Gol, color rojo dominio BHW-189, Batochia Guzman Alejandro Emmanuel y dos sujetos NN no individualizados a la fecha. Dos de los cuales descendieron del vehículo y abordaron a las víctimas Cristian Fabián Cortines Sosa y Agüero Villanueva Sofía Maricel y previo exhibirle uno de ellos un arma de fuego tipo revolver, tamaño chica, color negro y apuntarlos, les sustrajeron: un celular marca Motorola One Fusion, color azul, n° 26133412888, Movistar, una billetera de cuero color marrón la cual contenía su Documento Nacional de Identidad, carnet de conducir y tarjeta verde de su vehículo marca Renault 9, dominio STK-943, una tarjeta de débito del banco Nación, todo a nombre de Cristian Fabián Cortines Sosa y \$800 pesos en efectivo. Luego los tres sujetos se dieron a la fuga en el vehículo VW-Gol color rojo de tres puertas, dominio BHW-189, por lo que las víctimas emprendieron una persecución en su auto Renault 9, color celeste, dominio STK-943 y fueron por calle Roca. Los autores doblaron hacia el Oeste hasta calle Libertad y luego giraron hacia el Sur, donde se detuvieron. El mismo sujeto que los había apuntado con el arma, descendió del rodado y tras apuntarles a las víctimas con un arma de fuego, les efectuó un disparo al vehículo de éstas últimas, impactando el proyectil en la puerta delantera izquierda. Luego de la cual los

autores se dieron a la fuga» (véase expte. digital). Mientras que en autos nº P-13.686/19, el juez consideró probado que «[e]l día 17 de febrero de 2019, siendo aproximadamente las 01:30 horas, Lescano Lucero Lucas Matías junto con Batochia Guzman Alejandro Manuel (a) "El Rubio", ingresaron al interior al domicilio sito en la intersección de calle Tirasso y callejón Banco Nación, de Guaymallén Mendoza, tras ello se dirigieron hacia un departamento interno de la propiedad al que accedieron, tras forzarle la puerta de ingreso y romper (de la parte media hacia abajo) una pared de durlock, para sustraer un televisor marca Sony color negro tipo led, y darse a la fuga con el mencionado elemento. A escasos doscientos metros, personal policial que había arribado al lugar, logró la aprehensión de Lescano Lucero Lucas Matías, quien tenía en su poder la res furtiva» (véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el juez valoró las declaraciones de Carla Lescano, Juan Carlos Lescano y Graciela Lucero, el acta de procedimiento y el acta de secuestro (autos N° 13.686/19); las declaraciones del acusado, de Isabel Guzmán, Cristian Cortinez, Sofía Agüero y Laura Guzmán, el acta de procedimiento, el acta de retención vehicular y el informe practicado por el Laboratorio de Genética Forense (autos N° P-43.119/21).

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa técnica de Alejandro Batochia considera que la sentencia referida padece vicios de procedimiento, conforme lo establecido por el inc. 2 del art. 474 de la ley de rito. Ello, en razón de la violación de normas establecidas bajo sanción de nulidad absoluta.

En primer lugar, sostiene que la sentencia valora erróneamente la prueba incorporada al juicio oral, resultando así contradictoria. Por un lado, critica la valoración de la versión brindada por el acusado.

Por otro lado, ataca el razonamiento del juez en relación con la prueba de cargo, la cual considera insuficiente para condenar. También, explica la defensa, el juez sentenciante habría omitido incorporar a su razonamiento pruebas de descargo.

En segundo lugar, el recurrente menciona que se ha violado el principio de congruencia, toda vez que en la sentencia se han atribuido hechos que no constan en la acusación fiscal.

La defensa concluye que no se ha alcanzado la certeza necesaria para dictar una sentencia condenatoria, correspondiendo, en consecuencia, aplicar el principio in dubio pro reo. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (véase expte. digital). Después de resumir los argumentos defensivos, valida el análisis de la prueba llevado a cabo por el juez sentenciante y refuta los agravios esbozados por el recurrente.

En particular, tanto respecto de los autos N° 43.119/21 como de los autos N° 13.686/19 sostiene que la versión de los hechos brindada por el acusado fue debidamente analizada y de su estudio surgió que era inverosímil y contradictoria con pruebas objetivas. Por el contrario, en una y otra causa, la hipótesis de la acusación se encuentra respaldada en testimonios y elementos de convicción con peso propio.

Respecto de la violación del principio de congruencia, el Procurador General advierte que lo referido por la defensa se trata de un error material sin significancia en cuanto al mérito de los fundamentos brindados por el tribunal de juicio en la sentencia.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad. Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

a.- Consideraciones sobre la prueba que valida la hipótesis acusatoria y la consideración del descargo del acusado

Respecto de la prueba obrante en la causa, la defensa critica el razonamiento del tribunal de juicio en cada una de las causas en las que Alejandro Batochia resultó condenado. Seguiré este orden al efecto de contestar ordenadamente cada uno de los agravios.

El objetivo de la defensa es generar un estado de duda que conduzca a la revocación de la condena por aplicación del principio in dubio pro reo. Como veremos a continuación, este objetivo está lejos de ser alcanzado.

a.1.- La crítica defensiva en los autos N° P-43.119/21

La hipótesis defensiva se construye en esta causa con base en la declaración del acusado, quien manifestó que no se encontraba en el lugar de los hechos. Se reitera en esta instancia la visión de los hechos volcada en la etapa de los alegatos.

Me limitaré, en consecuencia, a analizar la respuesta brindada a esta objeción defensiva en la sentencia condenatoria. Temperamento este con el cual coincido por encontrarse correctamente desarrollado a partir de la prueba celebrada en el juicio.

El juez de la instancia previa consideró que estaba acreditado que el acusado se encontró en el lugar de los hechos el día y hora en que éstos ocurrieron.

Recordemos que en esta causa se le atribuye a Alejandro Batochia un hecho que fue calificado como robo agravado por la utilización de un arma de fuego apta para el disparo; acontecimiento llevado a cabo en división de tareas junto con otros cointervinientes y en el que se desplegó un alto grado de violencia para con las víctimas.

Este hecho se llevó a cabo el 3 de mayo de 2021 cerca de la medianoche en una plaza ubicada en calle Tirasso e Italia de Guaymallén. El vehículo utilizado para cometer el hecho fue un Volkswagen Gol. Cristian Cortines y Sofía Agüero después de ser asaltados iniciaron una persecución sin solución de continuidad, tomaron nota de la patente del vehículo y pasaron este dato a personal policial mediante una llamada al 911.

El llamado fue posible ya que el teléfono celular de Sofía Agüero no había sido sustraído. El Volkswagen Gol fue abandonado en las inmediaciones de la casa de la tía del acusado y posteriormente encontrado e identificado por el personal policial.

En ocasión en que los agentes se encontraban inspeccionando el automóvil fue que llegó al lugar su propietario: Gustavo Batochia, padre del acusado.

El juez destacó que se encontraba acreditado, en tanto indicio de culpabilidad del acusado en relación con el hecho que se le atribuye, que el vehículo era utilizado habitualmente por Alejandro Batochia. Esto surge: de su propia declaración (fs. 181/182); del informe practicado por la UID (fs. 38), donde se indica que el

vehículo era utilizado asiduamente por el acusado; así como del resultado del informe practicado por el Laboratorio de ADN al barbijo encontrado en la gaveta del rodado donde se halló su perfil genético (fs. 233/234).

Cabe decir que las víctimas declararon que al momento del robo uno de los intervinientes usaba un barbijo negro. A su vez, Cristian Cortines y Sofía Agüero describieron los rasgos fisonómicos de uno de los intervinientes –alto, delgado, joven, tez blanca, cabello claro, de unos veinticinco años–, los cuales coinciden con las características físicas de Alejandro Batochia. Pero Alejandro Batochia niega que él haya conducido el vehículo Volkswagen Gol esa noche y que, por ende, haya intervenido en el robo.

Sobre ello, el juez de la instancia anterior explicó que «mencionó el imputado que ese día cenó junto a sus padres, que su domicilio se encuentra en el barrio Lihue, aproximadamente a seis kilómetros de la casa de su tía, lugar donde fue dejado el automóvil utilizado en el hecho. Que siendo las 23.00 hs. aproximadamente su tía, Isabel, llamó por teléfono a su madre y le comentó que alrededor del auto se encontraba personal policial.

Que su padre fue para ese lugar en un taxi, él se acostó a dormir y no supo nada más del asunto hasta el otro día. Frente a diferentes preguntas respondió que para llegar a la casa de su tía es necesario hacerlo en un colectivo que tarda aproximadamente una hora.

Se le consultó si podía explicar quién habría utilizado el auto, manifestando: “yo soy una persona buena, presto el auto a todos mis conocidos. El auto se arranca con o sin llave, incluso se puede ingresar desde el baúl”. Detalló que debajo de un parlante además deja una copia de la llave por si alguno de estos allegados o conocidos quiere utilizarlo.

Sin embargo, a consultársele quiénes eran estos sujetos dijo no saberlo» (fundamentos, p. 5). Esta versión del acusado fue apoyada, a su vez, por testimonios brindados por sus allegados, en particular su madre (Laura Guzmán) y su tía (Isabel Guzmán).

La primera de las testigos señaló: «[e]staba en mi casa, estuve descompuesta, cociné, indispuesta en realidad. Hice la cena. Tipo siete de la tarde. Estaba con mi hijo. Él no había ido a trabajar ese día. No había nadie más en la casa. No recuerdo si tuve visitas. Luego cenamos, y después llegó mi esposo. No recuerdo el horario, él tiene horarios discontinuos de la salida del trabajo, él trabaja en la construcción. No tiene lugar fijo de trabajo.

Cociné hice un estofado de papas. No me acuerdo bien a qué hora llegó mi marido, venía descompuesto, lo dejó uno de mis hermanos, me dijo que dejó el auto en la casa de mi otro hermano porque estaba roto, el vehículo venía hacia bastante con problemas. Después cenamos los tres, Alejandro se va a su habitación, mi marido se recuesta. La hora de la cena debe ser ocho y media o nueve, no recuerdo.

Yo los espero temprano, porque a veces no almuerzan. Alejandro se queda en su habitación, yo estoy en la casa, y tipo no recuerdo bien, llama mi hermana Isabel, y nos dice... me llamo a mí, y me dice que la Policía estaba al rededor del auto, ella miró por la ventana, y después se lo pasó a mi marido y él decide ir para allá. Yo me quede en casa con Alejandro.

Mi marido se fue en taxi a ver lo del auto...volvió como a las cuatro de la mañana...yo no lo llame porque a él no le gusta que lo llamen”.

Por su parte, la segunda de las testigos expresó: “[y]o llegue de la casa de la abuela de mi hijo, antes de oscurecer, el tres de mayo. Llegué y estuvimos un rato ahí, me fui a mi habitación, eran como las 20, nos

acostamos temprano, me puse a ver tv. Escuche bulla no sé qué hora era, y cuando salí, era el auto de mi cuñado, la policía dijo que había pasado algo, empezaron a preguntar cosas, de horarios.

Pero mi cuñado dejó las llaves no sé qué hora era. No sé porque dejó el auto, mi hermano tiene el taller al fondo, no me acuerdo porque lo dejo, no me acuerdo... Mi cuñado vive como a media hora en auto, en micro hora y media. No sé porque lo dejo, era por algo de mecánica o electricidad. No sé por qué... Lo dejo temprano.

O sea, tarde noche...solo dijo gorda te dejo la llave y se fue». No obstante, el juez consideró que las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa eran inconsistentes. En primer término, el juez se preguntó retóricamente cómo fue posible que el vehículo fuera utilizado como vía de escape luego de cometer el delito si, en verdad, se encontraba averiado.

En segundo lugar, el juez opuso que si Gustavo Batochia estaba descompuesto y, además, padece varias afecciones crónicas –poliquistosis renal, diabetes e hipertensión–, para las cuales requiere cuidados varios –como comer cada determinada cantidad de horas, según detalló su esposa– no se explica por qué razón fue a buscar su vehículo, tomando un taxi de noche, a más de seis kilómetros de distancia, y no se encargó su hijo de sólo veinticinco años, sin problemas de salud, que en vez de, al menos acompañarlo, se acostó a dormir desentendiéndose del asunto.

En tercer lugar, el juez de la instancia anterior se preguntó, a los efectos de poner de relieve una nueva contradicción que si el vehículo no necesitaba llave para abrirlo –como sostuvo el imputado– no se entiende por qué motivo Gustavo Batochia tuvo que dejarle las llaves a su cuñada.

De hecho, explica el juez sentenciante, según la versión del imputado, no solo podía abrirlo quien quisiera, sino que además había un juego de llaves adentro, lo cual también fue revelado como mendaz ya que fue inspeccionado y dichas llaves no estaban. Finalmente, el juez constató una cuarta contradicción en los testimonios brindados por los familiares del acusado, esta vez, en relación con los horarios informados por los declarantes.

Así, explicó que «[n]o podría haber dejado Gustavo el auto donde fue hallado por la Policía a las 20 hs. aproximadamente, siendo que Haydee Aceituno, vecina del lugar, no lo vio cuando llegó a su casa a las 22 hs, pudiendo observarlo recién alrededor de las 23.45 cuando tocó a su puerta personal policial» (fundamentos, p. 5).

En suma, frente a los indicios de presencia en el automóvil utilizado para cometer el robo se suman una serie de contradicciones desarrolladas con precisión por el tribunal de juicio que debilitan la versión de los hechos brindada por el acusado al momento de realizar su descargo.

A la inversa, la prueba de cargo es contundente y no deja lugar a la duda.

En definitiva, todo el plexo probatorio apunta hacia un mismo lugar: la existencia del hecho y la intervención del acusado en el mismo. Por ello, corresponde validar el razonamiento del tribunal de juicio y descartar el planteo defensivo.

a.2.- Los agravios en el marco de los autos N° P-13.686/19

En esta causa se acusa a Alejandro Batochia por llevar a cabo un robo en el que sustrajo distintos objetos de un domicilio particular (véase detalle del hecho ut supra). Esto sucedió el día 17 de febrero de 2019 en horas de la madrugada. La defensa sostiene que la condena se fundamenta únicamente en los dichos de personas y testigos vinculados afectivamente al co-imputado Lucas Lescano –en rigor, sus padres y su

hermana— quienes no habrían conseguido ver a Alejandro Batochia en el lugar de los hechos. En consecuencia, independientemente de estos testimonios, no habría prueba alguna que colocara al acusado en el lugar de los hechos en el momento del robo.

Por su parte, el objeto sustraído fue hallado en un baldío y no en poder del nombrado, por ende, tampoco sería un elemento de cargo que pudiese ser tomado en cuenta. No obstante lo manifestado por la defensa, lo cierto es que, de la prueba obrante en autos surge, por un lado, que los testimonios de Carla Lescano, Juan Carlos Lescano y Graciela Lucero no han sido tachados de inverosímiles o parciales.

Respecto de Carla Lescano, el juez resaltó que esta testigo manifestó «que había salido a trabajar y que su hermano junto al imputado -el cual era amigo del primero- ingresaron a su domicilio con una llave que dejó en casa de sus padres. Que luego rompieron una pared de Durlak para acceder a su habitación y ahí sustrajeron un televisor» (fundamentos, p. 7).

Por su parte, en relación con lo manifestado por Juan Carlos Lescano, en la sentencia también se transcribió un tramo de su declaración, en la cual brinda detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el hecho. Nótese que este testigo no sólo individualizó a su hijo —Fabián Lucero—, sino también a Alejandro Batochia.

Explicó que tanto el acusado como su hijo tenían problemas de consumo de estupefacientes y de alcohol. Finalmente, Graciela Lucero se expresó en términos coincidentes con lo dicho por su marido y su hija (véase en detalle fundamentos, p. 7).

Por otro lado, si bien el televisor de la familia de Fabián Lucero no fue hallado en poder del acusado, esto se debió a que Juan Carlos Lucero comenzó a correr a los sujetos inmediatamente se dieron a la fuga con la res furtiva en dirección hacia el descampado —una viña— donde fue arrojado (véase acta de procedimiento de fs. 01, croquis ilustrativo de fs. 02/03 y acta de secuestro y entrega de fs. 42/43).

Finalmente, los testimonios anteriores fueron confirmados por uno de los miembros del personal policial, el Comisario Ramonda, quien hizo referencia al procedimiento practicado en el lugar, las manifestaciones espontáneas de los familiares de Fabián Lucero y el hallazgo del televisor en el descampado inmediatamente realizado el patrullaje en el descampado aledaño al lugar de los hechos.

En suma, tanto el hecho como la autoría se encuentran debidamente acreditados en la prueba incorporada a la causa, la cual ha sido correctamente valorada por el tribunal de juicio. Corresponde, en consecuencia, desestimar la crítica defensiva.

b.- Sobre la posible violación del principio de congruencia

Respecto de este agravio, coincido con lo manifestado por el Procurador General en su dictamen, cuando advierte que se trata de un error material.

En particular, la defensa sostiene que en el marco de los autos N° P-43.119/21 el juez sentenciante desconoció el principio de congruencia al imputar un hecho no contenido en la pieza de acusación.

En este sentido, objeta el contenido del siguiente párrafo: «Ambos elementos se encuentran presentes, toda vez que los imputados, junto a un tercer sujeto, ejercieron violencia sobre la víctima, golpeándolo y arrojándolo a una acequia, luego amenazaron a los presentes con armas de fuego, todo ello con el fin de apoderarse de las pertenencias de Núñez.

Finalmente, ante la intervención de Maximiliano Gutiérrez, uno de los coautores efectuó un disparo con el cual le ocasionó las lesiones constatadas a fs. 431. Esta última circunstancia acredita en forma indubitada

la aptitud para el disparo de al menos de una de las armas empleadas» (fundamentos, p. 8).

El planteo defensivo gira alrededor de este párrafo, del cual se derivan discordancias con el modo de ejecución, los intervinientes, los nombres de las víctimas y las lesiones a ellas ocasionadas contenidas en la pieza acusatoria.

Como es posible advertir, no estamos más que ante un error material, que se deduce directamente de los nombres de las víctimas, la referencia a las constancias de la causa y la modalidad de ejecución, así como el comportamiento atribuido a los cointervinientes.

La fuerza de la evidencia de tal constatación, así como que no se verifique otra referencia en el resto de la sentencia bien permite considerar a este párrafo como un error inmaterial –y por tal involuntario– del juez.

En consecuencia, no se pueden derivar de allí consideraciones materiales que hagan mella en sobre la validez de los fundamentos de la sentencia cuestionada con base en la violación del principio de congruencia.

c.- Conclusión

Sobre la base de lo señalado considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado y convalidarse en su totalidad la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alejandro Emanuel Batochia Guzmán y convalidar en su totalidad la sentencia N° 2335.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.).

17- LACROUX CARREÑO. 14-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230814_FcLCR.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Concurso ideal. Poblado y banda. Intervención. Disfraz – sotana, túnica negra- de sacerdote o misionero religioso. Chofer. Transportista. División de tareas o roles. Coautoría. Participación primaria. Criterios cualitativos. Criterios cuantitativos. Peso social de la aportación. Monto de la pena. Violencia. Vulnerabilidad. Logística. Extensión del daño.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **cinco años y seis meses de prisión** por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 tercer párrafo y art. 167 inc. 2 y art. 54 todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2392, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Coautoría. Participación.

- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf

Monto de la pena. Violencia. Graduación.

- Córdoba
- Olivera Castillo. 14-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221214_FcOCE.pdf
- Zapata Ojeda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=31>
- Luna Cisterna. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLuna.pdf

Parágrafos destacados

Voto Dr. Palermo: “Estas teorías se dividen entre las que plantean **criterios cualitativos** –existirían características inherentes a la autoría que la distinguen de la participación– y las que proponen **criterios cuantitativos** –la diferencia entre autores y partícipes sería una mera cuestión de cuánto hizo (o dejó de hacer) cada uno de los cointervinientes para el éxito de la empresa delictiva–. En mi caso, me encuentro más próximo a este marco teórico. Así, quienes hagan más serán autores y quienes hagan menos serán partícipes –y quienes hagan mucho menos serán cómplices o partícipes secundarios–. **Cuánto** hace cada uno se valora según el **peso social de la aportación**, el haz de deberes que atraviesa la específica posición jurídica del interviniente y otros factores simbólico-comunicativos que dotan de una especial relevancia al comportamiento en particular...”

“...es el **peso social del aporte** lo que distingue al autor del partícipe. De este modo, el autor sería quien tiene el poder de configurar lo característico del hecho, en tanto que el partícipe se ocuparía de lo accesorio...”

“...si bien la violencia sobre las personas es un elemento del tipo penal imputado, esta es **susceptible de gradación** y al verificarse un **plus de violencia** ha de también considerarse un injusto más grave que tenga su correlato en la pena a imponer. Ese criterio es coincidente con el sostenido por este Tribunal al respecto en diversos precedentes (véase, en lo pertinente, «**Córdoba**», «**Olivera Castillo**», «**Zapata Ojeda**», «**Luna Cisterna**», entre otros).

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio. (Licencia)

Fallo

CUIJ: 13-07045565-4/1((018602-37246)) COMPULSA DE P-7492/20 FC/ LACROUX CARREÑO ROGELIO ALAN, PONCE SEGURA NESTOR DAMIAN, CARTOFIEL MASRUR ABDON MANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y EN BANDA (37253) (37246) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106259204*

En Mendoza, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07045565-4/1, caratulada "F. C/ LACROUX CARREÑO Y OTS. S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Rogelio Alan Lacroux Carreño interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2.392 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de cinco años y seis meses de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 tercer párrafo y art. 167 inc. 2 y art. 54 todos del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[q]ue para fecha 24 de setiembre de 2.019, siendo aproximadamente las 10.30 horas, Néstor Ponce Segura, Rogelio Alan Lacroux Carreño, Abdón Manuel Cartofiel Masrur y Cristian Heriberto Romero, concurrieron al domicilio sito en Tiburcio Benegas n° 1001 de Ciudad de Mendoza, propiedad de María Evelina Chillemi, a bordo de un vehículo marca Ford Fiesta Kinetic color blanco dominio no colocado. Cartofiel se aproximó en primer lugar simulando ser un misionero religioso, vistiendo una túnica negra, a la empleada de la Señora Chillemi, Señora Argentina Tránsito Escudero, quien limpiaba la vereda de la propiedad, y con la excusa de querer saber sobre el estado de la Señora Chillemi, pidió hablar con la misma pero ante la negativa dada por Escudero, pidió un vaso de agua. Al regresar la misma con el vaso de agua, se aproximó otro sujeto quien, con la ayuda de Cartofiel, ingresaron a la Señora Escudero por la fuerza, tras lo cual irrumpieron en la propiedad junto a Cristian Heriberto Romero, permaneciendo Lacroux al mando del vehículo». «Una vez en el interior, los sindicados, redujeron a la Señora Escudero, atándola a una silla con una soga y la amordazaron con un pañuelo, quedando Cartofiel en custodia de la Señora Escudero, mientras que los sujetos restantes, se dirigieron hacia una de las habitaciones, donde se encontraba la Señora Chillemi junto con Nadya Soledad Segovia y Sara del Valle Baluk, empleadas de la víctima. En dicho lugar, Néstor Ponce, munido de un arma de fuego tipo revólver de color negro de tamaño corto y Cristian Heriberto Romero, arrojaron al piso a ambas mujeres en tanto que a la Señora Chillemi, que se encontraba acostada en su cama, la sujetaron de los pies y manos con una cinta adhesiva color marrón que llevaban

los sujetos, para luego revisar las pertenencias de las personas nombradas y buscar además los botones del control antipánico. Es entonces que Romero halló debajo del colchón de la cama de la víctima, un arma de fuego tipo revólver calibre 38 color gris de caño corto, cargada con seis municiones, el cual funcionaba para la ejecución de disparo, la cual empleó para amedrentar a las mujeres, apuntándole a la cabeza a la Señora Chillemi, al tiempo que le decía “querés que probemos que no anda” y exigiéndoles que entreguen sus pertenencias y dinero». «Seguidamente, Romero tomó del cabello a Sara del Valle Baluk y la llevó arrastrando hacia el baño, le propinó un puntapié en el abdomen y la arrojó dentro de la bañera del baño, en tanto que Ponce llevó a Nadya Soledad Segovia a la sala principal, ambos mediante la exigencia de entregar dinero y amenazando a las mujeres con hacerles daño a ellas y a sus familias. Intertanto, y alerta Ricardo Ángel Lonegro, personal de seguridad, de lo que estaba ocurriendo, concurrió a la vivienda de la Señora Chillemi, quien fue reducido por Cartofiel, mediante golpes de puño en el rostro y puntapiés en el cuerpo, tras lo cual ató sus manos y cubrió su boca y ojos, con una cinta adhesiva, dejándolo en el piso de la cochera, y sustrayéndole un celular Nokia viejo con botones con la pantalla rota de color negro con chip Claro de número de abonado desconocido». «A continuación, Cartofiel se aproximó a los demás sujetos, y al notar la presencia de cámaras en el domicilio, se cubrió el rostro avisando a los otros sujetos para que hicieran lo mismo».

«Finalmente, los sujetos mencionados, sustrajeron un celular marca Motorola modelo C, color negro, un celular viejo color negro con bordes rojos, un celular marca Motorola E 7, color azul con funda con un mandala de colores, un celular marca Samsung modelo J6 color dorado con un chip de la empresa Movistar línea n°15586930 con funda de color rosada tipo librito, esta funda tenía un dibujo de la abundancia con los dedos cruzados, tiene un sistema de huella y clave numérica, de fondo de pantalla tiene una foto de sus hijos con estrellas alrededor, nuevo, sin ningún detalle, un celular Nokia viejo con botones con la pantalla rota de color negro con chip Claro de número de abonado desconocido, un revólver calibre 38 largo caño corto color gris y dinero en efectivo, para luego darse a la fuga con la resurtiva, en el vehículo mencionado» (causa en autos N° 37.253/22, véase expte. digital).

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: las declaraciones testimoniales de Nadya Segovia; Argentina Escudero; Sara Baluk; Ricardo Lonegro y Cristian Díaz, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación

La defensa de Rogelio Lacroux interpone su recurso en función del art. 474, inc. 2 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales que ameritan su nulidad.

En concreto, sostiene que la intervención de Lacroux ha sido incorrectamente calificada en grado de coautoría, cuando de acuerdo con la prueba obrante en autos y el rol que le cupo en el delito, sería un mero partícipe.

En otro orden de ideas, sostiene que la pena aparece como desproporcionada en relación con el injusto del hecho atribuido. Agrega, en este sentido, que hubiese correspondido una pena menor que la impuesta, el mínimo de la escala penal, y en la modalidad de ejecución condicional. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Para el titular del Ministerio Público Fiscal la sentencia no adolece de vicios y la condena aparece como el resultado de un razonamiento ceñido a las reglas de la sana crítica racional.

En particular, refiere que, aún en caso de que se considerase que Rogelio Lacroux fue un partícipe primario en los hechos que se le atribuyen, en nada cambiaría la escala penal aplicable, por lo que el planteamiento deviene abstracto. No obstante, señala que el juez de sentencia explicó acabadamente las razones que lo llevaron a considerar que se trató de una coautoría.

Por último, el Procurador estima que se trató de un robo violento y que la pena está ajustada a la gravedad del injusto cometido, no apareciendo de ningún modo como arbitraria o desproporcionada. En suma, para el Procurador General, la sentencia correctamente fundada en los hechos y el derecho, por lo que considera que debe ser rechazado el recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rogelio Lacroux considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación. Paso a explicarlo.

La estrategia defensiva propone un doble cuestionamiento a la sentencia condenatoria.

Por un lado, critica el título de la **intervención** atribuido a Lacroux en tanto coautor.

Por otro lado, pone en crisis la razonabilidad de la **pena** impuesta al acusado.

Respecto de lo primero, la defensa articula un agravio central: un transportista del objeto del delito jamás podría ser tachado de coautor, acaso, debería ser considerado partícipe primario.

Al respecto, no se brindan mayores argumentos.

Antes que todo, me parece importante no perder de vista que, aunque coautor y partícipe primario son refutados con la misma pena en nuestro ordenamiento penal –y así también lo es en la mayoría de los códigos penales de nuestra tradición jurídica–, no es baladí calificar con uno u otro título una determinada intervención.

Por un lado, porque es posible derivar en uno y otro caso consecuencias sistemáticas diversas, si bien en mi caso soy partidario de realizar una aproximación metodológica idéntica a ambas categorías.

Por otro lado, porque **el sentido comunicativo de hablar de coautor o partícipe** evoca un diverso modo de apropiación del hecho delictivo: al **coautor** ha de corresponderle una **cuota mayor de responsabilidad** que al partícipe. Una vez delimitado el círculo de intervinientes en el delito –me refiero al colectivo que ha realizado prestaciones con sentido jurídico-penalmente relevantes– corresponderá distribuir responsabilidades; y esta distribución de responsabilidades se lleva a cabo mediante la distinción entre autores y partícipes.

Criterios para distinguir coautores y partícipes.

Sobre criterios para distinguir (co-)autores de partícipes y, dentro de estos últimos, a los partícipes primarios de los partícipes secundarios, se han escrito numerosas teorías.

Estas teorías se dividen entre las que plantean **criterios cualitativos** –existirían características inherentes a la autoría que la distinguen de la participación– y las que proponen **criterios cuantitativos** –la diferencia entre autores y partícipes sería una mera cuestión de cuánto hizo (o dejó de hacer) cada uno de los cointervinientes para el éxito de la empresa delictiva–.

En mi caso, me encuentro más próximo a este marco teórico. Así, quienes hagan más serán autores y quienes hagan menos serán partícipes –y quienes hagan mucho menos serán cómplices o partícipes secundarios–. **Cuánto** hace cada uno se valora según el **peso social de la aportación**, el haz de deberes que atraviesa la específica posición jurídica del interviniente y otros factores simbólico-comunicativos que dotan de una especial relevancia al comportamiento en particular. Volvamos ahora al caso de autos.

Rogelio Lacroux fue el encargado de conducir el vehículo en el que se desplazaron el resto de los acusados. El nombrado condujo el Ford Fiesta al lugar del hecho, aguardó a que se desarrollara el asalto y, una vez finalizado, facilitó la fuga. Este rol no puede considerarse marginal o periférico en relación con el resto de las aportaciones.

Este denominado por la defensa rol de transportista resultó **crucial** para la realización de un asalto especialmente virulento para con las víctimas.

En efecto, al ingresar al domicilio de calle Tiburcio Benegas n° 1001 de Ciudad de Mendoza, la banda se tomó su tiempo para amenazar, golpear, amordazar, identificar las cámaras de seguridad y revisar el lugar en busca de objetos de valor, despliegue que no podría haber sido realizado con tal tranquilidad y dedicación, si no hubiese sido porque les esperaba fuera Rogelio Lacroux listo para emprender la fuga, inmediatamente terminado el atraco.

Dicho de otro modo, la tarea asignada a Rogelio Lacroux en el marco de **la división de roles** que le cupo a cada uno de los asaltantes fue de una importancia central para configurar la forma final del robo.

Así lo entendió el juez sentenciante en ambas causas, al determinar que los asaltos fueron coordinados y ejecutados en división de tareas.

En la sentencia puesta en crisis se siguió la doctrina sentada en «**Hisa**» y se afirmó que la distinción entre quienes organizan un evento criminal y que conforman un colectivo, es cuantitativa y no cualitativa, puesto que es el **peso social del aporte** lo que distingue al autor del partícipe. De este modo, el autor sería quien tiene el poder de configurar lo característico del hecho, en tanto que el partícipe se ocuparía de lo accesorio (véase, fundamentos, p. 10).

Y, en particular, respecto de la intervención de Rogelio Lacroux en los autos N° P37.253/22, el juez sostuvo que «quien interviene en el colectivo delictivo, asumiendo la tarea de llevar a los autores al lugar del hecho, aguardar en la puerta, comunicar las novedades, alertarlos de que deben salir y trasladar a alguno de ellos en la huida, realiza un aporte que configura lo característico del hecho ideado y por lo tanto, debe asumir el carácter de co-autor, como lo pretende el Ministerio Público Fiscal» (véase, fundamentos, p. 11). Coincido con este punto de vista.

En suma, respecto de este primer tramo del recurso, considero que no le asiste razón al recurrente, por lo que corresponde confirmar el temperamento del juez de sentencia en relación con el título de la intervención dado al comportamiento de Rogelio Lacroux, en tanto coautor.

Dicho esto, corresponde responder el segundo agravio articulado por el recurrente, vinculado con la medida de la pena y la modalidad de ejecución condicional, la cual, según la defensa, correspondería aplicar en el presente caso.

El recurrente advierte que, al momento de individualizar la pena, el juez no tuvo en cuenta una serie de circunstancias atenuantes de la culpabilidad que, de ser consideradas, hubieran conducido a la aplicación del mínimo de la escala penal con consecuencias precisas en relación con la modalidad de ejecución –la imposición de una pena en suspenso–.

Bien, analizada la sentencia puesta en crisis a la luz del planteo de la defensa y las constancias de la causa, surge clara la refutación de sus alegaciones. Ello, en tanto las circunstancias personales del acusado, así como la **naturaleza de la acción**, los **medios empleados** para llevar a cabo el delito, la **extensión del daño** causado y la **violencia desplegada** fueron especialmente analizadas por el juez sentenciante al momento de desarrollar la tercera cuestión relacionada con la pena a imponer a Lacroux.

Plus de violencia

El juez puso de relieve que el hecho atribuido en el marco del expediente n° 37.253/22 fue sumamente violento y que, si bien la violencia sobre las personas es un elemento del tipo penal imputado, esta es **susceptible de gradación** y al verificarse un **plus de violencia** ha de también considerarse un injusto más grave que tenga su correlato en la pena a imponer. Ese criterio es coincidente con el sostenido por este Tribunal al respecto en diversos precedentes (véase, en lo pertinente, «**Córdoba**», «**Olivera Castillo**», «**Zapata Ojeda**», «**Luna Cisterna**», entre otros).

Así, se acreditó que los autores golpearon a las víctimas de manera insistente, pretendiendo que les dijeran dónde se encontraba el dinero. Así, el juez destacó que «[e]n este punto debe ponerse de resalto el grado de violencia moral utilizada, desde que amenazaban con hechos extremadamente intimidatorios, como es la circunstancia de cortarle un dedo a la víctima; o consecuencias dañosas sobre familiares de las atacadas» (véase, fundamentos, p. 15).

Vulnerabilidad de la víctima

En la sentencia se agrega que las agresiones fueron efectuadas sobre personas con cierto nivel de **vulnerabilidad**: «Ya, el solo hecho de que sean mujeres, facilita el ejercicio de la fuerza ante la menor resistencia por la mayor debilidad física propia del género. Además de la circunstancia evidente de que la Sra. Chillemi se encontraba enferma y recientemente operada» (véase, fundamentos, p. 15).

Logística utilizada

Por otra parte, el juez destacó que «la **logística utilizada** en el evento criminal, también aumenta el grado de injusto. En efecto, es indudable que los autores han logrado información que los dirigía directamente hacia el objetivo, conociendo la inclinación religiosa de la víctima; la posibilidad de tener dinero en su casa; y las relaciones familiares incluso del personal que trabajaba con ella. La utilización de un disfraz evidencia esa logística y las maniobras para consumir el hecho».

Extensión del daño

Además, el juez explicó que la **extensión del daño** causado también justificaba la agravación de la pena, no sólo por las pérdidas materiales denunciadas, sino también el estado de salud de las víctimas: «En el juicio pudimos advertir las secuelas de las mujeres que sufrieron la agresión, como por ejemplo los ataques de pánico por mucho tiempo» (fundamentos, p. 15). Dicho esto, la pena aparece como razonable y ajustada a la gravedad del injusto y la culpabilidad del acusado.

Por otro lado, debe decirse que la pena de cinco años y seis meses de prisión se encuentra más cerca del mínimo que del máximo de la escala penal, cuyos topes oscilan entre los tres y los diez años de prisión.

Habida cuenta de ello, no encuentro motivo alguno para invalidar este tramo de la sentencia.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar negativamente a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: En la misma línea que mi colega de Sala, considero que corresponde rechazar el recurso del recurrente y confirmar la sentencia puesta en tela de juicio.

En particular, respecto de la crítica articulada por la defensa contra el grado de intervención de Lacroux en el hecho que se le atribuye, estimo que su refutación no requiere entrar en la discusión teórica que atraviesa el tema, sino que el rechazo surge a partir del atento análisis de la prueba que fundamenta el recorrido lógico del juez sentenciante.

Dicha prueba, examinada con minuciosidad por el ministro preopinante, es contundente y suficiente para encuadrar el comportamiento del acusado en las previsiones del art. 45, primera parte, del CP.

En otras palabras, en el caso analizado y de acuerdo con la plataforma fáctica acreditada, queda fuera de toda duda que el comportamiento del acusado implicó un tomar parte en la ejecución del hecho que debe considerarse como de coautoría.

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa particular de Rogelio Alan Lacroux Carreño y confirmar la sentencia nº 2.392 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 14 de agosto de 2023.-

18- NUÑEZ. 28-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231128_FcNCF.pdf

Lex: Art. 166, 2° párrafo, 1° supuesto, 55 y 189 bis, inc. 2, 1° párrafo, 41 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma. Concurso real. Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional. Monto de la pena. Fin de la pena. Finalidad retributiva limitada por la culpabilidad del autor.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** más pago de costas y accesorias legales por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (causa P-128.250/21) en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional (causa P-133.349/21) –conf. arts. 166, 2do párrafo, primer supuesto, 55 y 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP–.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2507, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Córdoba, Jorge Antonio
- Lobos Gras. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Lobos Gras. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf
- Ibáñez B.. 30-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_Plenario%20Ibanez.pdf
- Ibáñez B.. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_Ibanez.pdf

Doctrina citada.

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116

D’ALESSIO, Andrés J. (Director) - **DIVITO**, Mauro (Coordinador), Código Penal comentado y anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423

Parágrafos destacados

“En primer lugar, debe considerarse que esta Sala Segunda ha sostenido que, en lo que a la cuestión vinculada con la determinación de la pena respecta, si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del CP constituyen parámetros que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes...” (Dr. Palermo).

SCJM. Dres.: **Palermo**. Adaro. Valerio.

Fallo

CUIJ: 13-07185333-5() FC. C/ NUÑEZ CREDI, FRANCO P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA IMPROPIA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA DE FUEGO P/ CASACION *106349388*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07185333-5 caratulada “F. c/ NÚÑEZ CREDI, FRANCO P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA IMPROPIA EN COCNURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA DE FUEGO S/ QUEJA”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Franco Nahuel Núñez Credi interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.507, y sus fundamentos, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en los autos n° P-128.250/21 y P133.349/21, en tanto se condena a aquél a la pena de siete años de prisión más pago de costas y accesorias legales por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (causa P-128.250/21) en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional (causa P-133.349/21) –conf. arts. 166, 2do párrafo, primer supuesto, 55 y 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP–.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal tuvo por acreditado, por un lado, el hecho acusado en la causa n° P128.250/21, esto es, que «[...] el día 9 de diciembre de 2021, siendo aproximadamente las nueve cincuenta horas, Franco Nahuel Núñez Credi ingresó al domicilio sito en Barrio Armando Tejada Gómez, Manzana A, Casa 9 de Guaymallén, propiedad de la víctima de autos [...] bajo el pretexto de realizar una compraventa de muebles. Siendo las doce horas aproximadamente, Núñez Credi extrajo del interior de la mochila un arma de fuego tipo revólver color plateado, fino, de unos 20 cm de largo aproximadamente, apuntó a las víctimas, las tomó del cuello y comenzó a amenazarlos. Les exigió la entrega del dinero que tuvieran en su vivienda y lo arrojó al piso, propinándole golpes de puño y dos puntapiés, golpeándolo con el arma que portaba. En dicho momento ingresó al domicilio “NN” o “Walders”, sujeto no habido ni individualizado, quien se sumó al actuar de Núñez y comenzó a golpear a la víctima exigiéndole la entrega de dinero, sustrayendo un anillo de oro con strass, un teléfono marca LG color negro número 2612151414, de la empresa Movistar a nombre de Marisa Herrera, un teléfono celular marca iPhone modelo 13 color plateado, una guitarra eléctrica marca Cort, modelo Les Paul de color negro con la funda de igual color, un bajo eléctrico marca Fabio Patiño modelo zonda color rojo, un charango marca Javier López color marrón claro, un extensor de wifi marca TPLINK color blanco y un adaptador de internet Wireless inalámbrico. Inmediatamente después se hizo presente en el domicilio indicado [...] tío de la víctima de autos, quien fue maniatado con precintos y agredido con golpes de puño y puntapiés en la zona costal por ambos autores, también le dieron golpes

con un elemento contundente [...] y le sustrajeron un teléfono marca Motorola color gris plomo con funda negra y tapa plástica blanca, [...] un juego de llaves perteneciente al vehículo Fiat Idea [...], carnet de OSEP [...] y 500 pesos en efectivo. Una vez que los sindicados tuvieron las cosas en su poder se dieron a la fuga con las mismas [...]» –conf. audiencia del 20 de diciembre de 2022, video 3, min. 01:11:10 a 01:13:47–.

Por otro lado, tuvo por acreditado que en la causa n° P-133.349/21 «[...] el encartado [en alusión a Núñez Credi] tenía en su tenencia un arma de fuego de uso civil sin tener autorización para portarla [...].

En su domicilio sito en el Barrio La Favorita de Mendoza, al producirse el allanamiento ordenado en los autos n° 128.250/21, se procedió a encontrar en poder del encartado una pistola Bersa cal. 22 [...]»–conf. audiencia del 20 de diciembre de 2022, video 3, min. 01:23:22 a 01:47:35–.

Para ello tomó en cuenta, entre otras pruebas, el acta de allanamiento de fs. 50/51, el informe de Policía Científica n° 5019/21, la declaración de las víctimas y las declaraciones de Gonzalo Jesús Menollo, Germán Azcurra y Ana Laura Mendoza González.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El recurso de casación no impugna la acreditación de los hechos ni la autoría de Núñez Credi, sino que cuestiona la pena impuesta.

Entiende que la determinación del monto de pena dispuesto carece de fundamentación, y que la valoración que realizó el tribunal fue contraria a las reglas de la sana crítica y a los criterios establecidos en los arts. 40 y 41 del CP, así como a los principios de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad.

Solicita, por ello, la reducción de la pena. Afirma que la pena impuesta no contempló la falta de antecedentes penales del acusado, ni tampoco el ofrecimiento que le efectuó la representante del Ministerio Público Fiscal –y que el acusado rechazó– de realizar un juicio abreviado donde se lo condenase a cinco años de prisión –y no a siete, como finalmente se impuso–.

Considera la defensa que las circunstancias agravantes que menciona la sentencia son erróneas, puesto que las circunstancias personales del acusado –tales como su edad o educación– deben ser analizadas como agravantes o atenuantes según resulte de su relación con el efecto esperado del tratamiento penitenciario. En el caso, salvo la juventud del acusado, todas las demás circunstancias personales fueron valoradas negativamente, para agravar la pena.

Así, la educación de Núñez –secundario completo– y el deseo que expresó de trabajar como electricista fueron valoradas por el tribunal como agravantes: porque no se trata de un analfabeto, sino de una persona culturizada que podía comprender la criminalidad del acto, dirigir sus acciones y decidir trabajar. Considera la defensa que tal conclusión omite otras circunstancias personales del acusado, como sus problemas de adicción, falta de trabajo estable y de cobertura asistencial; así como las circunstancias sociales generales, con más del cincuenta por ciento de la población del país en situación de dificultad para ganarse el sustento.

Encuentra que las conclusiones del tribunal en este punto son contrarias al sentido común y arbitrarias. Pero, aun cuando se considerase que Núñez Credi era un electricista solvente económicamente, afirma la defensa que esto no podría ser tomado como un agravante, puesto que no se trata de un extremo vinculado con las pautas objetivas a considerar según el art. 41 del CP.

Además, la falta de dificultades para ganarse el sustento redundaría en una menor necesidad de pena según razones preventivo-especiales. Lo mismo, refiere la defensa, ocurre con la ausencia de adicciones, que el tribunal consideró como un motivo para agravar la pena puesto que no fue demostrada la vinculación entre la drogodependencia y el hecho.

Al respecto, afirma que el vínculo entre drogadicción y delitos contra la propiedad es claro y objeto de estudios académicos, y que se trata de una enfermedad que condiciona la vida, comportamiento y decisiones y no requiere que el acusado se encuentre drogado al momento del hecho. Solicita que esto sea considerado como una circunstancia atenuante, acreditada según informe del Cuerpo Médico Forense.

Por último, considera que la sentencia incurre en argumentos propios del derecho penal de autor puesto que alude a circunstancias de la personalidad del acusado que demostrarían su culpabilidad y peligrosidad, a la vez que falta de arrepentimiento.

Considera la defensa que el profesional interviniente del Cuerpo Médico Forense indagó al acusado sobre circunstancias no vinculadas al hecho, excediendo sus atribuciones y violando el debido proceso buscando una confesión y arrepentimiento.

Ello, demuestra falta de objetividad de aquel profesional, puesto que le preguntó concretamente por su participación en el hecho, en exceso de lo previsto por el art. 97 del CPP. Invoca la defensa la reserva protegida constitucionalmente –art. 19 CN– y solicita que se tomen en consideración los efectos desocializantes de la pena.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso debe ser rechazado.

Ello, en tanto fueron incluidos en la determinación de la pena todos los aspectos que hacen a su atenuación, sin omisión de ninguna circunstancia que pudiera vulnerar los derechos y garantías del acusado. Señala que el razonamiento jurisdiccional resultó ajustado a la sana crítica racional, basado en el derecho sustantivo vigente y en la normativa procesal.

Frente a ello, las críticas planteadas por la defensa reflejan, a su criterio, una discrepancia con los fundamentos del tribunal, antes que un cuestionamiento que demuestre vicios en la decisión. En función de lo expuesto, estima que la sentencia cuestionada debe ser convalidada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi criterio corresponde desestimar el recurso de casación planteado por la defensa de Franco Nahuel Núñez Credi.

Ello en tanto los argumentos planteados por la defensa no logran hacer mella en la sentencia impugnada. De manera preliminar, debe tenerse presente que a Núñez Credi se lo condenó, además del hecho calificado como robo agravado por el uso de arma, por otro hecho calificado como tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional.

En función de diversas circunstancias vinculadas con las características de los hechos por los que fue condenado, así como la culpabilidad del acusado, la pena de siete años de prisión impuesta resulta adecuada.

En este sentido, existen motivos sólidamente fundados que avalan esta afirmación.

Art. 41 del CP

En primer lugar, debe considerarse que esta Sala Segunda ha sostenido que, en lo que a la cuestión vinculada con la determinación de la pena respecta, si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del CP constituyen parámetros que el juez debe seguir para delinear la pena que considere

adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes (ver, al respecto y entre otros, **«Córdoba, Jorge Antonio», «Lobos Gras»**).

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «[...] de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso». Según entiende la doctrina, el art. 41 del CP enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (**ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D'ALESSIO, Andrés J. (Director) - DIVITO, Mauro (Coordinador), Código Penal comentado y anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423**).

En segundo lugar, debe referirse que, de la compulsión de los registros audiovisuales, surge que el tribunal de la instancia previa explicó que la pena tiene un fin retributivo limitado por la culpabilidad del autor – de forma concordante a los distintos votos expresados en el **«Plenario Ibáñez Benavídez»** de esta Suprema Corte de Justicia y más allá de otras finalidades que también cumple la pena–, y aplicó la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal –siete años de prisión– en lugar de la planteada por la defensa – cinco años de prisión, el mínimo aplicable al caso–.

El tribunal destacó que las partes disentían sobre considerar ciertas circunstancias como atenuantes o agravantes, y que la edad del imputado y su carencia de antecedentes penales operaban como atenuantes que alejaban la pena del máximo, esto es, diecisiete años de prisión –ver audiencia del día 20 de diciembre de 2017, min. 01:30:37 a 01:34:00–.

Agregó que la gravedad de los hechos se situaba en el tercio menor de la escala y que la pena solicitada por la acusación era cercana al mínimo. Y meritó como circunstancias agravantes el aprovechamiento que en una de las causas el acusado hizo de la situación personal de la víctima, cuyo padre había fallecido una semana antes y se encontraba en la incómoda posición de rematar urgentemente todos sus bienes.

Frente a ello, el acusado le dijo que le colaboraría con la venta y aprovechó la situación para robarlo; extremo que adecuadamente fue considerado negativamente por el tribunal –ver audiencia, min 01:34:00 a 10:39:06–.

Si se toma en consideración que el mínimo de la escala penal para casos de concurso de delitos está conformado por el mínimo mayor de los delitos que concurren (art. 55 del CP), en este caso la escala parte de cinco años de prisión (conf. art. 166, inc. 2, primer párrafo del CP).

A Núñez Credi se le impuso una pena de siete años de prisión, es decir, muy cercana al mínimo de la escala aplicable.

Frente a ello, el tribunal ha brindado razones que se vinculan a la modalidad de comisión del delito –esto es, con aprovechamiento de la confianza de la víctima y de sus circunstancias personales–.

La existencia de circunstancias atenuantes propuestas por la defensa no resulta suficiente para conmover la razonabilidad de esa pena, en la medida en que –como se señaló– el tribunal la ha situado en el tercio menor de la escala penal aplicable.

De manera que, sin perjuicio de la solidez de las razones que invoca la defensa, la justificación de la sentencia condenatoria luce adecuada y no resulta conmovida por las críticas planteadas.

En definitiva, la sentencia no luce arbitraria ni erróneamente motivada, y la defensa no ha logrado erigir críticas que justifiquen con solidez la imposición de una pena de menor cuantía.

La impugnación luce como un cuestionamiento propio del rol de la parte en el proceso, antes que como una crítica capaz de mostrar que el monto de siete años de prisión impuesto causa agravio a la parte.

De manera tal que la pena impuesta luce adecuadamente motivada y ajustada a la responsabilidad de Núñez Credi en el hecho, sin perjuicio de las críticas planteadas por la defensa en su impugnación, las que no logran poner en crisis aquel monto determinado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Franco Nahuel Núñez Credi.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

58- ORTEGA. 29-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	FS	-	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231129_FcORP.pdf

Lex: Art. 42, 163 inc. 6°, 92 en función del art. 80, 149 bis, 1° párrafo y 183 del CP. CADH. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Convención contra la Tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas.

Vox: Hurto agravado. Vehículo dejado en la vía pública. Tentativa. Lesiones leves agravadas por ser provocadas a un miembro de las fuerzas policiales. Amenazas. Daño. Debido proceso. Valoración de la prueba. Monto de la pena. Determinación de la pena. Principio de legalidad. Principio de congruencia. Cambio de calificación legal. Derecho de defensa. Funcionario público.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **un año y seis meses de prisión** por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa, lesiones leves agravadas por ser provocadas a un miembro de las fuerzas policiales, amenazas y daño (conf. arts. 42, 163 inc. 6°, 92 en función del art. 80, 149 bis, párrafo primero y 183 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1905, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Bizaguirre Moreno. 12-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230712_FcBMJ.pdf
- Barrionuevo. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Gómez Muñoz. 24-10-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181024_FcGMS.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07235556-8/1((028601-5121)) FC/ ORTEGA RAMOS P/ ROBO SIMPLE EN GDO TENT. Y P-5503/21 FISCAL C/ ORTEGA RAMOS P/ DAÑO AGRAV (5121) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106393938*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07235556-8/1 caratulada "F. c/ ORTEGA RAMOS, ARIEL LEÓNIDAS P/ DAÑO AGRAVADO.... (5503/21) S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Ariel Leónidas Ortega Ramos interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.905 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en las causas n° P-5.121/23 y P-5.503/23, a la pena de un año y seis meses de prisión por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa, lesiones leves agravadas por ser provocadas a un miembro de las fuerzas policiales, amenazas y daño (conf. arts. 42, 163 inc. 6°, 92 en función del art. 80, 149 bis, párrafo primero y 183 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

causa n° P-5.121/23

En la causa n° **P-5.121/23**, el juez de la instancia previa tuvo por acreditado que «[...] el día 13 de enero de 2023 a la hora aproximada de las 11.28, en la esquina de calles 3 de febrero y Coronel Suárez de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, Ariel Leónidas Ortega Ramos intentó sustraer una bicicleta Marca Firebird modelo MTB-ROD rodado 27.5 de 24 velocidades con número de individualización PEL 1702154310 que Agustín Fernández dejó atada con un candado a un poste ubicado en la esquina sur-oeste de la intersección, sobre la vereda, mediante maniobras sobre dicho candado con un trozo de rama de árbol, objetivo que no pudo lograr por el sistema de seguridad que protegía al biciclo. Al fracasar la sustracción, Ariel Ortega Ramos huyó del lugar en dirección a la esquina de calles 3 de febrero y Avenida Irigoyen, siendo perseguido por los efectivos policiales Hugo Luna y Pablo González, quienes lo aprehendieron en calle 25 de mayo a la altura del numeral 43. Para evitar la aprehensión, Ariel Ortega Ramos tomó al efectivo Hugo Luna del casco que protegía su cabeza y lo arrojó sobre la calzada, causándole las siguientes lesiones: a) "Hematoma de 3 cm. de diámetro en cara posterior de brazo derecho tercio inferior"; b) Excoriación de 3 por 1 cm. en cara posterior de codo derecho; c) "Hematoma de 3 por 2 cm. en cara posterior de antebrazo derecho (tercio superior)"; d) "Tumefacción y dolor a la movilidad falange proximal de dedo medio de mano derecha"; e) "Excoriación de 4 por 3 cm. en cara anterior de rodilla derecha". Lesiones que no pusieron en peligro su vida. Una vez aprehendido Ariel Ortega Ramos, le expresó a Pablo González "yo a vos te conozco vivías en los monoblock y sé que ahora vivís cerca, tengo

un arma en mi casa y te voy a cagar a tiros a vos y a tu hermana que sé que también es policía, ya vas a ver cuando salga de la comisaría voy a ir a buscar a tu familia” [...]» (ver fundamentos de la sentencia, pág. 4).

Para así decidir, el juez tuvo en cuenta que «[...] tanto las maniobras tendientes a sustraer la bicicleta como su ejecución a manos de Ortega encuentran suficiente respaldo probatorio.

En efecto, el imputado fue detenido en las inmediaciones del lugar del hecho (a 300 metros aproximadamente), luego de una persecución que comenzó a 100 metros del lugar del emplazamiento del biciclo (Luna explicó el primer contacto visual en la esquina de calles Irigoyen y 3 de febrero), vistiendo una remera similar a la informada (se detalla el color celeste en el acta de procedimiento y el testigo Luna declaró que era azul), conformándose un importante indicio.

Pues efectivamente el imputado estaba en las inmediaciones y huyendo desde el lugar del biciclo hacia la avenida Irigoyen.

Además, el testigo Ezequiel Aranda que llamó al CEO, explicó en el debate que reconoció al acusado en el lugar, maniobrando sobre la bicicleta, porque lo conocía por sus actuaciones funcionales anteriores llevadas a cabo por su condición de Policía Federal.

Luego, el señalamiento de Aranda está plenamente corroborado por la detención del imputado en las inmediaciones del lugar con una vestimenta que fue previamente informada en las comunicaciones del CEO. No ofrece duda alguna que estamos en presencia del autor del hecho investigado [...]» –fundamentos, pág. 3–.

Además, debe señalarse que el juez valoró, entre otros elementos de prueba, el informe del CEO agregado a la causa, la declaración de Pablo González, Hugo Luna, Nadia Orrego, Ezequiel Aranda.

causa P-5.503/23

Por otra parte, en la **causa P-5.503/23** el juez consideró acreditado que «[e]n fecha 14 de enero de 2023, aproximadamente a las 10.00 hs. en el domicilio sito en la vereda Oeste de calle Buenos Aires n° 81 de San Rafael, Mendoza, donde se encuentra la sede de Comisaría 32° de la Policía de Mendoza el sospechado Ortega Ramos Ariel Leónidas quien se encontraba aprehendido en la mentada comisaría, al momento en que iba a ser trasladado en el móvil n° 3087 de aquella comisaría, previo a ser introducido en el calabozo de dicha movilidad, le propinó una patada en guardabarros trasero del lateral derecho [...] ocasionándole hundimiento con bordes irregulares y abrasiones lineales verticales de 13 cm aproximadamente, en el sector medio [...] todo ello como consecuencia de encontrarse aprehendido [...]» –fundamentos, págs. 6/7–.

Para llegar a esta conclusión, valoró principalmente el acta de procedimiento n° 180/23, la declaración de los efectivos policiales Alexis Marcial y Dana Sánchez, y el informe de Policía Científica n° 53/23.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Ariel Leónidas Ortega Ramos funda su recurso en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por considerar que la sentencia condenatoria adolece tanto de vicios sustantivos como procedimentales.

Refiere que la sentencia ha puesto en crisis el debido proceso legal, así como los principios de legalidad, inocencia, defensa y congruencia, puesto que la fiscalía obró con notoria parcialidad al investigar y llevar a juicio esta causa, sin atender la denuncia por **apremios ilegales y vejaciones** que realizó el acusado.

Esta conducta procesal buscaría cubrir una brutal golpiza que efectivos policiales le propinaron al acusado en la Comisaría 32 de San Rafael, hecho en el que los policías dijeron ser agredidos por el acusado, sin que haya testigos de tales supuestas agresiones.

Mientras que las lesiones de Ortega Ramos eran visibles: por un lado, el diario Info Ya publicó fotos de

policías con las rodillas sobre la cabeza del acusado, esposado; por otro, en la audiencia de acusación el juez ordenó que se brindara asistencia médica al acusado.

En cuanto a la valoración de la prueba, señala que el principal testigo –que no identifica– era policía y se contradijo, puesto que durante la investigación dijo que no conocía al acusado, pero en el debate dijo que lo conocía de toda la vida.

Además, dijo que lo vio intentar romper el candado con un caño, cuando lo que tenía Ortega Ramos era en realidad una ramita.

Considera que hay contradicciones sobre el orden en que llegaron los policías y la afectación de un móvil que no pertenecía a la dependencia policial.

Señala que el acusado desistió voluntariamente del delito de robo que intentaba.

En este sentido, niega que el delito no se consumara porque llegara un móvil.

Sostiene que hubo dos actas de procedimiento y ambas dan cuenta de que todos los policías intervinientes estaban a más de cuatro cuerdas de distancia del lugar del hecho.

También señala que el acusado fue condenado por tentativa de hurto agravado, lesiones agravadas y daño, aunque la fiscalía no mantuvo la acusación por el delito de lesiones.

Por último, impugna la determinación de la pena, por considerar que no se asienta en fundamentos justificados. Por todo lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso y se anule la sentencia impugnada.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado.

Ello, por cuanto la sentencia muestra una valoración razonada de la prueba, que fue considerada de modo conjunto e integral.

Los agravios planteados aparecen infundados y no logran revertir la acreditación irrefutable de los hechos y de la intervención del acusado en ellos.

Considera que **no se verifican violaciones a las garantías constitucionales** que invoca el defensor, puesto que los hechos por los que resultó condenado Ortega Ramos son los mismos por los cuales fue acusado.

El tribunal sostuvo que la acusación por tentativa de robo agravado debía variar hacia tentativa de hurto agravada, lo que resulta más beneficioso para el acusado.

Señala que tal **cambio de calificación** se encuentra permitido por el art. 413 del CPP y no afectó la defensa del acusado.

En cuanto al **desistimiento voluntario** que invoca la defensa, considera que esa parte no explica por qué habría ocurrido ni existe respaldo probatorio alguno, en la medida en que la prueba demuestra que la huida de Ortega Ramos se produjo por no poder vencer el sistema de seguridad que protegía la cosa.

Las pretendidas contradicciones en que habría incurrido el testigo que dio intervención al CEO no demuestran animosidad alguna ni guardan relación con el hecho, considerando que sin perjuicio de que conociera de antes o no al acusado, no modificó las circunstancias en que se desplegó el accionar delictivo.

Agrega que en la sentencia el juez también valoró correctamente prueba que acreditó las lesiones y amenazas ocasionadas a un efectivo policial, así como los daños producidos.

En cuanto a la determinación de la pena, afirma el Procurador que el agravio se limita a mencionar una crítica, sin señalar cuáles serían los fundamentos arbitrarios que causan gravamen.

Frente a ello, entiende que la pena luce debidamente justificada en la sentencia, sin que el monto de pena impuesta luzca desproporcionado.

Por último, en relación con la cuestión planteada relacionada con la supuesta parcialidad demostrada por

la Fiscalía y la golpiza que habría recibido el acusado por parte de personal policial, cabe referir que, tal como surge en la sentencia, dicha circunstancia es materia de investigación en otro proceso, en virtud de la denuncia del encartado.

En función de las consideraciones expuestas, estima que la sentencia cuestionada por la defensa resulta un acto jurisdiccional válido que debe ser mantenido como tal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa de Ariel Leónidas Ortega Ramos, adelanto que a mi criterio corresponde desestimar la impugnación.

Ello, en tanto los argumentos planteados por la defensa no logran hacer mella en la sentencia impugnada. De manera preliminar, debe señalarse que la defensa sólo ha cuestionado aspectos de la sentencia vinculados con la causa nº P-5.121/23, más **no** con la causa nº P-5.503/23.

En este sentido, los cuestionamientos de la defensa giran en torno a dos ejes centrales relacionados con aquélla primera causa:

a) considerar vulnerado el **debido proceso** seguido contra el acusado, en función de una supuesta falta de objetividad del Ministerio Público Fiscal y de una violación al principio de congruencia por parte del tribunal; y,

b) atacar la **valoración probatoria** realizada por el tribunal y, con ello, negar que el hecho pueda ser calificado como robo y afirmar que se trató de una tentativa de hurto desistida voluntariamente por el acusado.

c) Por su parte, y de manera común a las dos causas, la defensa también cuestiona la **determinación de la pena impuesta** (c).

Ahora bien, la revisión de los registros audiovisuales del debate y de la fundamentación de la sentencia conducen, como se adelantó, a desestimar cada uno de estos agravios. Veamos.

a-Debido proceso legal

a.- En relación con el debido proceso legal, la defensa realiza una enumeración de derechos fundamentales y garantías constitucionales que se habrían visto vulnerados –**el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el principio de congruencia**–, más no concreta luego cómo cada uno de ellos se habría visto afectado en el caso concreto.

Solamente se limita a señalar que el Ministerio Público Fiscal investigó una parte del hecho en el que se vio involucrado Ortega Ramos –el relativo a su tentativa de apoderamiento de una bicicleta– pero no las vejaciones y apremios ilegales que éste denunció que recibió luego por parte del personal policial.

También refiere, brevemente, que el Ministerio Público Fiscal retiró la acusación por el delito de lesiones agravadas y que, sin perjuicio de ello, el tribunal condenó a Ortega Ramos por ese delito.

El principio de legalidad.

En relación con lo primero, corresponde señalar que en función del **principio de legalidad** que rige la acción pública, al Ministerio Público Fiscal le incumbe la investigación de todos los delitos de los que tome conocimiento, sin perjuicio de los eventuales criterios de oportunidad que estime pertinente solicitar para casos concretos.

Durante el debate, el acusado pidió la palabra para describir las lesiones que sufrió por parte del personal policial y aludió a malos tratos mientras estaba en el calabozo de la comisaría donde fue trasladado – particularmente, audiencias del 5 de abril de 2023, «Debate 3» y «Debate 4»–.

Esos hechos, según la defensa, oportunamente se denunciaron en sede penal, extremo al que el Procurador General también alude en su dictamen. Por su parte, el fiscal interviniente declaró en el debate que no existían pruebas de los hechos a los que aludió el acusado –audiencia «Debate 3», min. 36:00 y ss.–.

No consta en este legajo el estado del proceso donde se tramita aquella denuncia, aunque corresponde poner de resalto el especial deber del Ministerio Público Fiscal de promover la investigación y sanción de delitos cometidos por funcionarios públicos policiales.

En efecto, el deber de investigación que corresponde al Estado frente a delitos de esta naturaleza –que, además, puede generar responsabilidad internacional al Estado– no se limita a esperar pasivamente la producción de pruebas por parte de la eventual víctima, sino que demanda una investigación seria y activa al respecto.

Tal como lo ha señalado esta Sala recientemente en el caso «**Bizaguirre Moreno y otros**», la conducta de funcionarios públicos a cargo de personas privadas de libertad involucra normas centrales de nuestro sistema jurídico y de nuestra configuración social, e involucra normas constitucionales y convencionales. Estas últimas implican compromisos internacionales que pueden generar responsabilidad estatal –así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y la Convención contra la Tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas–.

Además, en relación con la detención en establecimientos provinciales, existen intervenciones específicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En el sistema penal federal, la investigación de posibles delitos cometidos por funcionarios públicos ha dado lugar a instrucciones específicas del Procurador General de la Nación –v. gr. la Res. PGN 03/2011– y a la creación de la Procuraduría de Violencia Institucional.

En definitiva, corresponde al Ministerio Público Fiscal la investigación –y eventual acusación y promoción de sanciones– de las lesiones a las que refirió Ortega Ramos.

Sin perjuicio de ello, la eventual comisión de delitos por parte de los funcionarios públicos encargados de la aprehensión de Ortega Ramos no tiene efecto alguno en este proceso, donde se ventila su responsabilidad en la tentativa de apoderamiento de un rodado ajeno, y la comisión de otros delitos con posterioridad a ello.

De manera tal que el agravio relativo a la **falta de objetividad** del Ministerio Público Fiscal debe ser rechazado.

El principio de congruencia

En cuanto a la pretendida violación del **principio de congruencia** a la que alude la defensa, corresponde señalar que este agravio tampoco puede ser recibido.

Ello, por distintas razones que a continuación se explican.

Debe tenerse presente, preliminarmente, que los hechos investigados en las causas nº P-5.121/23 y P-5503/23 fueron calificados en el debate, al momento de la acusación inicial, como tentativa de hurto, en concurso real con lesiones agravadas por la calidad del sujeto pasivo, amenazas simples y daño.

Sin embargo, durante el alegato de cierre el fiscal interviniente modificó esta calificación, y consideró que las lesiones y amenazas eran una forma de violencia posterior a la tentativa de apoderamiento de la cosa, y conducían a calificar el hecho como tentativa de robo, en concurso real con daño –ver audiencia «Debate 3», min. 15:20 a 19:30–.

Frente a este panorama, el juez de la instancia previa decidió condenar a Ortega Ramos por los hechos

originalmente acusados, cuestión que ahora impugna la defensa.

Sin embargo, como anticipé, debe desestimarse esta crítica.

En primer lugar, la defensa se ha limitado a exponer –en pocas palabras– que la acusación varió durante el debate y que el tribunal no tomó en cuenta esa variación.

Sin embargo, no ha explicado cómo tal cambio habría afectado el principio de congruencia –y, con ello, el derecho de defensa que éste está orientado a proteger–, ni cómo ha perjudicado la situación del acusado.

Es decir, no ha justificado que la decisión cause agravio a esa parte.

En segundo lugar, la recurrente no ha tomado en consideración las razones que el tribunal de instancia previa brindó para desestimar el intempestivo cambio de calificación introducido durante el alegato final de la fiscalía.

En efecto, los fundamentos de la sentencia dan cuenta de que el tribunal decidió mantener la calificación atribuida al comienzo del debate –y durante la investigación– del hecho como tentativa de hurto, en concurso real con lesiones agravadas por la calidad del sujeto pasivo, amenazas y daño.

Por una parte, el tribunal explicó que se trataban de hechos independientes entre sí, que carecían de la relación normativa con el desapoderamiento que el fiscal imprimió en el alegato de cierre.

Por tratarse de hechos independientes cometidos en base a tres decisiones criminales diferenciadas, concurrían de forma material del modo que lo prevé el art. 55 del CP –ver fundamentos, p. 4–.

Por otra parte, el juez explicó que, de las dos calificaciones en pugna, ésta era más beneficiosa para el acusado que la sorpresivamente modificada por el fiscal.

Por un lado, porque el intempestivo cambio introducido tenía entidad para causar sorpresa a la defensa y desbaratar su estrategia defensiva.

Por otro, la **nueva calificación** propuesta producía un incremento del mínimo de la escala penal aplicable que también perjudicaba al acusado –ver fundamentos, p. 4–.

Estimo que todos estos argumentos del juez de la instancia previa tienen razonabilidad, por lo que la crítica debe ser desestimada.

b-Valoración de la prueba

b.- Los agravios relativos a la valoración de la prueba se centran en la acreditación de la autoría de Ortega Ramos en la tentativa de desapoderamiento de la bicicleta, en el uso de un palo o rama para auxiliarse, en el orden en que se desarrollaron los hechos posteriores que condujeron a su aprehensión y en determinar si el acusado desistió o no voluntariamente del hurto.

Ninguna de las críticas planteadas resiste su contraste con la justificada motivación de la sentencia que ha brindado el juez de la instancia previa.

En efecto, el juez tuvo en cuenta que la funcionaria policial Nadia Orrego concurrió a lugar donde se encontraba la bicicleta y constató que ésta estaba aún asegurada y que tenía un palo de madera en la cadena.

Por otra parte, el acusado fue detenido a trescientos metros de ese lugar, tras una persecución que duró aproximadamente cien metros desde donde estaba el rodado.

Además, valoró que el testigo Hugo Luna explicó que vio al acusado en la esquina de calles Irigoyen y 3 de febrero, y que vestía una remera similar a la informada al CEO (de color celeste según el CEO, azul según Luna).

En el mismo orden, consideró que el testigo Ezequiel Aranda, quien llamó al CEO, explicó en el debate que vio al acusado en el lugar de los hechos cuando realizaba maniobras sobre la bicicleta.

Aclaró que lo reconoció porque lo conocía de sus actuaciones funcionales anteriores como policía federal

–ver fundamentos, pp. 2 y 3–.

De modo que la autoría de Ortega Ramos en el hecho fue tenida por acreditada en base a pruebas sólidas, que no logran ser controvertidas por la defensa en su recurso.

El juez también se ocupó de descartar el pretendido desistimiento de Ortega Ramos.

En este orden, explicó que el hecho no encuadraba como desistimiento de la tentativa puesto que ese instituto sólo es aplicable en los casos en que el autor puede consumir el hecho, pero no lo hace por decisión propia, es decir, cuando se abandona la ejecución de una tentativa posible voluntariamente.

En este caso, Ortega Ramos no pudo cometer el desapoderamiento por no lograr superar los medios de protección con que contaba el rodado.

De tal manera, abandonó la tentativa tras constatar que esta no le era posible, por circunstancias ajenas a su voluntad: la existencia de una cadena con candado que no pudo vencer –fundamentos, p. 5–.

En cuanto a los hechos posteriores a la aprehensión, las críticas que plantea la defensa relativas a inconsistencias en las actas de procedimiento y en las declaraciones de los efectivos policiales, resultan insuficientes para conmover la acreditación del hurto tentado y no se ha explicado qué agravio causan a la defensa. De manera tal que también deben ser desestimadas en esta instancia.

El análisis realizado demuestra que los vicios que la defensa adjudica a la decisión no son más que –como sostuve al comienzo de este voto– un intento por aislar elementos probatorios para debilitar su potencial convictivo, sin tener en cuenta que esta Sala Segunda reiteradamente se ha expedido por la vigencia de la teoría de la unidad de la prueba, en tanto impone como regla la ponderación conjunta de aquéllos, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero integradas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (conf. «**Barrionuevo, Axel**», «**Gómez Muñoz**», entre otros).

c-Determinación de la pena

c.- En cuanto a la determinación de la pena impuesta, tal como afirma el señor Procurador General, la defensa se limita a mencionar este agravio, más sin señalar cuáles serían los fundamentos arbitrarios que causan gravamen. Esta alusión sin entidad crítica contrasta con una sentencia que ha motivado minuciosamente el monto de pena impuesto –un año y seis meses de prisión– que, además, se aleja con mucho de la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal –tres años de prisión–. El tribunal tuvo en cuenta que se trataba de cuatro delitos que concurrían realmente, lo que elevaba el máximo de la pena considerablemente. Sin embargo, en tanto el mínimo de esa escala quedaba anclado en el mínimo mayor –ocho meses de prisión–, impuso una pena superior a ese mínimo en función del concurso de delitos. En este sentido, tomó particularmente en cuenta el delito de amenazas cometido, que causó temor a un efectivo policial y a su familia, y también que los delitos de hurto tentado y daño eran de poca entidad. En definitiva, entiendo que los agravios esgrimidos en este tópico no pueden prosperar, en tanto la pena aplicada al acusado por el sentenciante no adolece de los vicios que genéricamente le adjudica la defensa. De acuerdo con lo analizado, estimo que el juzgador tuvo en cuenta de manera correcta los elementos relevantes del caso para llegar a una pena concreta suficientemente motivada. Es decir, dentro de la escala aplicable impuso una pena de prisión de corta duración, menor que la solicitada por la acusación, pero adecuadamente ajustada al injusto cometido y la culpabilidad del autor. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos,

al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Ariel Leónidas Ortega Ramos en los presentes autos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

59- PAEZ. 30-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231130_FcPCM.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo del CP. Art. 266, 321 del CPP. Art. 10 de la ley 22.172.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Recorrido o muestreo fotográfico. Reconocimiento por fotografía. Reconocimiento en rueda de personas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166, inc. 2, segundo párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1774, pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo.** (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06974883-4/1((028601-56815)) "FC/ PAEZ CRUZATE MARCELO ALEXIS BLAS P/ ROBO AGRAVADO (56815) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106217932*

En Mendoza, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06974883-4/1 caratulada "F. c/ PÁEZ CRUZATE, MARCELO ALEXIS P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Marcelo Alexis Páez Cruzate interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.774 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa P56.815/21, a la pena de siete años de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166, inc. 2, segundo párrafo del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditado que «[...] en la ciudad de San Rafael, departamento homónimo, provincia de Mendoza, para fecha 09 de junio de 2021, siendo las 09:30 horas aproximadamente, Marcelo Alexis Blas Páez Cruzate circulaba a pie por calle Italia, a diez metros del sur de la intersección de calle Gutemberg, en la referida ciudad. Ocasión en la cual interceptó al ciudadano Lucas Exequiel Porcel Toledo, quien se conducía en un bicicleta, y previo a exigirle y apuntarle con un arma de fuego tipo revólver, tiró con fuerza de la mochila que llevaba consigo la víctima, de color gris, de tela impermeable, sin inscripciones, la cual contenía en su interior un taladro percutor marca Singer de color rojo con dos mechas, provocando así la ruptura en una de las correas de la misma. En tal instancia, comenzaron a forcejear víctima y agresor, momento en el cual Páez Cruzate efectuó un disparo con el arma que portaba, no logrando impactar a la víctima. Para luego huir del lugar con la mochila en su poder [...]» –audiencia del día 31 de agosto de 2022, video 8, min. 09:35 a 10:49–.

Para así resolver, el tribunal meritó la declaración del acusado Marcelo Alexis Páez Cruzate, de las testigos Juana Patricia Cruzate y Maira Nerea Palavecino y de la víctima, Lucas Porcel Toledo; la prueba instrumental ofrecida por las partes (esto es, el acta de denuncia, el informe del CEO de fs. 34/37, el croquis de fs. 7, el informe ambiental de fs. 8, las constancias de muestreo fotográfico de fs. 11/12) y la declaración del médico Roberto Cesario.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa invoca el art. 474 del CPP para sustentar la existencia de vicios habilitantes del recurso de casación. Concretamente, afirma que la decisión adolece de vicios procedimentales en dos aspectos: el rechazo de las alegaciones defensivas sobre el incumplimiento del debido proceso en el caso (a), y la

justificación concreta del monto de pena impuesta (b).

a.- En relación con lo primero, la defensa parte de afirmar que Páez Cruzate es inocente del delito que se le imputa, puesto que no tomó intervención en el mismo.

Sostiene que en su barrio todos saben que el autor fue Adrián Heredia Díaz, quien forma parte de una familia reconocida por sus frondosos antecedentes penales y que son llamados «los conejos». Explica que tanto el acusado como Patricia Cruzate –su madre– declararon que el agresor en este caso fue Adrián Heredia Díaz, uno de los integrantes de «los conejos», y denuncia que el Ministerio Público Fiscal no realizó la correspondiente evacuación de citas. Esto, como resultado de restar credibilidad a la testigo en razón de su vínculo parental con el acusado.

Luego, cuestiona las pruebas de cargo. Afirma que el testigo Franco Ariel Ramírez Andrade –vecino del lugar del hecho– le dijo al personal policial que no vio la situación del robo, pero sí escuchó la detonación de un arma de fuego. Pero luego, al declarar en la Unidad Fiscal, dijo no tener certeza sobre si lo que escuchó fueron disparos o explosiones de aerosoles comunes en la zona, donde hay un playón fabril con mucho movimiento y ruido. Por otra parte, cuestiona el peso probatorio del reconocimiento en rueda de personas en el que la víctima identificó a Páez Cruzate como el autor del hecho. Explica que la Fiscalía ordenó la realización de un muestreo fotográfico previo al reconocimiento, donde surgió el nombre del acusado. Afirma la defensa que ese reconocimiento es objetable, por varios motivos: i) se trata de un acto irreproducible que debió ser controlado por la defensa, lo que no ocurrió; ii) que, contrariamente a lo que afirmó el juez, no se notificó de su realización a la defensa oficial; iii) que la defensa técnica previa se opuso a la realización de un reconocimiento en rueda de personas en tales condiciones y, como el acusado llevaba un año detenido sin que el expediente tuviera movimiento, la Fiscalía lo dejó en libertad por vencimiento del plazo del art. 348 del CPP; iv) que, cuando estaba próximo a efectivizarse el recupero de libertad, se realizó el reconocimiento en rueda de personas, sin la presencia de un defensor; v) que en esa instancia la víctima tenía memorizada la cara del acusado a partir de las fotos que se le exhibieron; y vi) que queda en evidencia que el acusado fue «marcado» por la Policía, porque la víctima dijo que lo reconoció por tatuajes que tiene en el brazo, a pesar de que el hecho ocurrió en invierno y que la víctima había sostenido previamente que el agresor tenía un buzo gris con mangas largas y la capucha puesta. En cuanto a la declaración de la víctima, la defensa cuestiona su relato a partir de la situación personal que vivió de manera previa a este hecho.

Explica que Lucas Porcel Toledo sufrió en 2015 el homicidio de su madre en un asalto, y también sufrió abusos sexuales por parte de su padre, de modo que su experiencia frente al delito y las personas privadas de la libertad es penosa. Incluso, en el debate manifestó el malestar que le provocaba ese tipo de situaciones, y que odiaba a los delincuentes. También cuestiona que en el debate dijo que se le mostraron cien fotografías, cuando en el acta consta que vio cuatro mil cuatrocientas veintiocho. También dijo que el acto no duró más de 20 minutos, cuando ver esa cantidad de fotos demandaría más tiempo.

Reitera que el acto no pudo ser controlado por cuanto se realizó sin la presencia de un defensor. Por otra parte, destaca que en el lugar del hecho no se encontraron vainas compatibles con el disparo que menciona, ni hubo testigos del suceso. En síntesis, refiere que sin perjuicio de que reconocer que el hecho ocurrió, no hay razones para considerar que Páez Cruzate haya sido su autor.

b.- En segundo lugar, la defensa impugna la determinación de la pena realizada.

Afirma al respecto que se trata de un acto inmotivado y alejado de las disposiciones legales que al respecto prevé el Código Penal. En función de tales agravios, solicita la anulación de la sentencia y sus fundamentos, y la absolución del acusado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso es formalmente admisible, aunque debe ser desestimado en el fondo. Explica que la declaración del testigo Eduardo Conil, que no pudo confirmar que el sonido que escuchó fuera de un disparo de arma de fuego, debe ser considerada un indicio que corrobora la versión de la víctima, en cuanto a que su agresor efectuó un disparo. En punto al muestreo fotográfico, sostiene que ello fue ordenado durante la investigación por el fiscal que, en el mismo decreto, dispuso la notificación a la defensa. Además, refiere que no se trata de un reconocimiento de imágenes, sino de una medida investigativa de la Fiscalía que, por su volumen (cuatro mil cuatrocientas veintiocho fotografías) no expresa ningún señalamiento ni es indicativa.

De hecho, en el debate el imputado explicó que alcanzó a ver unas cien o doscientas fotos, por lo que la medida duró veinte minutos. Sobre esto, cita el precedente «Garro Anzorena» de este Tribunal donde se sostuvo que el muestreo de fotografías en sede policial realizado a efectos de la simple obtención de pautas para encauzar la investigación, y no para el reconocimiento del acusado, no es nulo si falta la presencia del defensor. A ello, agrega que el ataque de la defensa es extemporáneo, puesto que si consideró que el acto era nulo, debió plantearlo –bajo pena de caducidad– durante la investigación, tal como lo dispone el art. 200, inc. 1 del CPP.

En cuanto a la falta de investigación de la persona sindicada por la madre del imputado, explica que ello no merece mayor comentario puesto que es obvio que pretendía favorecer la situación procesal de su hijo. En relación con el reconocimiento en rueda de personas, explica que no es atendible el agravio relativo a que la víctima tenía memorizado al imputado, puesto que ello no es causal de nulidad sino que, en todo caso, sólo afectaría la fuerza convictiva del acto. Sin embargo, ello se vio compensado porque el reconocimiento tuvo lugar mucho tiempo después del hecho y la víctima reconoció sin problemas al acusado.

En cuanto al agravio relativo a la individualización de la pena, considera que la defensa no concreta agravios o críticas, sino que se limita a reproducir doctrina y jurisprudencia en relación con la materia. Frente a ello, señala que la determinación de la pena realizada por el tribunal de la instancia previa luce motivada, de modo que el agravio debe ser desestimado.

Por tales razones, solicita el rechazo de la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, a mi juicio, corresponde desestimar el recurso de casación planteado por la defensa y confirmar en un todo la sentencia impugnada.

Conforme se desprende de la reseña de los agravios defensivos, entiendo que los motivos de impugnación se proyectan en la sentencia sobre dos cuestiones.

La primera, sobre la valoración de los elementos de prueba realizada por el tribunal de la instancia previa para tener por acreditado con certeza la autoría del acusado en los hechos objeto del presente proceso –cuya existencia material no ha sido materia de controversia alguna–.

La segunda, acerca de la determinación de la pena impuesta.

Ahora bien, entiendo que resulta acertado en todos sus términos razonamiento jurisdiccional que sustenta la validez del fallo condenatorio, por lo que ninguno de los agravios propuestos por el recurrente se verifica en el caso. En lo que sigue, doy razones de ello.

a.- Acerca de la valoración del material probatorio reunido en autos.

Especial consideración en relación con el muestreo fotográfico y su impacto en el reconocimiento positivo del acusado en rueda de personas Este tramo del recurso configura el núcleo central de la crítica al fallo, pues aquí se cuestiona tanto la legalidad, como la modalidad del muestreo fotográfico ordenado y practicado en autos durante la investigación penal preparatoria, y el correlato que esa medida tuvo en el reconocimiento posterior.

En cuanto a la legalidad de la medida, el recurrente cuestiona que se trató de una medida que se realizó en ausencia de la defensa.

Reconoce que si bien no había imputación de persona alguna al momento en que se realizó, ello no obstaba a que el representante del Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación, cumpliera con su deber de notificar previamente a la **Defensoría Oficial** a los fines de permitir el control de esa medida, resguardando de ese modo el derecho de defensa de quien –en su caso- pudiera ser individualizado.

Sobre la modalidad en que se practicó el muestreo, la defensa destaca que al denunciante se le exhibieron cuatro mil cuatrocientas veintiocho fotos (4.428), en un lapso que no superó los veinte minutos de duración.

En ese contexto, interpreta que es imposible que haya individualizado al acusado de la forma que lo hizo, y que ha sido la propia policía quien le señaló que tenía que reconocer a Páez Cruzate.

En base a ello, el recurrente enlaza esas consideraciones con el reconocimiento positivo en rueda de personas que hiciera el denunciante, un año después de efectuado el **muestreo fotográfico**.

Ello, por cuanto considera que aquella primera sindicación influyó decididamente para que la víctima memorizara el rostro del supuesto agresor, y luego lo reconociera en esa segunda oportunidad.

Esto, a su criterio, pesa el peso convictivo cargoso de carácter decisivo que la sentencia le reconoce al resultado de esta medida probatoria y, por ende, demuestra el carácter arbitrario del fallo.

Como lo adelantara, entiendo que ninguno de estos argumentos puede ser de recibo en esta instancia.

En cuanto tiene que ver con la legalidad y validez del **muestreo fotográfico**, debe señalarse que la compulsas de las constancias de la causa acredita que en la misma resolución – decreto de fecha 9 de junio de 2.021– que la ordena, el representante del Ministerio Público Fiscal interviniente dispuso expresamente la **previa notificación a la defensa**.

Diligencia cuyo cumplimiento se verifica en autos, conforme se desprende de la constancia inserta en el margen inferior del acta que acredita la ratificación de la inspección ocular y del croquis ilustrativo efectuada por uno de los actuantes –Alejandro Ezequiel Suárez–, que da cuenta de la notificación de esa medida, a ejecutarse en la Unidad Investigativa de la ciudad de San Rafael, al Dr. Fernando Fonseca, en su calidad de Codefensor Público.

Lo dicho expone el desacierto del recurrente cuando alega que esa medida se realizó inaudita parte, ya que la defensa fue expresamente notificada antes que la misma se realizara como bien lo señala el sentenciante (v. audiencia del día 7/9/22, min. 25:27).

Ello impide comprobar una violación **al art. 321 del CPP**, por lo que confirma el razonamiento expuesto sobre este punto en particular por el tribunal de la instancia previa.

Por otro lado, tampoco se advierten irregularidades en procedimiento en que se desarrolló el muestreo fotográfico.

Desde una perspectiva general, aún a riesgo de abundar en cuestiones que pueden parecer obvias para un investigador penal, cabe recordar que el denominado «recorrido o muestreo fotográfico» es una medida inicial de investigación, que se lleva a cabo **cuando se desconoce a los partícipes** de un hecho

delictivo, consistente en la exhibición –a testigos o víctimas– de fotografías existentes en sus archivos, con el propósito de dirigir la pesquisa tendiente a individualizar a los culpables.

A diferencia de la medida descrita, existe el «**reconocimiento por fotografía**», diligencia procesal que consiste en la exhibición de una foto del sospechoso, junto a otras fotografías de personas con similares características físicas.

Este último recaudo obedece a la necesidad de evitar el riesgo de sugestión que provocaría en el reconociente una única imagen.

Se trata, en realidad, de medio de individualización subsidiario del reconocimiento en rueda de personas, taxativamente regulado en el **art. 266 del CPP**, que suple a éste en ciertos casos previstos en el rito penal: cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiere ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos – inc. 1–, cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir –inc. 2, que remite al art. 10 de la ley 22.172–, o cuando no pudiere hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas –inc. 2–.

Como se advierte, ambos tipos de diligencias tienen finalidades disímiles y, también, distintas exigencias formales.

En un caso se trata de orientar a los investigadores sobre personas con determinadas características, mediante la observación de numerosas fotografías; en el otro, de afirmar o, en su caso, descartar la identidad entre el autor del hecho y una de las personas cuya foto se le exhibe, junto a otras semejantes, para evitar la inducción.

Reconducidas y aplicadas esas breves consideraciones al presente caso, y tomando en cuenta que en el caso se realizó un muestreo fotográfico y no un reconocimiento por fotografía, debe señalarse que no se observa en su realización algún aspecto que permita siquiera sospechar que la víctima ha sido inducida por el personal policial interviniente a reconocer al acusado.

Lo que confirma el carácter meramente hipotético y conjetural del argumento defensivo.

Varios son los motivos que me persuaden en este sentido.

En primer lugar, se observa que el muestreo fotográfico se realizó el mismo día en que se produjo el acontecimiento delictivo que tuvo por víctima al denunciante.

Información contextual que surge luego de visualizar la fecha que aparece inserta en las actas donde consta la denuncia en sede policial, por un lado, y aquella en la que se encuentra expresado el procedimiento y el resultado del muestreo practicado.

En ambos casos, esas actuaciones se produjeron en fecha 9 de junio del año 2.021, separadas temporalmente entre sí por un intervalo no superior a las dos horas.

Entiendo que se trata de una particularidad que debe ser considerada al momento de comprender y justipreciar adecuadamente el resultado –en este caso, positivo– de la diligencia investigativa en cuestión. Ello, en el sentido de apreciar el influjo negativo que provoca el transcurso del tiempo en el proceso de memoria de las víctimas y en los testigos de hechos delictivos, especialmente en cuanto tiene que ver con la retención de la información impresa en la memoria –«recuerdo»– sobre aspectos y particularidades de lo vivido y percibido.

De ahí que el escaso transcurso de tiempo que medió entre el hecho delictivo, la denuncia policial por la víctima y la realización de esa primera medida investigativa realizada en autos, se presenta como un elemento valioso para contextualizar su resultado, reforzando así la trascendencia de la sindicación efectuada en la misma con relación a la atribución de responsabilidad penal por el hecho investigado.

En segundo lugar, debe remarcarse la imprecisión en los términos en los que el impugnante se refiere a

cómo se desarrolló el muestreo fotográfico, cuando manifiesta que a la víctima se le exhibieron un total de cuatro mil cuatrocientas veintiocho fotografías.

Sin embargo, de la lectura de las actas donde consta la realización y el resultado de la medida, y de la respuesta a esta cuestión por parte del sentenciante, surge claro que esa cantidad de imágenes fotográficas es la que integró el álbum de fotografías de personas de sexo masculino que se confeccionó con los archivos de la oficina de Análisis Criminal de la Unidad Investigativa del San Rafael.

Así, no debe confundirse la cantidad de imágenes que integró el álbum fotográfico que se confeccionó, con el número de fotografías que efectivamente se le exhibió al destinatario de la medida, por cuanto, de esa confusión pueden derivarse inferencias desacertadas que incidan de algún modo trascendente sobre el valor de la medida. Sobre este aspecto, volveré más adelante.

A su vez, no puede perderse de vista que el álbum fotográfico se confeccionó a partir de la descripción que hizo la víctima sobre las características morfológicas del agresor.

Aspecto sobre el que se comprueba una marcada coincidencia en el detalle que hizo al momento de radicar la denuncia en sede policial, cuando dijo que se trataba de una persona de sexo masculino «delgado, de 1.75 mts. de estatura, tez blanca, cabello medio largo, castaño, pelo lacio, no tenía un corte definido», con la descripción que aportó al momento de practicarse el muestreo fotográfico, cuando afirmó –también– que el autor del robo sufrido fue una «persona de sexo masculino, entre veinte y veinticinco años de edad, de 1.75 mts. de estatura, tez clara, pelo semilargo de color castaño, de contextura delgada».

Esa coincidencia toma fuerza y se concreta en el resultado de la medida. Según consta en el acta respectiva, durante el transcurso del muestreo, la víctima reconoció entre las imágenes a un sujeto, a quien señaló e identificó como el responsable del ilícito investigado. Seguidamente, extendió su firma al pie de la imagen que se correspondía con aquél.

Acto seguido, en ausencia del denunciante, se dejó constancia que la autoridad a cargo de la medida procedió a consultar la base de datos, lo que le permitió concluir en que la imagen aludida pertenecía a Marcelo Alexis Blas Páez Cruzate, es decir, al acusado de autos.

Entiendo que ello de por sí aleja al planteo defensivo de la comprobación de irregularidades o inconsistencias que afecten de modo alguno la seguridad con la que la víctima individualizó por imagen al atacante, particularmente que evidencien que esa individualización estuvo «sugerida», «insinuada» o «indicada» por el personal policial.

No está demás repasar, en este aspecto, la declaración del denunciante durante el debate. Particularmente, aquellos tramos donde se refirió a la modalidad en que se desarrolló el muestreo fotográfico donde aquél individualizó en los albores de la investigación a Páez Cruzate como el sujeto que previamente lo atacado y le robó (v. audiencia de debate del día 29/08/22, mins. 00:03:35/00:20:23).

Se observa que frente a preguntas de la defensa, la víctima respondió en forma clara, precisa y contundente, describiendo que se le exhibieron múltiples fotografías, que las visualizó a través del monitor de una computadora, y que los agentes de la policía que intervinieron en la realización de la medida nunca le anticiparon una descripción del sujeto a reconocer (min 00:17:36).

Asimismo, y con las mismas características, evacuó los interrogantes efectuados por el representante del Ministerio Público Fiscal sobre ese aspecto, oportunidad en la que expresó haber visualizado entre cien y doscientas fotografías hasta que observó la imagen del acusado (min 00:18:14), que luego de mirar esa foto, no se detuvo en ella, sino que la dejó «como apartada» (min 00:18:24).

Que continuó viendo las siguientes, que vio todas, y que finalmente retornó a la fotografía que había

separado, en la que comprobó la presencia de «un detalle en la cara» del sujeto y de «un tatuaje» –en referencia al tatuaje que dijo previamente haber observado en uno de los brazos del atacante– (mins. 00:18:17/00:18:38). Por último, también fue concluyente al descartar influencias o sugerencias de los investigadores respecto de la persona a reconocer (00:19:02).

Los pasajes brevemente aludidos no hacen más que reforzar el valor convictivo del reconocimiento realizado por la víctima en todas las instancias del proceso pues, como acertadamente lo examina y valora el juez de la instancia previa (v. fundamentos, audiencia del día 07/09/22, min. 00:33:57/00:39:30), cada vez que dijo reconocer al acusado, lo hizo con seguridad y firmeza, motivando su sindicación a través de razones que se observan consistentes y coincidentes en las sucesivas oportunidades en que lo hizo.

Me refiero, puntualmente, al muestreo fotográfico, al reconocimiento en rueda de personas e, indirectamente durante el debate, cuando dijo que estaba completamente seguro que la persona que identificó previamente, y que lo había atacado, era el sujeto que estaba sentado en la sala, en referencia a Páez Cruzate (00:09.25).

En ese entendimiento, las diferencias a las que apunta la defensa para descartar valor convictivo de carácter incriminatorio a aquellas manifestaciones incriminantes, particularmente a partir del muestreo fotográfico realizado, pierden sustento si se las integran y analizan dentro del contexto que resulta adecuado a las constancias de la causa.

Ello ocurre con las referencias a tatuajes y a la utilización de barbijo por parte del atacante. En cuanto tiene que ver con la existencia de tatuajes, es cierto que ese dato para la individualización del acusado recién aparece en la descripción preliminar al reconocimiento en rueda de personas.

Ello, por cuanto la víctima no lo mencionó al denunciar el hecho, ni tampoco cuando realizó el muestreo fotográfico.

Sin embargo, debe destacarse que el reconocimiento en rueda de personas se realizó un año después del ocurrido el hecho investigado, de la denuncia y del muestreo fotográfico, oportunidad en la cual, en cumplimiento de la manda procesal (**art. 263 del CPP**), el denunciante describió morfológicamente a la persona a reconocer con datos que coinciden con las descripciones que hizo previamente, y afirmó nuevamente que se trataba de un hombre de «1.75 mts. (de estatura), tez clara, pelo oscuro».

En ese marco, consultado por la defensa del acusado si previamente le habían exhibido fotografías del sujeto a reconocer, la víctima dijo que sí, y que lo había reconocido en esa oportunidad por algo que tenía en el brazo, que no recordaba en cuál, que era «como una especie de tatuaje».

Asimismo, y según se desprende del acta donde consta la medida probatoria examinada, se deja constancia que la víctima contestó que «reconoce en un cien por cien al sujeto n° 3 –donde se encontraba ubicado el acusado de autos-, el que en esta rueda de reconocimiento tiene puesto un buzo de color rojo con capucha, lo reconozco por la parte del labio superior para arriba».

Este aspecto de su declaración aparece nuevamente durante el debate.

Así, a pedido de la acusación, se le leyó ese fragmento del acta de reconocimiento en rueda de personas (00:12:30), ratificando la víctima que recordaba haberle visto al atacante un tatuaje, que lo tenía en el brazo (se señala una zona cercana a la muñeca del brazo), que creía que era del lado derecho, que si bien llevaba una campera gris, la tenía remangada (00:12:55/00:13:30).

En base a ello, no se advierten discordancias o contradicciones en este aspecto de su declaración, ni mucho menos que se trate de un dato sorpresivo, que únicamente pueda provenir de la conducta seguida por los agentes de la policía que participaron del muestreo fotográfico.

Quiero decir que, según observo, sus referencias a la existencia de un tatuaje en uno de los brazos del

autor del hecho se presentan como la exteriorización espontánea de un recuerdo de su memoria del hecho sufrido, y no como un dato «implantado» por persona alguna en los albores de la investigación. Pero, además de ello, la compulsión de las constancias de la causa corrobora el acierto de la víctima en este punto por dos motivos.

El primero, porque a la hora de practicar la **rueda de reconocimiento**, el acusado se encontraba con una prenda de vestir tipo buzo colocada, lo que posiblemente pudo impedir la exposición de sus brazos y, por ende, la visualización de tatuajes.

El segundo, que no obstante ello, conforme se desprende del acta de visu y, particularmente, de las fotografías que se le tomaron a Páez Cruzate al momento de su aprehensión –ocurrida en fecha 22 de junio del año 2.021, esto es, a trece días del hecho–, el acusado presentaba un tatuaje en una de sus manos.

En cuanto tiene que ver con la utilización del acusado de un barbijo al momento del ataque, a instancias de preguntas de la Fiscalía en forma previa al reconocimiento en rueda de personas, la víctima afirmó que pudo observar el rostro del sujeto que lo atacó, y agregó que tenía puesto un barbijo, por lo que lo había mirado del labio superior hacia arriba.

Este dato es relevante por cuanto se condice con lo que mencionó durante el debate.

En el juicio, el denunciante reiteró que Páez Cruzate llevaba puesto un barbijo el día del hecho, pero que lo tenía mal colocado, esto es que lo tenía puesto «hacia abajo», por lo que no se vio impedido de observar su rostro (00:08:50/00.08:59).

De esta manera, el dato del barbijo no sólo no desacredita el valor del reconocimiento cuestionado sino que, por el contrario, le aporta verosimilitud y credibilidad al mismo como elemento incriminante.

En definitiva, considero que la sindicación que hizo la víctima en esa primera oportunidad durante la investigación –en el muestreo fotográfico–, fue realizada con arreglo a las disposiciones procesales correspondientes, permitiendo la orientación de la investigación en torno de la persona identificada.

Entiendo que no ofrece reparo de irregularidad alguno, en tanto no se trató de un reconocimiento en estricto sentido, sino que el declarante, en su doble calidad de víctima y testigo, se limitó a señalar la imagen de aquella persona que previamente –en su denuncia– había mencionado e individualizado, sin que se advierta que la diligencia fuese artificiosamente dirigida.

De lo expuesto advierto que el tribunal de juicio llegó a la certeza necesaria – descartando la existencia de un estado de duda– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y, particularmente, sobre la intervención del acusado en el mismo.

b.- Cuestionamientos de la defensa respecto de la individualización de la pena

Como lo señalara anteriormente, la defensa del acusado también plantea vicios en la determinación del monto de penalidad que le aplicó el tribunal de la instancia previa al acusado, en razón de haberlo encontrado culpable del delito por el que se lo acusó.

Considera que, en este punto, la sentencia condenatoria resulta arbitraria, para lo cual desarrolla su posición sobre la base de argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que avalarían aquella consideración. Una primera aproximación al tratamiento del agravio invocado en este sentido por el recurrente, permite observar que la crítica defensiva se basa en una técnica deficiente.

Ello, por cuanto no es posible individualizar cuáles serían concretamente las falencias que advierte sobre este tramo del razonamiento jurisdiccional que, a su juicio, determina el carácter arbitrario del fallo, lo que obedece a la ausencia absoluta de las razones que sustentarían esa alegada arbitrariedad.

Ahora bien, y sin perjuicio del déficit impugnativo advertido, se observa que la penalidad aplicada se encuentra debidamente fundada.

En este sentido, destaco que el juzgador ha tenido en cuenta suficientemente los parámetros mencionados en los arts. 40 y 41 del CP para arribar a una solución que se observa justa.

Por su parte, debe señalarse que el monto de la sanción se encuentra dentro de la escala aplicable y que apenas se aleja del mínimo legal que resulta aplicable según el delito por el cual resultó condenado.

En efecto, Páez Cruzate fue condenado a la pena de siete años de prisión por haber sido encontrado culpable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, ilícito previsto y penado en el art. 166 inc. 2 segundo párrafo del CP, norma que prevé en abstracto una pena que va desde los seis años y ocho meses de prisión, a los veinte años de la misma especie de pena.

Lo que demuestra que el sentenciante le impuso un monto de penalidad que supera sólo por dos meses el mínimo legal.

A su vez, ese incremento por sobre el mínimo legal, también se encuentra justificado en la resolución cuestionada.

De los fundamentos del fallo se desprende que, para arribar a esa decisión, el juez de la instancia anterior tuvo en consideración que, por el grado de culpabilidad por el delito cometido, particularmente derivado de la naturaleza de la acción, de los medios empleados para ejecutarla, así como también, la edad, la conducta precedente del sujeto y la ausencia de motivos para delinquir, ameritaba una sanción por encima del mínimo de la escala penal y alejada, asimismo, del máximo reproche posible (ver fundamentos, audiencia del día 07/09/22, mins. 00:49:43/00:54:00).

Estos criterios, según entiendo, resultan suficientes y adecuados para justificar la sanción impuesta, lo que descarta arbitrariedad en la mensuración impugnada.

c.- Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso formulado en autos por la defensa de Marcelo Alexis Páez Cruzate y, en consecuencia, confirmar la sentencia n° 1.774 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ

V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

60- CORREA AMAYA. 07-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231207_FcCAC.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto; 42 y 45 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Cuchillo. Tentativa. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** tras declararlo autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo agravado por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2526, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Barrionuevo, A.. 07-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201007_FcBarrionuevo.pdf
- Gómez Muñoz. 24-20-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181024_FcGMS.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo

CUIJ: 13-07199359-5/1((018602-7381)) FC/ CORREA AMAYA CRISTIAN JOSE P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN TENTATIVA (7381) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106362210*

En Mendoza, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07199359-5/1 caratulada “F. c/ CORREA AMAYA, CRISTIAN JOSÉ P/ TENTATIVA DE ROBO AGRAVADO (P-7.831) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Cristian José Correa Amaya interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.526 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa P-7.381/22, a la pena de cinco años de prisión tras declararlo autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto; 42 y 45 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal tuvo por acreditado los hechos atribuidos a Correa Amaya, según los cuales «[...] el día 20 de Enero de 2022, siendo aproximadamente las 21:30 horas, en inmediaciones de la intersección de calles Juan B. Justo y Belgrano de Capital Mendoza, lugar donde se encontraban Rocío Castro Contreras en compañía de Luciano Agustín Olmedo Umana, momento en que fueron abordados por CRISTIAN JOSE CORREA AMAYA, quien con intenciones de apoderarse de las pertenencias de las víctimas, previo exhibirles un cuchillo color plateado de 15 centímetros aproximadamente, les manifestó “DAME TODO O TE MATO”, sin lograr su cometido debido a que las víctimas lograron dar aviso a personal de Preventores, momento en que el sindicado se dio a la fuga con dirección al oeste siendo aprehendido, transcurridos unos instantes, por personal de Policía de Mendoza y Preventores, en inmediaciones de calle Juan B. Justo y Tiburcio Benegas de Capital, Mendoza, a 200 metros aproximadamente del lugar del hecho» –ver fundamentos, págs. 1/2–.

Para así resolver, el tribunal valoró, entre los principales elementos de prueba, las declaraciones de Rocío Castro Contreras, Luciano Agustín Olmedo Umana, Ángel López Velázquez y del oficial Matías Sebastián Lujan Giménez, así como el acta de procedimiento de fs. 1, el croquis ilustrativo de fs. 2, el acta de aprehensión de fs. 3, el acta de secuestro de fs. 6, la fotografía del elemento secuestrado a fs. 7, el acta de denuncia de fs. 8/9, el acta de visu de fs. 21, la encuesta ambiental y constatación de domicilio de fs. 58/59, las causas UFI de fs. 64/65, el informe de la División Identificaciones forenses de fs. 90, el informe del CEO sin suceso de fs. 91, el acta de secuestro de DVD Cam CA-243 de fs. 98, el informe del Centro de Monitoreo de Capital de fs. 99 y el informe de delitos tecnológicos de fs. 111/113.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa funda su impugnación en los dos supuestos previstos por el art. 474 del CPP.

Es decir, considera que la decisión del tribunal adolece tanto de vicios procedimentales como sustanciales. Denuncia que la sentencia realizó una valoración arbitraria de las pruebas, y solicita que esta Sala realice un control de logicidad a fin de verificar si tal valoración fue realizada conforme a las reglas de la sana crítica racional, tal como lo ordena la normativa procesal.

Según sostiene, el mérito probatorio fue parcial y antojadizo, y vulneró la presunción constitucional de inocencia de la que goza el acusado.

Concretamente, considera que debió condenarse a Correa Amaya por el delito de robo simple en tentativa, en lugar de robo agravado por el uso de arma en tentativa.

Refiere que la mayor parte de las pruebas aportadas al proceso admiten interpretaciones ambiguas, por lo que tienen carácter anfibológico y son insuficientes para fundamentar una sentencia condenatoria, que debe asentarse en un grado de convicción rayano en la certeza.

Considera erróneamente valorada la declaración del acusado puesto que, a su criterio, luce creíble en un todo y no sólo parcialmente, como afirmó el juez de la instancia previa.

Explica que éste descreyó hechos puntuales de la declaración, como que ese día Correa Amaya no tenía la intención de robarle la mochila a las víctimas –de hecho, no las tocó– puesto que sólo mantuvo una discusión con Luciano Olmedo por halagos que le hizo a su novia, Rocío Castro, quien iba en patines. Sostuvo que tomó el cuchillo que Luciano Olmedo tenía para defender su vida, y se retiró.

También señaló que consideraba que su versión de los hechos era menos creíble porque tenía antecedentes penales, razón por la cual el fiscal pretendía su condena.

Por otra parte, critica que el juez considerara sólido el testimonio de Rocío Castro y Luciano Olmedo, quienes alegaron que aproximadamente a las 21.30 hs del día del hecho y en la intersección de calles Las Heras y Belgrano de Ciudad, apareció Correa Amaya, les dijo que le dieran todo y les habría arrojado un «puntazo», por lo que se fueron del lugar.

Resalta la defensa que esta versión se contrapone a la del acusado, por lo que existe una duda razonable sobre el modo en que ocurrieron los hechos que debe beneficiar a Correa Amaya.

Agrega que no existieron testigos presenciales del hecho que pudieran corroborar la versión de las víctimas, y que la sentencia condenatoria se asienta en meras deducciones o suposiciones infundadas para descartar la teoría del caso defensiva.

Considera vulneradas las normas procesales relativas a la motivación de sentencias, valoración de pruebas y grado de convicción necesario para una condena. Finalmente, efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso resulta formalmente admisible, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Señala que la sentencia condenatoria se encuentra debidamente motivada puesto que el juez estableció cuáles eran los hechos controvertidos y advirtió que la versión defensiva era incoherente y que se veía deslucida por los comentarios que el acusado vertió en relación con el monto de pena, el hecho de que el delito había quedado tentado y que en ningún momento había sacado a las víctimas sus pertenencias.

Es decir, consideró que las incongruencias en su declaración eran notables, pues primero reconoció ser el agredido, para luego señalar que el hecho quedó tentado porque no desapoderó a las víctimas. De forma tal que el tribunal brindó razones para restar valor probatorio a la versión del acusado.

También realizó un minucioso análisis del testimonio de las víctimas y del oficial Matías Sebastián Luján Giménez, quien ratificó su versión.

Además, tuvo en cuenta que al acusado se le secuestró el cuchillo mencionado por las víctimas, que también vio el oficial Luján, quien identificó a Correa Amaya por su vestimenta y lo vio desprenderse del arma blanca.

Por tales motivos, considera que la sentencia no se encuentra arbitrariamente motivada, no es ilógica, falsa ni contradictoria, ni se apartó de las reglas de la sana crítica racional.

En función de lo expuesto, señala que debe desestimarse el recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar la impugnación planteada y confirmar la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos.

En efecto, el examen de la sentencia condenatoria a la luz de los agravios planteados por la defensa no revela vicios procedimentales ni sustanciales.

La crítica defensiva luce como un desacuerdo con la valoración probatoria realizada por el tribunal propio del rol de parte, más no resulta idónea para conmovir la acertada solución brindada a este caso.

Por una parte, no puede hacerse lugar al cuestionamiento según el cual existe un estado de duda insuperable entre la versión del acusado y la de las víctimas tal que haga aplicable el beneficio de la duda por aplicación de la presunción de inocencia.

Como correctamente señala el Procurador General en su dictamen, el juez de la instancia previa se ocupó de identificar cuál era el espacio de tensión entre la teoría del caso de la defensa y la teoría del caso de la acusación, y de proveer razones para inclinarse por esta última.

Razones que la defensa no ha atacado, limitándose a formular un desacuerdo general con las conclusiones.

Así, en los fundamentos de la sentencia impugnada puede verse que el juez tuvo en cuenta que la versión provista por Correa Amaya en ejercicio de su defensa material resultaba poco consistente, puesto que fue atravesada por permanentes comentarios que contradecían su contenido sustancial.

Así, por ejemplo, el acusado afirmó haber sido víctima de un ataque con un cuchillo y negó haber intentado desapoderar a las víctimas, a la vez que reclamaba que la pena solicitada por el fiscal era muy alta pues el hecho había quedado tentado.

Frente a ello, el juez consideró que la versión provista por las víctimas resultaba coherente, sólida y detallada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

En este sentido, los fundamentos de la sentencia –a los cuales remito en honor a la brevedad– dan cuenta de un desglose detallado de la versión de Rocío Castro Contreras y Luciano Olmedo; así como de su coherencia con la fotografía del cuchillo agregada al expediente, el acta de denuncia, la descripción del acusado contenida en el acta de aprehensión y el acta de visu, la declaración de Matías Sebastián Luján –efectivo de Preventores que intervino en la aprehensión– y las comunicaciones radiales.

Así, el tribunal concluyó que «[...] ambos testimonios coincidieron en todos los puntos centrales, es decir, circunstancias de tiempo –el horario en que aconteció el intento de robo–, circunstancias de lugar donde se desarrolló la acción –la intersección de las calles en donde se encontraban cuando fueron abordados– y las circunstancias de modo –que este sujeto blandió un cuchillo plateado de manera intimidatoria y bajo amenazas, dirigiéndolo en forma agresiva e intimidatoria les reclamó la entrega de sus pertenencias– todo ello con la precisión de una persona que ha vivido un hecho de este tipo.

Por otra parte, ambos reconocieron el elemento secuestrado –mediante material fotográfico– que fuera exhibido durante la audiencia, como el efectivamente utilizado en aquella ocasión [...]» –fundamentos, pág. 5–.

De manera tal que el predominio de la versión de las víctimas por sobre la del acusado no resulta arbitrario ni carente de sustento probatorio, como pretende la defensa.

En efecto, el análisis realizado demuestra que los vicios que la defensa adjudica a la decisión no son más que un intento por aislar elementos probatorios para debilitar su potencial convictivo, sin tener en cuenta que esta Sala Segunda reiteradamente se ha expedido por la vigencia de la teoría de la unidad de la prueba.

Ello, en tanto impone como regla la ponderación conjunta de aquéllos, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero integradas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (conf. «**Barrionuevo, Axel**», «**Gómez Muñoz**», entre otros).

De hecho, las críticas que plantea la defensa a la sentencia condenatoria son inconsistentes con la solución que pretende para el caso.

Así, y como se dijo, la defensa se edifica sobre la construcción del hecho como un conflicto verbal entre el acusado y las víctimas, donde el propio acusado sería el primer agredido, pero luego solicita que el caso sea calificado como tentativa de robo simple –en lugar de tentativa de robo agravado–, lo que no se condice con la prueba obrante en los presentes obrados.

Por las razones expuestas, considero que el recurso de casación planteado en estos autos debe ser desestimado, y que debe confirmarse en un todo la sentencia condenatoria impuesta a Cristian José Correa Amaya. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Cristian José Correa Amaya.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

61- HIDALGO y ot.. 18-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231218_FcHRA.pdf

Lex: Art. 162 del CP. Art. 38, inc. b de la ley 9106.

Vox: Hurto simple. Tuercas. Neumático. Tentativa. Unificación.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **cuatro meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de **hurto simple**. Se revocó la condicionalidad de la condena antes impuesta, y se unificaron ambas sanciones en la **pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo**.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación, y en consecuencia, corresponde casar el resolutive I de la sentencia dictada por el JPC, el que quedará redactado de la siguiente forma: Condenar a H.F., K. J., como autor penalmente responsable del delito de **hurto simple en grado de tentativa**, remitiendo las presentes actuaciones al JPC N° 1 para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se **determine la pena aplicable** al acusado respecto del hecho tenido por probado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 13851, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Determinación de la pena. Art. 38, inc. b de la ley 9106.

- Caccia. 28-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221228_FcMG.pdf
- Chacón Arroyo. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcCAY.pdf
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Gutiérrez F.. 24-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcGutierrez.pdf
- Medina. 06-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201106_FcMLA.pdf
- Arzuza. 16-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200616_FcArzuza.pdf

Parágrafos destacados

“...Ello por cuanto, a mi entender, el análisis jurídico del caso efectuado por el tribunal de la instancia previa es producto indiscutible de la **fragmentación del comportamiento delictivo** que conformó el objeto del presente proceso, con una ausencia notoria y decisiva de la valoración de las circunstancias fácticas que conforman el contexto modal que le es propio a este tipo de delitos. De tal modo que, considerar que el autor consumó un delito de hurto de tres tuercas que sirven para fijar un neumático de un automóvil, independientemente de la sustracción de este último objeto, no encuentra explicación razonable que no sea en aislar actos dinámicamente vinculados, y examinarlos –jurídicamente– en forma independiente, sin una visión de conjunto que los considere como integrantes de un mismo suceso delictivo que se produce por la realización sucesiva de actos ejecutivos dirigidos en su totalidad a la obtención de un único resultado material – meta propuesta–, y que, por tanto, aparecen guiados y motivados por un mismo plan delictivo en términos de subjetividad –dolo-...” (Dr. Valerio).

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-07279900-8/1((018501-130006)) FC/ HIDALGO, RODRIGO; ACEVEDO, ADRIAN E HIDALGO, KEVIN P/ HURTO SIMPLE (130006) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106434866*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07279900-8/1 caratulada “F. c/ HIDALGO FIGUEROA, KEVIN JOEL Y OTS. P/HURTO SIMPLE S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Kevin Joel Hidalgo Figueroa interpone recurso de casación la sentencia n° 13.851, y sus fundamentos orales, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa n° P-130.006/22, a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo e imposición de costas por considerársele autor penalmente responsable del delito de hurto simple.

En ese mismo pronunciamiento, se revocó la condicionalidad de la condena impuesta mediante sentencia n° 467 de fecha 25/03/2019, emitida por el Tribunal Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en la causa n° P-59.5718/19, y se unificaron ambas sanciones en la pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, pago de costas y accesorias legales.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado que «[p]ara fecha 09 de Diciembre de 2022 siendo las 01:00 hs de la madrugada aproximadamente en la intersección de calles Tiburcio Benegas y Emilio Civit de Capital; Acevedo Bracamonte Adrián Matías en compañía de Hidalgo Figueroa Kevin Joel y Hidalgo Figueroa Rodrigo Emanuel, quienes circulaban a bordo de un vehículo marca Chevrolet Corsa dominio JQB-174 que se encontraba estacionado en doble fila a la altura de un vehículo marca Chevrolet Onix dominio AF424FN, propiedad de Carrión Mariana Soledad; sustrajeron del mismo cuatro tuercas de la rueda trasera izquierda, hallando éstas el personal policial junto a una llave cruz, dos destornilladores, una pinza metálica y una linterna».

No obstante que la materialidad de los hechos y la autoría del acusado no resultaron aspectos controvertidos en el presente caso, por cuanto la defensa y el propio Mercado Cuello admitieron ambos extremos de la imputación delictiva, el tribunal de la instancia anterior consideró que ello también resultaba a partir de los elementos de prueba que acompañan la causa.

Entre esos elementos de prueba, la sentencia destaca la prueba instrumental ofrecida e incorporada al debate con omisión de lectura y sin oposición de las partes, entre ella: el acta de procedimiento policial y croquis ilustrativo, junto con las actas de ratificación de esas actuaciones de parte de los agentes de

seguridad intervinientes; el acta de aprehensión del acusado, junto con el acta de constatación de visu del mismo; el acta de retención vehicular y de secuestro; entre otros.

Este plexo probatorio se integra con el contenido de las declaraciones testimoniales brindadas durante la audiencia de debate por la víctima y denunciante de autos, Mariana Soledad Carrión García, junto con el testimonio del Oficial Auxiliar Alejandro Lencina, a las que aunó con las manifestaciones brindadas durante la investigación penal preparatoria por la Oficial Auxiliar Bettina Soria, obrantes en el acta que también fue incorporada al debate. La plataforma fáctica tenida por históricamente cierta fue encuadrada bajo la figura del hurto simple, ilícito previsto y penado en el art. 162 del CP, conforme lo fuera solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Para arribar a esa conclusión, la jueza de la instancia previa consideró que, en ella, se encontraban reunidos los elementos necesarios para tener por acreditado el aspecto objetivo y subjetivo que requiere la configuración típica del hecho en el sentido indicado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que la resolución atacada adolece de vicios en la aplicación de la ley sustantiva y en la observancia de normas procesales previstas bajo pena de **nulidad**. Todo ello, a su criterio, desacreditan la sentencia como acto jurisdiccional válido.

En el plano de los vicios de procedimiento, considera que nos encontramos ante una sentencia arbitraria, desprovista de fundamentos legales, que ha marginado prueba legítimamente incorporada vinculante con la decisión final, y que sólo se sostiene en la voluntad del tribunal de la instancia previa.

En concreto, refiere los siguientes argumentos.

a.- El tribunal no ha valorado correctamente lo declarado por la víctima de autos en debate, donde surge que hubo una plena recuperación de la res furtiva, que se produjo en simultáneo con la aprehensión del acusado. Ello impide considerar que el delito fue consumado, dado que el hurto no tuvo comienzo de ejercicio, porque el objeto de la sustracción fue la cubierta del rodado y no las tuercas.

b.- El fallo también es objeto de crítica en relación con el análisis que hace de la declaración del testigo Leandro Nicolás Lencina, auxiliar de la policía que intervino en el procedimiento, cuando a instancia de preguntas de la defensa dijo que el modus operandi de esta clase de delitos, por su experiencia, es que los autores primero extraen las tuercas y luego las cubiertas.

Esto evidencia que el dolo directo de los mismos, como requisito de la plataforma fáctica de autos, recaía sobre las cubiertas y no sobre el desapoderamiento de las tuercas que constituye un paso previo a esto.

c.- Sumado a ese testimonio, la jueza no ha valorado debidamente que lo manifestado por la auxiliar Betiana Soria durante la instrucción sumarial, dando cuenta que los autores se encontraban en doble fila al lado del vehículo de la víctima.

Es decir, se encontraban aun en el lugar de comisión del ilícito y, por tanto, aún no poseían un verdadero poder de disposición de ningún objeto.

d.- La valoración probatoria realizada por el tribunal de la instancia previa no se condice con el hecho acreditado en el debate ya que, si bien el acusado fue sorprendido in fraganti, no fue inmediatamente después de haber cometido el hecho delictivo, sino una vez iniciada la fase de ejecución del hecho, y nunca en posesión de la res furtiva, que es la rueda del vehículo de la víctima.

Este elemento es el que tiene un valor pecuniario apreciable que justifica un despliegue delictivo como el realizado por los sujetos que intervinieron en el presente hecho.

Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, aquellas consideraciones probatorias se proyectan

en el análisis jurídico del caso que propone el recurrente para quien, los hechos del proceso, configuran un hurto en grado de tentativa de la cubierta del vehículo de la víctima. Para sustentar ese planteo, postula las consideraciones que se detallan.

e.- La valoración del aspecto subjetivo del delito enrostrado al acusado no ha sido la correcta. El desapoderamiento no exige un dolo específico, aunque sí debe existir un dolo dirigido a querer apoderarse del objeto de valor pecuniario.

Si las tuercas que sujetaban la rueda del vehículo siniestrado hubiesen sido el objeto del delito, lo lógico habría sido que el acusado se retirara del lugar con la res furtiva para considerar consumado el hecho, lo que no ocurrió en los hechos, dado que el acusado permaneció en el lugar del hecho, después de haber logrado la remoción de aquellos objetos.

El acusado no ejerció un poder de disposición sobre las tuercas, ya que su extracción sólo constituyó un **paso previo en el iter criminis a la sustracción de la cubierta**. Las tuercas nunca fueron retiradas del lugar y los acusados fueron interceptados allí por la policía.

f.- Se ha producido un cambio abrupto durante el proceso, que obligó al acusado a tener que defenderse de una plataforma fáctica y una acusación que no coincidían con la realidad, atento a la absurda interpretación jurídica que llevó a calificar este hecho como **hurto consumado de las tuercas removidas** como paso previo a la sustracción de la cubierta del vehículo. Situación que ha vulnerado el principio de congruencia procesal.

Por lo expuesto, solicita se anule la sentencia y se ordene la realización de un nuevo debate. Subsidiariamente, se case la sentencia condenatoria impugnada, y se ordene el cambio de calificación a los hechos atribuidos en autos.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Argumenta, en esta línea, que la defensa pone en evidencia su discrepancia con la valoración que efectuó el tribunal de la instancia previa del plexo probatorio que, sin embargo, no logra demostrar la presencia de vicios o falencias en dicho razonamiento que impacten en la calificación legal del hecho en beneficio del acusado.

En concreto, considera que ha quedado demostrado que el acusado logró el desapoderamiento de las tuercas a la víctima, se apoderó de ellas, llevándoselas consigo en el vehículo en que se trasladaba y las colocó debajo de su cuerpo, disponiendo así de la res furtiva y privando a la víctima de las tuercas de su rodado.

Entiende que ilícito se produjo luego que el acusado desapoderó a la víctima de las tuercas para ejercer un acto de disposición por escasos minutos, lo que hace que el hecho quede consumado y no en tentativa como lo considera el recurrente.

Por otra parte, en relación con la alegada vulneración al principio de congruencia, expresa que el acusado se ha defendido del mismo hecho desde el inicio de la investigación, hasta el dictado de la sentencia.

Así, se le narró en diferentes oportunidades la misma plataforma fáctica con su correspondiente calificación legal, la cual se mantuvo intacta al momento de los alegatos de la acusación.

En función de lo expuesto, considera que la discrepancia puesta de manifiesto por el recurrente con la interpretación que hace la sentenciante, con la finalidad de beneficiar la situación del acusado, resulta insuficiente para sustentar el cambio de calificación legal, máxime cuando de los fundamentos dados por

la jueza surge la correcta valoración de los elementos probatorios que la condujeron a la certeza para condenar al justiciable por el delito atribuido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Luego de analizar los agravios expuestos por la defensa, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, debe anularse la sentencia condenatoria impugnada por las razones que a continuación paso a exponer.

En ese sentido, considero relevante señalar que el recurrente no ha cuestionado la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que resultaron definidas por la acusación fiscal en los alegatos de clausura del debate, y acreditadas en la sentencia impugnada.

En efecto, de la misma manera que ocurrió durante el juicio, la defensa del acusado no objeta la existencia material del hecho intimado, ni la responsabilidad penal que le cupo a su representado en el mismo.

Por ello, no hay lugar para la duda que obstaculice tener por cierto que el personal policial halló en poder del acusado al momento de su aprehensión –quien se encontraba junto a otros dos sujetos a bordo del mismo automóvil– varias **tuercas de sujeción de ruedas de vehículos**, entre ellas, las que se correspondían a la rueda izquierda del vehículo de la víctima, las que fueron halladas junto con otros elementos debajo de su cuerpo por personal policial mientras se encontraba a bordo de un vehículo estacionado en sentido colindante al siniestrado, ocupando el asiento de acompañante de aquel rodado.

Es decir, el acusado fue sorprendido in fraganti junto a sus compañeros por personal policial que llegó de inmediato al lugar del hecho.

A ello, se aduna la inexistencia de errores en el razonamiento seguido por el tribunal de la instancia previa al momento de valorar los elementos probatorios que acompañan la presente causa.

Esto se comprueba al examinar que cada una de las premisas que sustentan el análisis de ambos extremos de la imputación delictiva, se asientan correctamente en un adecuado proceso de valoración de la prueba por parte de la jueza de la instancia anterior.

En este proceso valorativo se destaca el análisis que se realiza en la sentencia de la escasa, pero contundente, prueba instrumental producida durante la investigación penal preparatoria, ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal, e incorporada por lectura y sin oposición de las partes durante el debate oral.

También, de las testimoniales producidas en diversas etapas del proceso, que acreditan que los acusados fueron sorprendidos in flagrante delicto, con la res furtiva en su poder. Lo brevemente expuesto demuestra, no obstante lo que se examinará a continuación, que los extremos fácticos de la acusación fiscal han sido comprobados en la presente causa, con el grado de certeza probatoria que exige una condena penal.

Ahora bien, entiendo que la conclusión a la que se arriba en el párrafo que antecede no obsta a la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido que se propone en el presente voto como respuesta a la primera cuestión planteada.

Ello por cuanto, a mi entender, el análisis jurídico del caso efectuado por el tribunal de la instancia previa es producto indiscutible de la **fragmentación del comportamiento delictivo** que conformó el objeto del presente proceso, con una ausencia notoria y decisiva de la valoración de las circunstancias fácticas que conforman el contexto modal que le es propio a este tipo de delitos.

De tal modo que, considerar que el autor consumó un delito de hurto de tres tuercas que sirven para fijar un neumático de un automóvil, independientemente de la sustracción de este último objeto, no encuentra explicación razonable que no sea en aislar actos dinámicamente vinculados, y examinarlos –

jurídicamente— en forma independiente, sin una visión de conjunto que los considere como integrantes de un mismo suceso delictivo que se produce por la realización sucesiva de actos ejecutivos dirigidos en su totalidad a la obtención de un único resultado material – meta propuesta—, y que, por tanto, aparecen guiados y motivados por un mismo plan delictivo en términos de subjetividad –dolo-.

En pocas –y simples palabras– en un delito patrimonial como resulta el investigado en autos, pensar que tres sujetos puede querer apropiarse únicamente de las tuercas que fijan el neumático de un automotor, y no de este último, constituye una operación intelectual que se aleja de ciertos criterios básicos que deben guiar el razonamiento jurisdiccional de un caso, particularmente de las leyes de la lógica, la experiencia y el sentido común.

En este sentido, comparto con la defensa del acusado que nos encontramos ante un típico caso de un hurto de la rueda de un vehículo automotor que **no ha superado la etapa del conato**.

Así, la sustracción sin fuerza ni violenta de las referidas tuercas no puede ser desvinculado – como ocurre en la sentencia– de la ulterior sustracción del objeto principal que persigue el comportamiento delictivo en sentido final, al que se pretende por su innegable y apreciable valor pecuniario.

Entiendo que, de acuerdo con la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia, el comportamiento delictivo del acusado no alcanzó en los hechos la etapa de la consumación delictiva, dado que el agente no logró apoderarse del neumático del automóvil de la víctima por causas ajenas a su voluntad –como objeto final propuesto al ejecutar su conducta–, como fue la intervención de los agentes de la fuerza pública.

Se verifica, por tanto, una **separación espacio-temporal objetiva entre ambos comportamientos**, que ha sido evidentemente asumida por el autor de acuerdo con el sentido –plan de acción– que le dio a su hecho, que impacta en la definición de los márgenes que determinaron su voluntad delictiva y, por ello, en el sitio en el que corresponde ubicar la conducta del acusado dentro del iter criminos delictivo.

Como lo dije, el inicio de la actividad punible, y sólo ello, está representado por el actuar de Hidalgo Figueroa de sustraer las tuercas referidas.

Ello marca en autos, siguiendo la fórmula legal de la tentativa prevista en el **art. 42 del CP**, el comienzo de ejecución de un delito determinado –hurto simple–, respecto de una cosa previamente individualizada y definida –cubierta trasera izquierda del vehículo ajeno estacionado en la vía pública–.

Aquel comportamiento resulta relevante en el plano jurídico-penal, dado que justifica el reproche a título de tentativa, por cuanto constituye –de modo netamente objetivo– la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma –art. 162 del CP– por parte del autor, dentro del contexto específico de actuación social.

Ahora bien, en esto **me diferencio de la jueza cuando estima irrelevante cuál haya sido la intención final del procesado**, es decir, si fue el desapoderamiento sólo de las tuercas, sólo de la cubierta, o de ambas (v. audiencia del día 6/6/23, a partir del min 00:20:30).

Pues el **contexto delictivo** dentro del cual se inserta la conducta que la sentencia estima por consumada demuestra precisamente lo contrario, esto es, que verdaderamente tiene trascendencia jurídica determinante para examinar el aspecto subjetivo del delito juzgado y, con ello, brindar una adecuada solución jurídica al caso.

Como lo dije, no hay duda que el agente fue sorprendido por personal policial junto a las tuercas de sujeción de una de las ruedas del vehículo de la víctima.

Pero ello lo fue evidentemente a modo de antesala del desapoderamiento de otro elemento material de propiedad de la víctima –bien mueble–, que nunca llegó a concretarse por circunstancias ajenas a su

voluntad, como fue la rápida y eficiente intervención de las fuerzas de seguridad, siendo sorprendido en flagrante delito en el mismo lugar del hecho, en posesión de los elementos hurtados.

Entiendo que este encadenamiento causal, en la dirección que el acusado le imprimió a su comportamiento delictivo, no fue debidamente considerado por el tribunal de la instancia previa al momento de encuadrarlo normativamente.

Así, el apoderamiento consumado de las tuercas, dentro del contexto fáctico que aparece definido por las circunstancias modales que rodean el caso, no puede ser aislado ni desvinculado de la sustracción tentada de la cubierta del rodado siniestrado, de acuerdo con la acción ejecutada por el agente, como erróneamente lo hace la sentencia impugnada, y determina su descalificación como acto jurisdiccional válido en el plano de la aplicación del derecho al caso concreto (art. 485 del CPP).

En ese entendimiento, la conducta del autor, vista objetivamente y en el contexto en que tuvo lugar, **no logró el resultado propuesto por el encadenamiento de un curso causal independiente de su propio dominio**, lo que impide la perfecta adecuación del hecho total a las exigencias de la descripción abstracta del delito en cuestión –consumación–.

La conducta, debido a esa interrupción, quedó incompleta de acuerdo a un juicio objetivo y racional ya que, si bien el sujeto dio principio al comportamiento descrito por la ley, no llegó a consumarlo por causas ajenas a su voluntad, siendo esa tentativa punible al haberse acreditado inequívocamente un comienzo de apoderamiento jurídico-penalmente relevante.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, casar el punto I de la sentencia recurrida. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: En razón del resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar el punto I de la sentencia n° 13.851, originaria del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar Hidalgo Figueroa, Kevin Joel, de otros datos filiatorios ya consignados en autos, como autor penalmente responsable del delito de hurto simple en grado de tentativa (Art. 162 y 42 del CP. y arts. 415, 557, 560 y concordantes del CPP) que se le atribuye en la presente causa N° P - 130.006/22».

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado.

En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38, inc. b de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en la citada norma para la determinación de la pena (ver, al respecto, «Caccia», «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza», entre otros) ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa técnica de Kevin Joel Hidalgo Figueroa. En consecuencia, corresponde casar el resolutivo I de la sentencia n° 13.851, originaria del Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar Hidalgo Figueroa, Kevin Joel, de otros datos filiatorios ya consignados en autos, como autor penalmente responsable del delito de hurto simple en grado de tentativa (Art. 162 y 42 del CP. y arts. 415, 557, 560 y concordantes del CPP) que se le atribuye en la presente causa N° P-130.006/22».

2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado respecto del hecho tenido por probado, de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 18 de diciembre de 2023.-

62- JOFRE. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	ANA	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcJFN.pdf

Lex: Art. art. 166, inc. 2°, 3° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Valoración de la prueba. Sana crítica.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y dos meses de prisión** por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2457, pronunciada por el TPC N° 2- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-07104096-2/1((018602-86423)) FC. C/ JOFRE FERNANDO NELSON RODRIGO P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106274618*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07104096-2/1, caratulada “F. C/ JOFRÉ FERNANDO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Nelson Rodrigo Jofré Fernando interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2457 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de tres años y dos meses de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (art. 166, inc. 2, tercer párr. CP).

Pronunciamiento dictado en los autos n° P-86.423/21.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[...] el día 28 de agosto de 2021, siendo aproximadamente las 19:00 horas, en calle Carrosella, a metros de Carril Nacional de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, Mendoza, Nelson Rodrigo Jofré Fernando, junto a dos sujetos no identificados a esta altura de la investigación, interceptaron al ciudadano Cristian Daniel González Morales, quien acababa de abordar su vehículo Volkswagen Gol Power domino EHP 616 de color rojo, y previo apoyarle Jofré Fernando un arma de fuego en el cuello, le manifestó “dame el auto” para luego golpear en la frente a la víctima con la culata del arma, por lo que González Morales descendió de su vehículo». «Acto seguido Jofré se subió al vehículo en el asiento del conductor, a la vez que otro de los sujetos no identificados se subió en el asiento delantero del acompañante, dándose ambos sujetos a la fuga en dicho rodado; a la vez que el tercer sujeto no identificado, salió corriendo en la misma dirección que el vehículo». «Posteriormente, siendo aproximadamente las 01:00 hs. del día 29 de agosto de 2021, el señor González Morales logra divisar el automóvil sustraído en la entrada a la villa de Rodeo de la Cruz, encontrándose junto al vehículo Jofré junto a cuatro personas no identificadas, momento en que la víctima comenzó un forcejeo con Jofré, quien le propinó golpes en la cabeza y en la espalda, dándose a la fuga todos los sujetos del lugar; por lo que la víctima logró recuperar su automóvil, pero constató el faltante de los siguientes elementos que se encontraban en el interior del mismo: un teléfono celular marca Samsung J2 de color negro con vidrio templado partido con una “y” en la esquina, número de línea 2612087428 de la compañía Claro, una billetera de color marrón con negro, de cuero, que contenía DNI a nombre de la víctima y un mil setecientos pesos aproximadamente».

Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: las declaraciones de Cristian González, Alberto Carmona y el personal policial interviniente; la declaración del acusado y el acta de procedimiento, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación

La defensa de Nelson Jofré interpone su recurso en función del art. 474, inc. 1 del CPP, en tanto entiende que la resolución atacada adolece de vicios de procedimiento que ameritan su nulidad.

En concreto, sostiene que no se encuentra acreditada la materialidad del hecho ni la autoría.

Respecto de lo primero, advierte que el juez sentenciante ha valorado de manera arbitraria las pruebas obrantes en la causa.

Por otro lado, pone de relieve que no se ha considerado adecuadamente la hipótesis defensiva, la cual se basa en la declaración brindada por el acusado.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto.

En este sentido, el titular del Ministerio Público Fiscal pone de relieve que el recurrente concentra sus esfuerzos en invalidar el trabajo de valoración probatoria llevado a cabo por el juez sentenciante.

En relación con ello, realiza una revisión del testimonio de la víctima, así como de la versión brindada por el acusado, validando la primera y descartando la segunda como una explicación plausible del suceso. En el dictamen referido se pone de relieve que la víctima señaló a Nelson Jofré como el autor del hecho ya en tempranos momentos de la investigación, lo cual consta en el acta de procedimiento ratificada por el personal policial actuante.

A favor de este testimonio de cargo, se destaca el temperamento del juez al no advertir ningún indicio de ganancialidad, así como el hecho de que sus dichos se encuentran validados por el testimonio de Alberto Carmona.

En función de lo expuesto, el Procurador considera que debe convalidarse en esta instancia la sentencia cuestionada por la defensa.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Nelson Rodrigo Jofré considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse el recurso impetrado y confirmarse la sentencia impugnada.

Como referí al sintetizar los agravios articulados por el recurrente, éstos giran en torno a la valoración de la prueba de cargo llevada a cabo por el juez sentenciante.

Al mismo tiempo, critica que la hipótesis defensiva no haya sido tomada en serio por el tribunal de juicio. La principal prueba de cargo es el testimonio de Cristian González, quien describió la manera en que se sucedieron los hechos e individualizó a Nelson Jofré como una de las tres personas que lo despojaron de su vehículo –exhibiéndole un arma de fuego mientras le exigía la entrega del rodado–.

Al momento de declarar en sede de debate, la víctima explicó que conocía al acusado de vista de cuando trabajaba en una fábrica de agroquímicos y que está seguro que fue uno de los involucrados en el robo (fundamentos, p. 4).

En esta línea, el juez sentenciante entendió que «durante todo el desarrollo del proceso, la víctima de autos, ha señalado claramente a Jofré Fernando, como uno de los autores del desapoderamiento ilegítimo

de su vehículo automotor, quién mediante el uso de un arma de fuego le exigió la entrega del vehículo y al que su acompañante lo identificó como Rodrigo.

No se ha advertido ningún tipo de animosidad ni motivaciones espúreas por parte del denunciante quién ha manifestado conocer de vista al encartado y a quién no lo une ningún tipo de amistad ni de enemistad» (fundamentos, p. 7).

A su vez, al requerírsele que describiera físicamente al autor del hecho brindó una imagen que coincidía con la altura, estructura corporal y edad del acusado.

En particular, en la sentencia se destacó que la víctima al momento de realizar dicha descripción hizo hincapié en que el autor llevaba el cabello teñido de color amarillo, circunstancia que fue corroborada al realizarse su descripción de visu al momento de ser aprehendido.

Sin embargo, esta prueba no es la única considerada por el tribunal de juicio. Alberto Carmona, tío de la víctima, refirió el modo en el que se produjo el hallazgo y recuperación del rodado, así como las manifestaciones espontáneas de su sobrino individualizando al autor; expresiones que fueron consignadas en el acta de procedimiento –firmada y ratificada por los efectivos policiales intervinientes, Gastón Gardella e Hilda Bravo–.

Esta referencia forma parte de la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de juicio (fundamentos, p. 7).

Recordemos que Nelson Jofré fue detenido en el momento en que se recuperó el automóvil luego de forcejear nuevamente con la víctima –sin embargo, no se recuperaron el resto de los elementos sustraídos–.

Finalmente, la versión brindada por el acusado al momento de declarar no puede ser considerada una explicación alternativa a la postulada por el órgano acusador, pues ella no se basa en elementos de pruebas o corroboraciones periféricas objetivas que permitan tenerla como verosímil.

Nelson Jofré sostuvo que el día de los hechos había salido de trabajar, fue a su casa, almorzó, se bañó y junto a su mujer y uno de sus hijos se dirigió hacia la casa de sus padres, él lo hacía en una moto y su mujer en bicicleta. Al llegar a la casa de su padre, éste le solicitó que fueran a la casa de Mayorga a arreglar la caja de un vehículo y luego se quedaron en ese domicilio y comieron un asado.

Al regresar a su casa, en el denominado asentamiento «el BAP», alrededor de las 22.30 hs fue a buscar a su hermana que trabaja en un hotel y luego regresó a su casa y se acostó a dormir.

La única prueba aportada por la defensa para apuntalar el relato de Nelson Jofré fue una videofilmación en el que se observa a una mujer circulando en bicicleta, mientras que el encausado se desplaza conduciendo una motocicleta. Sin embargo, la fecha y hora de la grabación no coincide con la expresada por el acusado al momento de declarar.

En suma, el razonamiento del tribunal de juicio se ajusta a las reglas de la sana crítica y conduce a descartar la versión defensiva como una explicación alternativa razonable a cómo sucedieron los hechos y, a la inversa, considerar acreditada la hipótesis acusatoria.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde contestar negativamente a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa particular de Nelson Rodrigo Jofré Fernando y confirmar la sentencia nº 2457 y sus fundamentos.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4

.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

63- RENGIFO. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AFA	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcRCD.pdf

Lex: Art. 167, inc. 1°; 166 inc. 2°, 2° párrafo y art. 277, inc. 1°, apartado c), 55, 41, todos del CP.

Vox: Robo agravado. Despoblado y en banda. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso real. Encubrimiento simple. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en lugar despoblado y en banda, robo agravado por el empleo de arma de fuego apta para el disparo en concurso real con encubrimiento simple (arts. 167, inc. 1°; 166 inc. 2°, segundo párrafo y art. 277, inc. 1°, apartado c), 55, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2502, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. (Licencia) Adaro.

Fallo:

CUJ: 13-07183471-3/1((018601-104321)) FC/RENGIFO CHAME DANIEL DAVID P/ROBO AGRAVADO (104321) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106347736*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07183471-3/1, caratulada "F. C/ RENGIFO CHAME S/ CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Daniel David Rengifo Chame interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2502 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de nueve años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser en lugar despoblado y en banda, robo agravado por el empleo de arma de fuego apta para el disparo (P104.321/21) en concurso real con encubrimiento simple (P-104.073/21) (arts. 167, inc. 1°; 166 inc. 2°, segundo párrafo y art. 277, inc. 1°, apartado c), 55, todos del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[e]l día 11 de Octubre de 2021, en hora estimada 22:00, David Daniel Rengifo Chame y otros tres sujetos aún no individualizados, se presentaron en el domicilio sito en Las Heras 5211, Fray Luis Beltrán, Maipú, a bordo de una camioneta Ford Eco Sport, dominio HYY107, allí exhibieron armas de fuego a los moradores y lograron sustraerles un televisor Noblex de 32 pulgadas tipo smart tv, color negro, con su control remoto, 19.000 pesos, tres canes de raza "salchicha", un par de zapatillas Fila, negras con suela blanca, talle 35/36, un celular iPhone 7 plus con línea de Tuenti número 2617117651 color blanco y dorado atrás, con funda transparente, un celular Samsung A7 de color beige y símil vidrio en su parte trasera, con línea de Claro 2616919689, una mochila gris con bolsillo grande con doble cierre y bolsillo con cierre adelante, una billetera negra cuadrada, una mochila negra con flores rosadas con ropas varias, un alisador de cabello Atma, de color negro,, una cartera de cuero negra, dándose a la fuga en el vehículo mencionado, previo efectuar un disparo con arma de fuego en forma intimidatoria. Momentos después, en las inmediaciones de Los Álamos y Ruta 20 del mismo departamento personal policial procedió a interceptar la camioneta y a la aprehensión del imputado» (véase expte. digital). Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: las declaraciones de las víctimas, las declaraciones del personal policial interviniente, el descargo del acusado, el acta de procedimiento y el acta de detención, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- El recurso de casación

La defensa de Daniel Rengifo interpone su recurso en función del art. 474, inc. 1 del CPP, en tanto entiende

que la resolución atacada adolece de vicios sustanciales que ameritan su nulidad.

En concreto, sostiene que, al momento de individualizar la pena, el juez no ha aplicado al caso los parámetros contenidos en el art. 41 CP.

En este orden de ideas, postula que se han considerado como circunstancias agravantes la pluralidad de personas, la nocturnidad y el disparo del arma de fuego, cuando en verdad estas variantes están previstas en el tipo penal endilgado.

A su vez, la defensa se agravia en que el juez estimó que el hecho de tener trabajo al momento del hecho debía ser contemplado como una circunstancia agravante.

Acto seguido, se critica que se agrave la pena con base en el daño psicológico causado por el autor a las víctimas, cuando no se cuenta en la causa con ningún informe o dictamen que acredite tal situación.

Por otra parte, se objeta la utilización del examen psicológico del acusado en su contra, lo cual sería un resabio del derecho penal de autor. Finalmente, la defensa cuestiona que no se haya considerado como atenuante que el autor posee tres hijos menores que dependen económicamente de él. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y confirmar la sentencia puesta en tela de juicio. Para el titular del Ministerio Público Fiscal la sentencia no adolece de vicios y aparece como el resultado de un razonamiento ceñido a las reglas de la sana crítica racional.

En particular, en el dictamen referido se refuta la idea de que exista una doble valoración de circunstancias agravantes en el ámbito del tipo penal y de la culpabilidad. Se rechaza, a su vez, que la situación laboral del acusado haya sido valorada en su contra de manera infundada, del mismo modo que se refuta que se haya avanzado sobre el derecho penal de autor al utilizar el examen psiquiátrico del acusado.

Finalmente, en relación con el daño psicológico causado a la víctima, en tanto pauta de mensuración de la pena establecido por el art. 41 CP, entiende que el mismo fue correctamente valorado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Rengifo considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe rechazarse la impugnación y confirmarse la sentencia condenatoria.

El planteo defensivo no cuestiona la existencia del hecho o la autoría del acusado y se centra exclusivamente en la actividad llevada a cabo por el juez en el nivel de la determinación de la pena. El fin del recurrente es que se case la sentencia y se aplique una pena de seis años y ocho meses de prisión. Para ello, despliega un ataque múltiple que se articula en cinco puntos que son objeto de agravio.

Comienza oponiendo que el juez sentenciante realiza una doble valoración en la culpabilidad de circunstancias que ya se encuentran contempladas en los tipos penales imputados.

Dicho con otras palabras, según el letrado, el juez valoraría en la culpabilidad circunstancias que integran el injusto penal. Ellas serían la pluralidad de intervinientes, la nocturnidad y el disparo del arma de fuego (véase audiencia de fundamentos del día 16 de diciembre (segunda parte) a partir de 02:30:00 en adelante). Sin embargo, bien vista, la sentencia no cae en esta trampa.

En primer lugar, la nocturnidad no es un elemento típico que integre las figuras imputadas. Acaso, las condiciones nocturnas de una agresión pueden habilitar a la víctima a que despliegue una defensa

privilegiada, dados los extremos exigidos por el **art. 34, inc. 6 CP**, pero no integran las figuras del art. 167, inc. 1 y 166, inc. 2, segundo párrafo, todos del CP.

No obstante, es razonable pensar que el hecho llevado a cabo en la noche fue sorpresivo y disminuyó seriamente la posibilidad de defensa de la víctima y, por ello, fue considerado por el tribunal de juicio como más grave.

También debe rechazarse un ataque a la sentencia con base en la doble valoración de la pluralidad de intervinientes y el disparo del arma de fuego.

Respecto de lo primero, el agravante del robo cuando se comete en banda, no quita que la división de tareas pueda cuantificarse en relación con su específica forma de afectación al bien jurídico protegido. Piénsese, por ejemplo, que se verifica una banda tanto cuando el robo lo ejecutan tres personas como cuando lo ejecutan diez.

En el caso de autos, el juez puso de relieve que la banda la integraron cuatro personas y que todas ellas acometieron a las víctimas con armas de fuego, aumentándose así el poder de fuego, potencialidad del daño e intimidación de las víctimas.

En relación con el disparo del arma de fuego, si bien el art 166, inc. 2, segundo párrafo CP agrava el hecho cuando se usan armas de fuego aptas para el disparo, el uso que de ellas puede ser valorado como más o menos grave de acuerdo con el contexto y las circunstancias.

En este caso, el disparo fue ejecutado contra una mujer indefensa que intentaba proteger a sus perros salchichas, lo cual evidencia la naturaleza extremadamente violenta del robo.

Por su parte, en lo que hace al lugar dado a la situación laboral del acusado al momento de ejecutar el robo, la cual es considerada por el juez al determinar la pena, tiene que ver con la específica forma de comisión del hecho: utilizando para cometer el delito el rodado que le fuera confiado para llevar a cabo las tareas asignadas por su empleador.

Respecto al daño psicológico causado a la víctima, otro de los argumentos brindados por el juez para apartarse del mínimo de la escala penal, cabe decir que también aparece como razonable.

Ello en tanto, el magistrado sentenciante escuchó con la inmediatez propia del juicio oral a las víctimas y pudo percibir personalmente la afectación sufrida como consecuencia del robo. Tómese en consideración, además, que la víctima está bajo tratamiento por padecer estrés postraumático.

Dicho esto, corresponde responder el agravio relativo a la utilización del examen psiquiátrico practicado al acusado como un argumento usado en su contra al momento de evaluar la necesidad de pena. El letrado defensor opone que el juez avanza sobre el terreno del derecho penal de autor y valora cuestiones que hacen a la persona y no al hecho imputado.

Sin embargo, compulsadas las constancias de la causa y revisadas las audiencias de debate, surge que el juez únicamente se limitó a poner en relación la naturaleza violenta del robo con algunos matices que surgieron del examen psiquiátrico practicado a Daniel Rengifo.

De este modo, no advierto que se haya violado este principio central del Derecho penal moderno.

Finalmente, tampoco estimo que la omisión de considerar que el acusado tiene hijos deba invalidar la sentencia puesta en tela de juicio por el recurrente.

En efecto, los agravantes han sido ponderados con justicia por el juez y la no incorporación de la circunstancia referida no implica necesariamente una variación de la pena que condujese a la nulidad de la condena. Por otra parte, no debe perderse de vista que otras circunstancias atenuantes tales como su bajo nivel de instrucción como su edad si fueron consideradas (véase audiencia de fundamentos, 02:34:00 en adelante).

En suma, estimo que la actividad llevada a cabo por el tribunal de juicio al momento de refutar el hecho del autor mediante una pena acorde al injusto y la culpabilidad del autor es correcta.

Por ello, corresponde rechazar el recurso incoado y validar la sentencia puesta en tela de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso deducido por la defensa particular de Daniel David Rengifo Chame y confirmar la sentencia N° 2502.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

64- VERGARA y MANSILLA. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	EGT	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcVBF.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 42, 41del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Tentativa. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de prisión siete años y nueve meses por considerársele coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 13205, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Córdoba, Jorge Antonio
- Lobos Gras. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Lobos Gras. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf
- Carpintero. 23-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220623_FcCSL_Plenario.pdf
- Luna Cisterna. 17-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLuna.pdf
- Maldonado Quiroga. 29-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220329_FcMQM.pdf
- Nuñez Credi. 28-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231128_FcNCF.pdf

Doctrina citada.

ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116

D'ALESSIO, Andrés J. (Director) - **DIVITO, Mauro** (Coordinador), Código Penal comentado y anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia).

Fallo

CUIJ: 13-07217956-5/1((018502-102407)) FC/ VERGARA BAZAN FRANCO LEANDRO ADRIAN Y MANSILLA MERCADO ALDO HIGINIO P/ ROBO AGRAVADO EN TENTATIVA (102407) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106378366*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07217956-5/1 caratulada “F. c/ VERGARA BAZÁN FRANCO LEANDRO ADRIÁN Y MANSILLA MERCADO ALDO HIGINIO P/ ROBO AGRAVADO EN TENTATIVA (102407) S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Aldo Higinio Mansilla Mercado interpone recurso de casación contra la sentencia n° 13.205, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto se condena a Aldo Higinio Mansilla Mercado, en la causa n° P-102.407/22, a la pena de prisión siete años y nueve meses por considerársele coautor penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa consideró acreditado que «[...] el día 30 de setiembre de 2022, siendo las 20:37 hs aproximadamente, en momentos en que la víctima Gabriel Esteban Olleres Salguero, se encontraba en su local comercial ubicado en calle Independencia N° 902 Las Heras, junto a su empleado Airton Quiroga, ingresaron dos sujetos posteriormente individualizados como Franco Leandro Adrián Vergara y Aldo Higinio Mansilla Mercado. En tales circunstancias Mansilla Mercado, el cual se encontraba munido de un arma de fuego tipo revólver, se dirigió a las víctimas les apuntó con el elemento mencionado, para luego exigirles ambos encartados la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), para inmediatamente darse a la fuga con la res furtiva en su poder. Acto seguido, las víctimas comenzaron una persecución en procura de los sindicados, los cuales en la huída realizaron disparos con el arma de fuego referida ut supra, para posteriormente ser aprehendidos por personal policial que fue advertido de la situación. Se procedió a la aprehensión de Franco Leandro Adrián Vergara y de Aldo Higinio Mansilla Mercado en poder de un revólver calibre 32 largo, de color negro con cachas de plástico de color negro con la inscripción Industria Argentina, marca Custer con número fabril A4675 de siete [alveolos], con cuatro vainas servidas en el tambor, con dos municiones percutadas en su fulminante y una munición sin percutar, lográndose recuperar asimismo, la suma de dinero sustraída en poder de los encartados. Posteriormente, personal de División Balística de Policía de Mendoza, informó que el arma mencionada se clasifica según la Ley Nacional de Armas como un arma de fuego de uso civil».

La jueza de sentencia condenó a los autores por la figura de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa y sancionó a Mansilla Mercado a la pena de prisión de siete

años y nueve meses y a Vergara Bazán a seis años y cuatro meses de prisión. Para así resolver, valoró las declaraciones testimoniales producidas durante el debate oral de Ayrton Josué Quiroga, Maximiliano Olleres, Gustavo Fernando Olleres, Juan Josué Cansino y Lucas Abrego junto a todo el material probatorio instrumental debidamente incorporado al juicio.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Aldo Higinio Mansilla Mercado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en su contra de conformidad con los arts. 475, 480 y 474 incs. 1 y 2 del CPP. Cuestiona únicamente el monto de la pena impuesta a Mansilla Mercado por considerar que no se tomaron en debida consideración las pautas mesurativas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP.

Sostiene que se omitió la valoración de circunstancias atenuantes, por lo que se violó su derecho de defensa y del debido proceso legal. Plantea que la gravedad de la conducta no es la establecida en la sentencia de condena y que las circunstancias agravantes consideradas se encuentran contempladas en el tipo penal por lo que se realizó una doble valoración.

Critica que la jueza se enfocara exclusivamente en las circunstancias fácticas del hecho y no en las personales del autor que debieron funcionar como atenuantes de la pena. Destaca que Mansilla Mercado tiene 63 años y escaso nivel de instrucción, que es jornalero, que no posee domicilio fijo ni familia a la que recurrir, todo lo cual considera que debió ser valorado para atenuar la sanción. Por lo expuesto, solicita la nulidad de la parte pertinente de la sentencia y que se adecúe la pena. Finalmente, realiza reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en razón del recurso de casación impetrado por la defensa y propicia su rechazo sustancial. Considera que la pena impuesta en la sentencia se encuentra debidamente fundada respecto de Mansilla Mercado.

Afirma que no se ha realizado una doble valoración por parte de la jueza de sentencia al determinar la sanción, en tanto lo valorado es el modus operandi en el intento de realización del delito, que lo analizado en este caso es la modalidad comisiva.

Además, agrega que la pena no se advierte desproporcionada ni arbitraria, sino ajustada a la penalidad prevista en abstracto. En consecuencia, solicita el rechazo del recurso presentado y la confirmación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mansilla Mercado, considero que corresponde su rechazo de conformidad con los argumentos expuestos a continuación.

La defensa se circunscribe a criticar únicamente la pena impuesta a Mansilla Mercado y que no cuestiona la acreditación del hecho investigado y la calificación atribuida a los mismos. Resulta relevante aclarar que tampoco es cuestionado por la defensa la condena de Vergara Bazán en el hecho como coautor, la calificación del hecho y la pena de prisión impuesta.

Ahora bien, en diversos precedentes he sostenido que las consecuencias del acto de individualización de la pena son determinantes y que la posibilidad de recurrirlo y de que sea revisado resulta un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal (ver, al respecto, «Driuzzi», «Barrera Scatareggia», entre otros).

Al momento de la determinación de la pena, la jueza de instancia anterior explicó que la escala penal dentro de la cual correspondía determinar el monto de la sanción penal poseía un mínimo de cuatro años y cuatro meses y un máximo de diez años de prisión de conformidad con la calificación atribuida y el precedente «**Carpintero Sbarbat**». P

or lo que corresponde que analicemos si dentro de este marco penal la sentenciante justificó la sanción específicamente impuesta a Mansilla Mercado en cumplimiento con las pautas de valoración que prevé nuestro Código penal en la materia.

Al respecto, debe señalarse que, al exponer sus alegatos finales, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó una pena de diez años más la declaración de reincidencia respecto de Mansilla Mercado y de nueve años más la declaración de reincidencia respecto de Vergara Bazán. Por su parte, la defensa de los acusados solicitó el mínimo de la escala penal.

Desde el punto de vista de los límites que le impone el principio acusatorio a la función jurisdiccional la sanción de siete años y nueve meses de prisión impuesta a Mansilla Mercado se encuentra ajustada a derecho (ver al **respecto «Driuzzi»**).

Ahora bien, corresponde analizar la determinación concreta del monto de la sanción desde el punto de vista material.

En otras palabras, en razón de los cuestionamientos de la defensa, debe determinarse si se han meritado correctamente las pautas previstas en los art. 40 y 41 del CP al momento de determinar la pena en concreto por el delito atribuido en el caso de autos.

Comparto con la jueza de instancia anterior que la plataforma fáctica acreditada en el debate oral imponía sanciones penales diferenciadas a los distintos intervinientes en el hecho de acuerdo con el peso y magnitud de los aportes efectuados en la obra colectiva.

Si bien la defensa refiere que la calificación legal de los hechos ya toma en consideración la utilización de un arma de fuego con aptitud para el disparo acreditada en la comisión del robo, lo cierto es que fue su específico uso en el caso lo tomado en consideración por la jueza de sentencia como agravante.

En este sentido, valoró que de forma coordinada y con determinación de tareas por parte de los coautores Mansilla Mercado y Vergara Bazán se llevó adelante el robo de la suma de trescientos mil pesos que había en el negocio propiedad de las víctimas.

En este orden, la jueza debidamente valoró que Mansilla Mercado accionó, en más de una ocasión, el arma de fuego contra de las víctimas al intentar huir y del personal policial mientras se procuraba su aprehensión. Consideró, además, que el grado de afectación de los bienes jurídicos vida e integridad personal fue altísimo y que eso debía tener su correlato en la sanción penal.

De las testimoniales producidas durante el debate se comprueba que Mansilla Mercado portaba el arma y que efectuó varios disparos. Maximiliano Olleres afirmó, en este sentido, que Mansilla Mercado le disparó dos veces a su persona y que logró tirarse a la acequia y esconderse. Asimismo, que cuando salió ya lo habían logrado aprehender.

Que pudo ver cómo le gatilló a la cabeza a uno de los policías momentos antes de la aprehensión.

Por su parte, Gustavo Fernando Olleres explicó que Mansilla Mercado le disparó tres veces a su persona, pero que en esa ocasión no salieron los proyectiles, que luego le disparó a su hijo Maximiliano, que a continuación golpeó el arma contra la pared, lo que produjo que el arma se disparara y saliera el proyectil.

A ello, se agrega la declaración del personal de policía Juan Jesús Cansino, quien mencionó que fue a él quien Mansilla Mercado disparó en última ocasión, antes de la aprehensión, en dirección a su cabeza, pero que el proyectil no logró salir.

A partir de todo ello quedó comprobado que Mansilla Mercado poseía un arma de fuego con carga completa de proyectiles y que realizó diversos disparos, algunos contra la humanidad de las víctimas y del personal policial, y otros al aire. Como también que por razones ajenas a su dominio algunos proyectiles efectivamente fueron disparados y otros no.

Esta modalidad del hecho, que expone la mayor peligrosidad en el actuar con el arma de fuego, fue lo debidamente valorado por la jueza de instancia previa para imponer una pena mayor a Mansilla Mercado que a Vergara Bazán. Así las cosas, no existe una doble valoración prohibida sino una ponderación de la intensidad –o grado– con que fue utilizada el arma en el hecho (ver, al respecto, **«Córdoba, Jorge»**, **«Luna Cisterna»**, **«Maldonado Quiroga»**, entre otros).

Por su parte, la jueza de instancia anterior valoró que Mansilla Mercado era una persona adulta y consideró que era esperable un mayor control del manejo de sus impulsos, lo que no ocurrió en el caso de autos.

En relación con las circunstancias que la defensa considera que debieron ser valoradas como atenuantes, debe decirse que las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP no resultan obligatorias.

Como expuse en el precedente **«Núñez Credi»** los criterios normativizados constituyen parámetros a seguir, más no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados (vera, al respecto y entre otros, **«Córdoba, Jorge»** y **«Lobos Gras»**).

Por su parte, en el caso concreto bajo estudio la defensa no explica debidamente porqué esa valoración debería tener incidencia en el monto de la sanción impuesta.

En definitiva, la jueza de sentencia debidamente valoró y justificó el monto de pena impuesto a Mansilla Mercado de conformidad con los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del CP. Por lo que corresponde confirmar la sentencia de grado anterior.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Aldo Higinio Mansilla Mercado. 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

65- MAYA. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcMEF.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Concurso ideal. Poblados y en banda. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión** en efectivo por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2745, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-07240619-7/1((018602-53452)) FC/ MAYA, EMMANUEL FERNANDO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO SE TIENE DE NINGUN MODO POR ACREDITADA (53452) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106398486*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-07240619-7/1 caratulada "F. c/ MAYA EMMANUEL FERNANDO P/ ROBO AGRAVADO (...) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa de Emmanuel Fernando Maya interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.745 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto allí se resuelve condenar a aquél, en causa n° P-53.452/21, a la pena de cuatro años de prisión en efectivo por considerárselo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en lugares poblados y en banda (arts. 166 inc. 2, 3° párr., 167 inc. 2 y 54 del C.P.).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada por la defensa, en lo que aquí interesa, consideró acreditado que «[...] el día 31 de mayo de 2021 en horas de la tarde en la puerta de la Escuela Pedro Molina Enrique, cuando faltaban pocos minutos para la salida del turno tarde, se apersonaron dos hombres [uno de ellos Emmanuel Fernando Maya] munidos de al menos un arma de fuego y despojaron de diversos bienes a varias de las personas que se encontraban allí», luego de lo cual abordaron un vehículo marca Volkswagen, modelo gol, conducido por una tercera persona no identificada, y se retiraron del lugar (cfr. Fundamentos, pp. 5 y 7). Para así decidir, valoró, entre los elementos de prueba más relevantes, las declaraciones testimoniales vertidas durante el debate, tanto por María Daniela Vera, como también por las víctimas del hecho, Florencia Camargo y Sergio Gonzalo Carrillo.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Emmanuel Fernando Maya interpone su impugnación en función del art. 474, inc. 2 del CPP. Por un lado, afirma que la sentencia recurrida es contradictoria en su razonamiento. En este sentido, argumenta que la jueza de la instancia previa dice haber obtenido la certeza necesaria para condenar con base en las declaraciones testimoniales de las víctimas pero, al mismo tiempo, admite también que su defendido no fue debidamente reconocido por ninguna de ellas.

Según la defensa, prueba de lo anterior es que el acta de visu describe al imputado como una persona que puede medir cerca de 1.90 m., mientras que la testigo Vera estimó la altura del autor del hecho en 1.60 m. Por otro lado, afirma que la sentencia es incoherente, pues la prueba se ha valorado de manera

descontextualizada y, por tanto, sin apegarse al criterio de la sana crítica racional. En esta línea, argumenta que si se prescinde de la influencia que ejerció la testigo Vera sobre las víctimas del robo, en tanto esa testigo indujo a las víctimas para que estas afirmen que el autor del hecho era Maya, no existen otros elementos de prueba que permitan destruir el estado de inocencia del imputado. De hecho, destaca que, producto de los antecedentes penales del imputado, la jueza ha incurrido en un sesgo cognitivo que le ha impedido valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica racional. En subsidio, solicita que se reduzca al mínimo legal el monto de pena impuesto, atento a que este se encuentra cursando estudios universitarios. Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa, si bien resulta formalmente procedente, debe ser rechazado en lo sustancial. En primer lugar, porque en contra de lo sostenido por el recurrente, no existen elementos que permitan afirmar que la testigo Vera haya determinado o influenciado a las víctimas.

En segundo término, en tanto tampoco se advierte contradicción o incoherencia alguna en la sentencia recurrida, así como tampoco falta de fundamentación suficiente, razón por la cual el planteo defensivo es en este punto infundado.

En función de lo expuesto, considera que la sentencia de la instancia anterior debe ser convalidada en su totalidad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado debe ser rechazado, confirmándose en esta instancia la sentencia condenatoria emitida por la jueza de la instancia anterior. Paso a explicarlo.

En primer lugar, corresponde tratar el agravio defensivo según el cual la sentencia condenatoria adolecería de una fundamentación contradictoria y sería incoherente, apartándose así del criterio de la sana crítica racional.

Conforme lo sostenido por la defensa, la jueza ha asentado su decisión en las declaraciones testimoniales de las víctimas y, al mismo tiempo, habría admitido que ninguna de las víctimas pudo reconocer a su defendido como uno de los coautores del hecho investigado. Al respecto, del análisis de los fundamentos del resolutivo surge evidente que el agravio incoado no puede prosperar.

En efecto, la motivación allí vertida resulta coherente y suficiente para el mantenimiento de la sentencia como un acto jurisdiccional válido. Adoptar la extrema solución que conlleva la anulación de una sentencia exige que los defectos de los que esta adolece revistan una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos –**L.S. 186-427, 153- 011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros–.

En efecto, la jueza de la instancia previa en ningún momento admite aquello que la defensa alega; más bien al contrario: afirma –tajantemente– que la testigo Camargo y el testigo Carrillo, una vez que Daniela Vera les proporcionó los datos del imputado, lo encontraron a través de la red social Facebook y que ambos están seguros que era el mismo sujeto que les robó, pues pudieron ver las fotos y reconocerlo (ver, al respecto, fundamentos, p. 4 y 5).

En segundo término, tampoco resulta procedente el agravio en virtud del cual la defensa afirma que la jueza se habría apartado de la sana crítica racional por haber sufrido una especie de «**sesgo cognitivo**» derivado del carácter de reincidente que presenta el imputado.

Al respecto, advierto nuevamente aquí la ausencia de sustento argumental en la afirmación impetrada por

la defensa.

No existe en la sentencia indicio alguno que permita siquiera sospechar que el carácter de reincidente de Maya haya influido en el razonamiento de la jueza a la hora de determinar su intervención punible en los hechos investigados.

La compulsa de los fundamentos permite advertir que la conclusión incriminatoria ha estado exclusivamente asentada en dos premisas básicas.

El contenido de la primera premisa viene dado por las indubitables afirmaciones que realizaron las víctimas y demás testigos del hecho en oportunidad del debate oral.

En efecto, en todas esas declaraciones se señaló a Emmanuel Fernando Maya como uno de los coautores materiales del hecho endilgado. Al hacerlo, describieron con precisión la cronología del suceso y las palabras que el imputado le pronunció a María Daniela Vera.

La segunda premisa, por su parte, está vinculada al escaso sustento probatorio que presenta la versión alternativa de los hechos esgrimida por el imputado y sobre la que su defensor insiste en esta instancia. En efecto, la jueza de la instancia previa valoró pormenorizadamente la única prueba que podría haber sustentado la versión desincriminatoria, esto es, los dichos y actitudes que reveló en su declaración la testigo de descargo Julieta Ferreyra.

Al momento de brindar testimonio, en efecto, Ferreyra no corroboró haber estado con el acusado el día y la hora señalada, a la vez que mostró evidentes signos de nerviosismo cuando respondió las preguntas que se le formulaban (ver, al respecto, fundamentos, p. 3-4 y 6).

Por último, debo dar también respuesta al pedido de modificación de la pena impuesta sobre el encausado, en la medida en que la defensa solicita que esta sea reducida al mínimo legal. Al respecto y por dos motivos fundamentales, entiendo que este pedido debe ser rechazado.

En primer lugar, la valoración que ha realizado la jueza en relación con los motivos atenuantes y agravantes para la determinación de la pena se encuentra plenamente fundada de acuerdo con las pautas previstas en los **arts. 40 y 41 del CP. De hecho**, la argumentación que sustenta el petitorio de la defensa –esto es, el hecho de que el imputado esté cursando estudios– no es más que la reiteración de una circunstancia que ya fue valorada al momento de fijar el monto de pena (ver, al respecto, fundamentos p. 8).

En segundo lugar, la pena de cuatro años que finalmente se ha impuesto al encausado resulta proporcionalmente adecuada a la gravedad intermedia del injusto por él cometido.

Estamos ante un delito de robo agravado cuya escala penal tiene un mínimo de tres y un máximo de diez años de prisión y en el que concurren, de modo ideal, dos agravantes distintas, a saber, el haber sido cometido mediante el uso de arma –cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada– y en poblado y en banda –con tres intervinientes en división funcional de tareas, en las inmediaciones de un establecimiento educativo y durante el horario de salida–.

En estas circunstancias, el hecho de que el monto de pena finalmente impuesto se haya mantenido cercano al mínimo de la escala referida revela la adopción de una decisión fundada y respetuosa con el principio de proporcionalidad.

En función de las consideraciones realizadas, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto por la defensa de Emmanuel Fernando Maya. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento

sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Emmanuel Fernando Maya.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

66- CONTRERAS. 28-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcCOR.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 42, 47 del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Consumación. Tentativa. Momento consumativo. Actos de disponibilidad. Participación. Coautoría. Exceso.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años y tres meses** de prisión por considerárselo autor penalmente del delito de robo agravado por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 13164, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Art. 42 del CP

- González Araya

Art. 47 del CP

- Moyano González
- Hisa. 26-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=880>

Parágrafos destacados

“...En este sentido, en el precedente **«González Araya»** me pronuncié al respecto y consideré, con cita de jurisprudencia de esta Sala, que el concepto de apoderamiento que utiliza nuestro Código Penal respecto de la tentativa, se compone de un aspecto objetivo y de otro subjetivo. Así, señalé que «[e]l primero requiere “el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella”[...]. El agente quita al tenedor la titularidad de la esfera de disponibilidad de la cosa para constituirse él en titular de ella. Desde la óptica subjetiva, el apoderamiento se consuma cuando el aspecto objetivo se corresponde con la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición...” (Dr. Valerio)

“...Sin embargo, respecto del momento consumativo del robo, quiero dejar sentado el criterio que he sostenido a partir del precedente **«González Araya»**. En este sentido, entiendo que aquél acontece cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa... Por su parte, en relación con el agravio vinculado con la posibilidad de exceso y la aplicación del art. 47 del CP, también comparto la consideración del voto preopinante en el sentido que no se configuran los presupuestos de aquella figura en tanto nos encontramos frente a un supuesto de coautoría...” (Dr. Palermo).

Precedentes relacionados.

Momento consumativo.

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Díaz Tapia. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=41>
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Rodríguez Chambi. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_Fc_Rodriguez.pdf
- Moyano Montoya. 04-05-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200504_FcMoyano.pdf
- Guerra Mora. 29-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf
- Segura Muñoz. 25-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=548>
- Carrizo Pallero: 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=675>
- Escobedo. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Rodríguez. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- Ruggieri. 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Díaz González. 13-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230313_FcDGE.pdf
- Contreras. 28-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcCOR.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-07217964-6/1((018502-113526)) FC/ CONTRERAS ORTIZ RODRIGO SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO (113526) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106378380*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06900696-9/1 caratulada "F. C/CONTRERAS ORTIZ, RODRIGO ESTEBAN P/ ROBO AGRAVADO S/CASACIÓN".

En las presentes actuaciones, la defensa del acusado Rodrigo Sebastián Contreras Ortiz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 13.164, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P-113.526/22, a la pena de cinco años y tres meses de prisión por considerárselo autor penalmente del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inc. 1, primer supuesto del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1. La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación fiscal respecto de los autos n° P-113.526/22.

Respecto de estos últimos, motivo de recurso, la plataforma fáctica acreditada por la sentenciante radica en que «el día 28 de octubre de 2022, siendo aproximadamente las 13:30 horas, en el espacio verde [entre] Allayme y Lateral Norte de Acceso Este de Guaymallén, [el acusado] junto a un sujeto masculino NN no habido ni individualizado [...], abordaron a Pablo Félix Rivera Cárdenas y Aldana Vilches Ochoa luego de exhibirles y amenazarlas con un cuchillo de cocina tipo serrucho, les sustrajeron una mochila [...] y un teléfono celular [...] con los que se dieron a la fuga».

A estos efectos, el tribunal de sentencia valoró, particularmente, las declaraciones prestadas en audiencia de debate por Pablo Félix Rivera Cárdenas, Aldana Vilches Ochoa, Adrián Ángel Correas y Leandro Emanuel Martínez Colín, así como la declaración del propio imputado.

Asimismo, el resto de los elementos de prueba válidamente incorporados con acuerdo de partes.

2. El recurso de casación de la defensa

La defensa formula recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada con fundamento en el art. 474 incs. 1 y 2 y art. 416 inc. 4 del CPP.

Sostiene que aquélla es violatoria de la ley sustantiva y es arbitraria al encontrarse viciada de nulidad por falta de motivación o motivación insuficiente.

Entiende, además, que existe inobservancia de los arts. 28 y 18 de la Constitución Nacional y afectación del principio de in dubio pro reo.

Luego de reseñar los fundamentos oralizados por la jueza de la instancia anterior, admite la existencia del hecho y centra su **agravio, únicamente, en la calificación legal.**

Entiende que se ha realizado una errónea aplicación del art. 166 inc. 2, segundo supuesto del CP, debiendo, a su criterio, precisarse el concepto de robo y los actos de disponibilidad para que éste se configure y el instituto de la tentativa –**art. 42 del CP**–.

De ello depende el resultado o la pena a imponer.

Si bien entiende que la jueza de la instancia previa habló de disponibilidad por breves instantes, no explica cuáles han sido los verdaderos actos de disponibilidad.

Con cita de doctrina, expresa que el momento consumativo estaría dado por el desapoderamiento del sujeto pasivo y apoderamiento del sujeto activo y se daría cuando éste tenga libre disposición sobre la cosa, es decir potencial ejercicio de facultades dominiales.

Concluye que la falta de motivación suficiente permite dudar si el delito llegó al consumarse con el grado de certeza requerida para condena.

En la misma línea, cita jurisprudencia nacional para reforzar su tesis acerca de la inexistencia de libre disposición material del acusado sobre la res furtiva, más cuando era perseguido por la propia víctima y personal policial y a fin de evitar una detención in fraganti o supuestos de señorío efímero, a lo que suma supuestos de pérdidas de vista por instantes, la inmediatez en tiempo y lugar de la aprehensión, todos supuestos en los que la conducta ha quedado, a su juicio, en grado de tentativa.

En este sentido, sostiene que el acusado nunca tuvo un verdadero acto de disposición del teléfono celular ni el sujeto no identificado respecto de la mochila también descartada y, por ello, entiende aplicable las disposiciones del art. 42 del CP.

En última instancia, cuestiona la participación de Contreras en la figura de robo con armas con anclaje en su declaración indagatoria al manifestar que no sabía de la existencia del cuchillo, es decir que el mismo **se comprometió a la realización de un hecho menos grave, tal un robo simple (art. 47 del CP).**

Dicha declaración no fue valorada o se le restó importancia y no se consideró el principio de in dubio pro reo de raigambre constitucional. Por último, hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras analizar los agravios formulados el recurrente, se expide por la procedencia formal de la impugnación incoada, aunque considera que el planteo de la defensa no debe proceder sustancialmente.

En este sentido entiende que el recurrente pretende una revisión ex novo de lo sucedido en el debate, analizado y fallado por la jueza en la sentencia. Sostiene en primer lugar que el hecho habría quedado en grado de tentativa.

Para ello, discute la falta de mención de los actos de disponibilidad de la res furtiva por parte del acusado pero, al efecto, entiende que su tarea sólo es establecer si tuvo el tiempo para ello y así fue. Refiere que éstos están demostrados pues la mochila se recuperó luego del hecho, lo mismo que el celular, y por la intervención de terceros.

Así, expresa que los agentes obraron con un plan en común con reparto de funciones, pudieron disponer de parte de las cosas, uno de los sujetos no fue habido y fueron perdidos de vista por breves instantes, razón por la que concluye que el delito se encuentra consumado.

Para ello, cita jurisprudencia de esta Sala. Respecto de la comunicabilidad de las circunstancias del robo con armas, señala la jueza que aun cuando el acusado no hubiera sabido de ello, una vez advertido que el

otro sujeto contaba con un cuchillo, asintió continuar demostrando acuerdo tácito en el concierto delictivo, dándose ambos a la fuga con los bienes sustraídos.

Entiende, entonces, que no resulta de aplicación el art. 47 del CP. Por todo lo expuesto, considera demostrada la inexistencia de arbitrariedad, así como que la valoración de las pruebas e indicios ha sido conforme la sana crítica racional, y, siendo la aplicación del derecho sustantivo correcta. De tal manera, estima que debe convalidarse en esta instancia la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso promovido por la defensa, corresponde adelantar que, por las razones que a continuación expondré, debe rechazarse la impugnación articulada.

Resultan motivo de agravio, en suma, **la errónea aplicación de la ley sustantiva**.

Ello, en tanto no se cuestiona los hechos que se consideraron acreditados en la instancia previa.

Centralmente, la defensa cuestiona, en primer lugar, si el hecho se consumó en los términos del art. 42 del CP y, en segundo lugar, si al coautor acusado se le puede atribuir un delito de robo agravado con armas cuando sostiene que sólo quiso participar de un robo simple.

Alega, para ello, desconocimiento de la portación de arma –cuchillo– por su compañero, dadas las previsiones del art. 47 del CP.

Ello, en tanto expresamente refiere que acepta y tiene por probados los hechos en la sentencia.

4.1.- Consideraciones sobre la ejecución imperfecta del hecho

Luego de reconocer expresamente la plataforma fáctica, menciona que la jueza en su sentencia ha omitido establecer cuáles son los verdaderos **actos de disponibilidad** que sobre la cosa tuvo el acusado.

Más allá que, del análisis completo de la doctrina citada y los fallos traídos al efecto se encuentra la respuesta a dicho agravio, la jueza de la instancia anterior, previa valoración de la prueba rendida e incorporada, concluyó que Contreras Ortiz, pudo o tuvo la posibilidad de disponer de la res furtiva –la mochila con los elementos de la escuela de Cárdenas y su celular–.

Es esto únicamente lo que exige la figura en cuestión cuando se trata de un supuesto tentado.

En este sentido, en el **precedente «González Araya»** me pronuncié al respecto y consideré, con cita de jurisprudencia de esta Sala, que el concepto de apoderamiento que utiliza nuestro Código Penal respecto de la tentativa, se compone de un aspecto objetivo y de otro subjetivo.

Así, señalé que «[e]l primero requiere “el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella”[...]. El agente quita al tenedor la titularidad de la esfera de disponibilidad de la cosa para constituirse él en titular de ella.

Desde la óptica subjetiva, el apoderamiento se consuma cuando el aspecto objetivo se corresponde con la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición...”». Veamos la prueba rendida en la instancia previa y que da cuenta de los hechos acreditados.

Pablo Félix Rivera Cárdenas, luego de relatar que se encontraba con su novia en el lateral del acceso norte, refirió que iban a pedir comida y por eso estaban escribiendo en el celular.

En esos momentos, aparecieron dos personas, por lo que le dijo a su novia que guardara el celular. Aquellas personas se les acercaron y cuando los tenían cerca, uno de ellos, sacó un cuchillo tipo sierrita y amenazaron a su novia con apuñalarla de no darle el celular (ver registro audiovisual, 07/02/2023, minutos 00:12:32 y ss.; 00:16:24 y ss).

Finalmente, se apoderaron del celular y la mochila que tenía en los pies. Esta última, la sacó el sujeto no habido (ver registro audiovisual, 07/02/2023, minutos 00:12:50 y ss., 00:19:04 y ss.). Rivera Cárdenas identificó al acusado como uno de los autores. Dijo claramente, «[...] al que yo denuncié [...] es de apellido Ortiz, es la persona a la que aprehendieron, el que nos saca el celular, que nos roba [...]» (ver registro audiovisual, 07/02/2023, minutos 00:18:57 y ss., 00:).

Del mismo modo aclaró que quien tenía el cuchillo fue el sujeto al que no aprehendieron y que, incluso, fue el que lo golpeó y le sacó la mochila (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:17:20 y ss., 00:29:10 y ss.).

En orden a los actos de desapoderamiento y la posibilidad de disposición por parte de los autores, tal como efectivamente mencionó la jueza de la instancia previa, surge claro de dicho relato, que **no hubo solución de continuidad entre el hecho y la aprehensión posterior.**

Más aún, Rivera Cárdenas refirió que quien portaba el cuchillo fue quien le sacó la mochila, pero luego dijo que a quién él seguía corriendo –Contreras Ortíz–, tenía ambos elementos: la mochila y el celular (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:18:48 y ss., 00:31:10 y ss.).

La posibilidad de disponer es palmaria en dicho relato.

De su testimonio surge claro en función a la referencia entre el momento del hecho y la aprehensión de Contreras.

Así, señaló que «[n]o pasó mucho tiempo [...]. Ellos me sacaron las cosas a mí, yo me paré, lo iba a seguir, pero al que no agarraron, me dijo “Quedate quieto ahí o si no te voy a apuñalar” [...]». Luego, agregó que «[...] se fueron corriendo, me quedé ahí, había un señor en la esquina que justo estaba viendo lo que pasaba. Le dije si podía llamar a la policía [...] entonces yo seguí, y cuando veo que doblan hacia Bandera de Los Andes [...] justo dio la casualidad que él estaba ahí con la mochila [...] y ahí lo empecé a correr [...] con la mochila y el celular [...]».

Específicamente, aclaró que «cuando ya los pierdo de vista los empiezo a seguir [...]» y, finalmente que «[veo] a uno solo, que tenía la mochila y el celular [...]» (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:21:20 y ss.).

Rivera Cárdenas fue extensamente interrogado por el fiscal y describió incluso el recorrido seguido, con indicación que durante ese trayecto el sujeto al que seguía alcanzó a tirar la mochila, pero que él no se detuvo, para tratar de dar con su teléfono celular que llevaba en una mano (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:23:25 y ss.).

Las circunstancias en que se produjo la aprehensión tampoco abonan la hipótesis de la inexistencia de un delito consumado.

Para ello, debe tenerse en cuenta que las víctimas contaron con ayuda de terceros, quienes no sólo procedieron a la aprehensión de uno de los autores sino que llamaron a la policía, quien llegó con posterioridad. Es ilustrativo el relato efectuado. Así, dijo que el sujeto al que seguía «[t]iró la mochila, lo seguí corriendo, hasta que más adelante en una escuela empecé a gritar que me habían robado y un papá [...] empezó a gritar él también. Y más adelante, de un auto que se cruzó, lo agarraron desde adentro y eso fue todo. El celular lo había tirado antes [...]. Me había dicho que no lo tenía, que lo había tirado [...]. Me lo acercó una persona que había visto dónde había tirado el celular [...] y bueno ahí llegó la policía y lo detuvieron [...]» (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:13:00 y ss., 00:16:00 y ss., 00:27:22 y ss.)

A más de ello, si bien Rivera Cárdenas recuperó el celular, no aconteció ello con la mochila, de la que sólo recuperó su contenido en la escuela de otro alumno desconocido. «[A]l día siguiente voy a la escuela y

pregunto si es que alguien capaz fue a dejar la mochila [...] Viene un alumno de la misma escuela y me dice “Esto es tuyo” [...]» (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:20:55 y ss., 00:16:00 y ss., 00:31:39 y ss.).

Aldana Vilches, novia de Rivera Cárdenas, resultó absolutamente coincidente con la declaración de aquél. Así, señaló que «[h]abíamos salido con mi novio. Estábamos yendo a la plaza ahí, cerca del Predio donde se dio el hecho, [...]. Estábamos pidiendo para comer. Y en una de esas, mi novio me dice “guardá el celular” [...] miro y vienen los dos chicos. Uno de los chicos viene y dice, dame el celular [...] y saca un cuchillo de mesa, sierrita, me dice “me das el celular o te apuñalo” [...]. Si no me equivoco le metieron una piña a mi novio y agarraron la mochila de mi novio y se fueron. Y creo que dijeron que no llamemos a la policía, [...]. Se fueron corriendo [...]. Nos cruzamos a la vereda del frente [...], le digo a mi novio que los siga y bueno. Mi novio empezó a ir para la parte de la Shell, para ver si veía a los chicos y justo veo al chico que tenía la mochila y el celular [...]. Lo alcanzaron detrás de la escuela [...]» (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:36:30 y ss.).

Añadió que ella lo siguió también desde más atrás, que vio que atraparon al chico que nos sacó la mochila y el celular y describió su vestimenta. De igual manera, respecto del otro sujeto y del cuchillo utilizado en el hecho, refiriendo que era este sujeto quien lo portaba (ver registro audiovisual, 7/2/2023, minutos 00:41:00 y ss.).

El relato Rivera Cárdenas y de Vilches no hace sino dejar en claro que no sólo existieron actos de disposición, tal el caso de la mochila del primero, sino que, además, uno y otro sujeto, contaron con un lapso de tiempo en el que pudieron disponer de la res furtiva.

De hecho, y como se ha consignado, quien desapoderó del celular fue Contreras Ortiz y la mochila, el otro sujeto no habido ni identificado. Sin embargo, al momento de la persecución, fue el primero quien llevaba consigo ambos elementos, aun cuando fueron descartados durante la persecución.

Los funcionarios policiales actuantes del procedimiento, Ángel Adrián Correas y Leandro Emanuel Martínez, también declararon en el debate. Señalaron que se desplazaron por un llamado al Centro Estratégico Operacional de la Policía de Mendoza.

Corroboraron, al llegar, que estaba el acusado y que había sido aprehendido por un ciudadano, de quien se desconocen sus datos. Del mismo modo, el relato efectuado por los oficiales es el recabado en el lugar y plasmado en el acta de procedimiento (ver registro audiovisual, 23/2/2023, minutos 00:11:02 y ss., testimonio de Correas; minutos 00:19:21 y ss., testimonio de Martínez).

Los demás elementos de prueba, esto es la denuncia, el acta de procedimiento, el acta de inspección judicial y croquis, el desgrabado del CEO, el acta de aprehensión y de visu, también fueron valoradas y detalladas en sus fundamentos por la jueza de sentencia para concluir que el hecho, que no ha sido discutido, aconteció, tal como se ha desarrollado.

Todo lo analizado permite, en coincidencia con lo resuelto por la jueza en su sentencia y lo dictaminado por el Procurador, afirmar que el hecho se encuentra consumado, pues efectivamente, no sólo se encuentra acreditado el lapso de tiempo de disponibilidad que tuvo el acusado y el otro sujeto sino, además, el faltante de parte de la res furtiva –la mochila nunca fue recuperada, sino tan sólo su contenido–.

En mérito de ello, la calificación legal del hecho como robo agravado por el uso de armas consumado, aparece ajustada al hecho acontecido.

De tal manera, el primer agravio analizado no debe prosperar.

4.2.- Acerca de la pretendida aplicación del art. 47 del CP

El segundo agravio de la defensa, que tiene por finalidad permitir la modificación de la calificación de robo agravado por la de robo simple, apunta a afirmar que el acusado Contreras Ortiz desconocía que su coautor portaba e iba a utilizar un cuchillo en el hecho y que pretendió participar en un hecho menos grave que el acontecido.

La única prueba que avala ello es la propia declaración Contreras Ortiz, quien no hizo manifestación alguna durante la investigación y durante el debate decidió declarar sobre el final, cuando ya se había rendido toda la prueba testimonial. Su relato inicial se compadece con el de las víctimas con algunas contradicciones.

Así dijo que «[n]os fuimos corriendo los dos. Yo le pasé las cosas a él [por el otro sujeto, lo que coincide absolutamente con lo señalado por las víctimas] y cuando apareció la policía, él me las pasó a mí. Me dijo que me las llevara y me las llevé y bueno, me agarraron como a las cuatro cuerdas abajo [...]». Luego agregó que «[el otro sujeto me] dijo que fuera[mos] a robar pero nunca me dijo que llevaba nada. Por eso, cuando vi que sacó algo me asusté y salí corriendo. Agarré la mochila [...] no sabía, que sí iba a robar pero que su intención no era pegar ni sacarle nada, un arma, un cuchillo [...]. Agregó que «le dio miedo que le pasara algo a las víctimas [...], [que] necesitaba plata [...]» (ver registro audiovisual, 23/2/2023, minutos 00:23:17 y ss.).

Añadió que conocía al otro sujeto del barrio, pero que no se juntaba mucho, que sólo vio el mango blanco sin alcanzar a ver bien, pero que supuso que se trataba de un cuchillo (ver registro audiovisual, 23/2/2023, minutos 00:24:25 y ss.). Como señalé, existen algunas contradicciones con lo declarado por Rivera Cárdenas y Vilches.

La res furtiva –celular y mochila– fueron tomados por éste y reconoció que cuando vio el cuchillo, en una actitud contradictoria con el miedo que dijo sentir, tomó la mochila y salió corriendo. Previamente, había manifestado un traspaso entre ambos de las cosas.

Asimismo, dicho traspaso habría acontecido cuando apareció la policía pero, sin embargo, ésta llegó cuando ya Contreras estaba detenido por un particular y la víctima, a cuerdas del lugar del hecho.

El cuchillo fue exhibido pues pudo ser perfectamente descrito por la pareja, razón por la que no resulta consistente con ello la mención del acusado de haber visualizado solamente el cabo del mismo. La jueza de la instancia anterior no dejó de valorar su declaración.

Se detuvo largamente en sus manifestaciones y comparto cuando señala que, mientras su compañero amedrentaba a las víctimas con el cuchillo y amenazas de apuñalamiento, previo haberle proferido un golpe de puño a Rivera Cárdenas, no solo tomó el celular, sino que siguió con la mochila, que en primera instancia la tenía el otro sujeto no habido, y luego pasó a su poder.

Además, ambos se fueron juntos del lugar del hecho. Más allá de que el acusado se fue desprendiendo de estas cosas a medida que comenzó a ser perseguido.

De allí que las manifestaciones de Contreras Ortiz –desconocimiento de la existencia de un arma que arguye– no dejan de ser un intento de desincriminación carente de sustento probatorio.

En efecto, tal como surge de lo referido, los hechos acreditados dan cuenta de un claro caso de coautoría con **división de tareas**, tal como se ha señalado ya con anterioridad.

Ello tuvo respuesta también en los fundamentos de la sentencia impugnada y, comparto, además, no se avizora error, ni culpable ni inculpable, en el verdadero propósito del acusado.

4.3.- Conclusión

En este sentido, no puedo sino concluir que la jueza de la instancia anterior valoró adecuadamente todo el plexo probatorio incorporado en el debate y justificó debidamente las razones por las cuales consideraba que el hecho encuadraba en la figura prevista por el art. 166, inciso 1, primer supuesto del Código Penal así como que no correspondía modificación alguna de dicha calificación a los términos del art. 47 de dicho Código sustancial.

En función de las consideraciones expuestas, y en opinión concordante con el señor Procurador General, estimo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación promovido por la defensa del acusado Contreras Ortiz coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante.

Sin embargo, respecto del momento consumativo del robo, quiero dejar sentado el criterio que he sostenido a partir del **precedente «González Araya»**.

En este sentido, entiendo que aquél acontece cuando el autor se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa.

En el caso analizado, considero que de acuerdo con la reseña de los hechos acreditados que se realiza en el voto preopinante, se encuentra claro que existe consumación y no tentativa como alega la defensa en esta instancia.

Por su parte, en relación con el agravio vinculado con la posibilidad de exceso y la aplicación del art. 47 del CP, también comparto la consideración del voto preopinante en el sentido que no se configuran los presupuestos de aquella figura en tanto nos encontramos frente a un supuesto de coautoría.

En cuanto a ello, me remito, en lo pertinente, a lo referido en los **precedentes «Moyano González», «Hisa»**, entre otros.

Por las razones expuestas, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento el resultado que se arriba en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodrigo Sebastián Contreras Ortiz.

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Capítulo VI.

Delitos contra la propiedad.

Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

1- FANESI. 16-02-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcFSA.pdf

Lex: Art. 183 del CP

Vox: Daño. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un mes de prisión** de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de daño (art. 183 del CP) y fijó las pertinentes reglas de conducta.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7782., pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Doctrina citada.

SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Ed. TEA, Buenos Aires, 1983, T. IV, p. 466.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-05769637-5/1((018501-740097)). FC/ FANESI SPINA... (740097) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105945184*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-05769637-5/1 caratulada “F. C/ FANESI SPINA, ALEJANDRO P/ DAÑO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

La defensa de Alejandro Fanesi Spina interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 7782 pronunciada por Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto condenó a aquél a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de daño (art. 183 del CP) y fijó las pertinentes reglas de conducta, pronunciamiento dictado en los autos P-740097/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La jueza de la instancia previa consideró acreditado que «en fecha 14 de agosto de 2019, en horas del mediodía, un obrero, contratado por el Sr. Fanesi, realizaba trabajos de demolición de una pared sobre el límite oeste que divide el callejón sobre el que rige un derecho real de servidumbre de paso en beneficio de los lotes que ubican detrás de la propiedad del imputado, con la propiedad de Fanesi. Asimismo, en virtud de las tareas de rotura de la pared, el obrero desprendió del muro el portero eléctrico con el cual se comunican las viviendas construidas en los lotes internos con los visitantes en tanto en el lugar hay un portón que impide el libre acceso a esos domicilios por el callejón comunero. Es decir, que el público tiene libre acceso por el callejón a lo largo del límite oeste de la propiedad del encausado y, donde concluye el inmueble de Fanesi, las familias que residen en los lotes siguientes e internos, han colocado un portón. Por lo tanto, toda persona que concurra a una de las viviendas de las familias que residen en los lotes internos, debe anunciarse utilizando el portero eléctrico. Al advertir esta situación, la Dra. Verónica Elespe y la Sra. Nerina Tarquini, entre otras vecinas, interrogaron al hombre quien respondió que el Sr. Fanesi lo contrató y le indicó realizar las tareas que estaba ejecutando. Los testigos han expresado que intentaron hablar con Fanesi y aclarar la situación, pero nunca pudieron hacerlo. Así las cosas, entiendo que el imputado es autor intelectual de los daños ocasionados a la pared y al portero eléctrico de sus vecinos, toda vez que contrató un albañil para romper la pared que divide o limita su propiedad con el callejón de paso, y donde se ha instalado el portero eléctrico, con conocimiento y voluntad de llevar a cabo el daño por intermedio de terceras personas».

Para así decidir valoró las declaraciones testimoniales de Verónica Elespe, María Laura Gallardo, de Nerina

Gisella Tarquini, así como las demás prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

La defensa sustenta su impugnación en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia impugnada exhibe vicios sustantivos y formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

En ese orden, expresa que se ha aplicado erróneamente el art. 183 del CP y que la jueza incurrió en una confusión en la interpretación entre los inc. 1 y 2 del art. 181 del CP.

En tal sentido, considera que la conducta del acusado deviene atípica e inculpable toda vez que, conforme lo acredita el plano de la Dirección General de Catastro y el informe del agrimensor Leopoldo Galdame, el muro –presunto objeto del delito– le pertenece al acusado.

Expresa que el delito por el cual ha sido condenado su asistido, es un delito doloso y considera que no habría dolo ni en las acciones llevadas a cabo respecto del muro como del portero. Se agravia así por considerar que la jueza no hizo prevalecer el principio *in dubio pro reo*.

Entiende que en el caso concreto a la luz de los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad se impone dejar de lado la norma atacada y restaurar el orden jurídico, absolviendo al presunto imputado por un delito calificado erróneamente por no encuadrar en el tipo penal.

Por otra parte, sostiene que en virtud del principio de culpabilidad la pena a aplicar en abstracto, al fijar las escalas penales, y en concreto al determinar judicialmente la pena, debe apoyarse exclusivamente en la importancia del bien jurídico, en la magnitud del injusto revelada en el supuesto de hecho o en la acción concreta desplegada pero nunca en la personalidad del autor.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/6, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso interpuesto.

Ello así, en tanto considera que de la detenida lectura de los fundamentos del fallo atacado surge que la jueza de la anterior instancia abordó debidamente la cuestión objeto de análisis. Así, señala que aquélla se explayó sobre los elementos subjetivos y objetivos del delito imputado, adquiriendo certeza de que el encartado tuvo la clara intención de romper la pared y quitar el portero eléctrico de sus vecinos que residen en los lotes posteriores a su inmueble.

En el mismo sentido, considera que en el hipotético caso de que el muro ocupara efectivamente la propiedad de Fanesi, los vecinos lo construyeron por razones de seguridad y han mantenido el goce y uso pacífico y de buena fe en relación con su derecho de servidumbre de paso por más de quince años.

Afirma de tal modo que la sentencia no adolece de los vicios denunciados por el recurrente, por lo que el planteo defensivo resulta infundado y no puede prosperar.

Por su parte, en el curso de la audiencia de informe oral del recurso la defensa reitera la errónea aplicación de la ley sustantiva y la falta de fundamentación lógica que resulta violatoria del derecho de propiedad y de legalidad. Asimismo, destaca que el muro es de propiedad del acusado y que el portero no ha sufrido menoscabo alguno.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal petitiona el rechazo del recurso de casación interpuesto en tanto considera que se han respetado las reglas de la sana crítica racional por parte de la jueza de la instancia previa en la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

El análisis del recurso interpuesto y de la sentencia impugnada me persuade que corresponde rechazar el remedio intentado. Ello, desde que no se observan los vicios formales y sustantivos alegados por el censurante. Paso a explicarlo.

La jueza de la instancia previa tuvo acreditado, tal como se anticipó, que el 14 de agosto de 2019, en horas del mediodía, un obrero contratado por Fanesi realizaba trabajos de demolición de una pared sobre el límite oeste que divide el callejón sobre el que rige un derecho real de servidumbre de paso en beneficio de los lotes que se ubican detrás de la propiedad de Fanesi.

Asimismo, la juzgadora encontró probado que, en virtud de las tareas de rotura de la pared, el obrero desprendió del muro el portero eléctrico con el cual se comunican con los visitantes las viviendas construidas en los lotes internos. Esto, en tanto en el lugar hay un portón que impide el libre acceso a esos domicilios por el callejón comunero.

Para llegar a esa decisión la jueza valoró los diversos elementos de prueba obrantes en la causa. Entre ellos, los siguientes.

En primer lugar, la declaración de Verónica Inés Elespe dijo que la pared que resulto demolida la habían construido los vecinos del barrio, que existía una servidumbre de paso en favor de éstos y que el cierre estaba construido tanto sobre el callejón comunero como en la propiedad de Fanesi. De tal modo, a consecuencia de los trabajos realizados se había derribado el portero eléctrico.

Por su parte, y en segundo lugar, también ponderó la declaración de Nerina Tarquini quien explicó, en relación con el lugar, que se trata de un callejón comunero por el que se accede a cuatro propiedades y que ella vive en la cuarta vivienda.

El día del hecho, observó que rompían la pared que divide el callejón con la propiedad de Fanesi y donde está el cierre del portón comunero y, entonces, se acercó a preguntar. Destacó que en aquella pared estaba el portero. Especificó que en el lugar había un obrero trabajando sobre el muro y que estaba con la amoladora cortándolo.

También había cortado unos alambres que sostenían una enredadera y donde se sostenía el sistema del portero. Entonces buscó a una vecina, Marcela Pascual y hablaron con el obrero y le dijeron que no rompiera más, que era el portero de ellas. Frente a lo referido, el obrero dijo que le habían dado la orden de romper.

Seguidamente, envió un chat a los vecinos, llamaron a la policía y llegaron otras vecinas. El personal policial les solicitó que hicieran la denuncia y le dijo al obrero que no continuara con las roturas. Por su parte, Fanesi ordenó a los obreros que siguieran rompiendo.

Aclaró que ella vivía en el barrio desde el año 2002 y tres o cuatro años después hicieron la pared. Antes había tela romboidal.

Asimismo, valoró la declaración de María Laura Gallardo, quien declaró en sentido concordante con las demás testigos referidas.

También consideró que el acta de inspección ocular evidenció la rotura de la pared, la línea hecha con

amoladora y el portero eléctrico desprendido de la pared pero funcionando. De igual manera, estimó que las fotografías de fs. 31/40 acreditan los daños y en la pared y en el portero eléctrico.

Por su parte, valoró que el acta de procedimiento policial de fs. 8/9 daba cuenta que personal policial fue desplazado al lugar por el CEO. Se consignó la identidad de las personas presentes, las expresiones vertidas por Verónica Elespe y por Nerina Tarquini, quienes explicaron la ubicación de las propiedades, la existencia de un callejón comunero y relataron lo sucedido. En esa oportunidad, el personal policial dejó constancia de los daños que se observaban sobre la pared.

Además, ponderó los planos del inmueble, el informe de perito agrimensor de control y el acta notarial de fecha 10 de enero de 2019, la que según valoró la jueza daba cuenta del comienzo de los problemas entre los vecinos beneficiarios de la servidumbre de paso con el acusado.

En otro orden, la jueza valoró el acta de inspección ocular, y partir de ella, que *«calle Besares se orienta de este a oeste y viceversa con doble sentido de circulación vehicular, que sobre el costado sur se observa un pasaje de ingreso, el cual es de ripio, a unos 10 metros del ingreso, en la pared ubicada en el costado este, la cual se encuentra revestida de cemento cubierta con enredadera, la cual al final de la misma presenta 1,20 metros aproximadamente, sin planta enredadera, la cual parece haber sido recientemente quitada de allí, una rotura en su parte superior de unos 15 cm de longitud, una línea transversal de 2 metros de largo vertical el cual parece haber sido realizada con una amoladora, vista la pared en su perfil se observa una rotura longitudinal de arriba abajo y el portero eléctrico de la propiedad, el cual se encuentra funcionando con las luces encendidas, colocado, inclinado y separado de la pared unos 20 cm aproximadamente, con signos de haber sido violentado»*.

Estos elementos probatorios permitieron tener por probado, en lo pertinente, que en el Barrio privado s/n en calle Besares 714, hay un callejón sobre el cual hay una servidumbre de paso gratuita, perpetua y permanente a hacia los inmuebles posteriores, cuatro propiedades que se ubican detrás de la propiedad del acusado Fanesi.

La defensa no pone en tela de juicio la materialidad del hecho. Su cuestionamiento se dirige, tal como advierte el Procurador General, al encuadre legal de los hechos.

En particular, plantea que el muro derribado pertenecía al acusado y, por lo tanto, no estaría configurado el delito de daño. Asimismo, plantea que no está acreditado que el acusado obrase con dolo.

En el planteo según el cual el acusado goza de pleno derecho a romper la pared porque esta construcción estaba emplazada sobre su propiedad, según el plano de catastro y el informe de perito agrimensor de control, no puede prosperar.

En este orden, debe señalarse que la jueza de anterior instancia abordó de modo expreso este cuestionamiento formulado por la defensa. Al respecto, en razonamiento que comparto, sostuvo que la copia del folio real daba cuenta que la titular registral del inmueble era Gladys Estela Navarro, y que los progenitores del acusado lo adquirieron por tracto abreviado e hicieron anticipo de herencia a favor de sus hijos, entre ellos el hoy acusado Alejandro Fanesi, conservando los padres el usufructo de la propiedad.

Ahora bien, la jueza también señaló que de acuerdo con el último plano registrado en la Dirección Provincial de Catastro –junio de 2017– no consta la construcción de la pared en el terreno de Fanesi. Por su parte, el profesional que suscribió el informe de deslinde indicó los metros cuadrados del inmueble en el resumen de superficies, coincidiendo este dato con los metros cuadrados inscriptos en el folio real. La

jueza destacó que en el punto Certificaciones, Observaciones y Notas, nada decía el agrimensor sobre la construcción de límites dentro de la propiedad exclusiva de Fanesi.

A ello, agregó que «[s]in embargo en la planimetría se puede observar una línea doble, un número 0,20 que se explica posteriormente en el informe de parte, el que indica que una parte del muro construido en el límite oeste de la fracción B (Fanesi), estaría dentro del área perteneciente al CCIF. El informe de parte es suscripto por el mismo profesional que realiza el plano agregado a fs. 30. Ante ello nos preguntamos ¿Por qué motivo el agrimensor no consignó esta situación en las observaciones del plano presentado en la Dirección Provincial de Catastro a la hora de realizarse la escritura en favor de los nuevos adquirientes del inmueble y solo lo menciona en un informe privado? A esta inquietud se suma que en plano anterior al de la Sra. Navarro, pero posterior a 2003/2004 fecha de construcción de la pared, no se realiza ninguna descripción acerca del asunto de la pared ni en las observaciones ni en la planimetría. Tan así es que los propietarios anteriores a Fanesi (Gatica y Navarro), no hicieron reclamo alguno en relación con el lugar de construcción de la pared divisoria entre el callejón comunero y el inmueble de propiedad, al día de la fecha, de Fanesi».

En función de todos estos elementos, la jueza entendió que el acusado es autor del delito de daño toda vez que contrató un albañil para romper la pared divisoria de su propiedad y el callejón de paso y, en consecuencia, el portero eléctrico allí instalado con conocimiento y voluntad de llevar a cabo el daño por intermedio de terceras personas. Destacó que aquella pared llevaba construida en el lugar aproximadamente unos quince años.

Consideró, además, que a partir de lo acontecido en el mes de enero de 2019, como así también los hechos denunciados e investigados en autos P-83.951/20, era posible inferir, sin hesitación, la decisión del encausado de romper la pared y quitar el portero eléctrico de comunicación de sus vecinos que residen en los lotes posteriores a su inmueble. En este orden, expresó que el portero eléctrico fue desprendido de la pared en donde se encontraba adherido, pues se lo arrancó de su posición originaria y correcta para su uso.

De tal manera, debe señalarse que la jueza de anterior instancia acierta cuando afirma no se ha acreditado que el muro se encuentre dentro de la propiedad de Fanesi y, de acuerdo a los planos catastrales que el imputado no desconoce por las transmisiones de dominio del que ha sido beneficiario.

Así, refirió que resultaba inverosímil el argumento de la defensa en el alegato cuando explica el proceder de su cliente porque en aquellos planos confeccionados para registrar la transmisión de dominio, nada dicen los agrimensores de la supuesta invasión de una pared limítrofe de la servidumbre de paso a la propiedad.

A ello, agregó que en el hipotético caso de que el muro ocupara efectivamente la propiedad de Fanesi, los vecinos que lo construyeron por razones de seguridad, han mantenido el goce y uso pacífico y de buena fe en relación con su derecho de servidumbre de paso por más de quince años.

En cuanto al agravio relativo al dolo, la jueza consideró, de manera acertada, que Fanesi es autor del delito de daño, tipo penal doloso, en tanto surge de las probanzas del legajo que el acusado contrató una persona para romper la pared que llevaba construida en el lugar aproximadamente unos quince años y de esa manera quitar el portero que comunicaba las viviendas de sus vecinos con visitantes.

En este orden, debe tenerse en cuenta que el delito de daño, previsto en el art. 183 del CP, es tal vez el

tipo penal que más se aproxima a la idea civil de dominio, en función de que, como es sabido, el concepto de propiedad está empleado en lo penal en un sentido muy genérico, correspondiente a la noción constitucional de ese derecho.

Ahora bien, ni aún aquí la superposición de la noción penal a la civil es perfecta, porque en el delito de daño el derecho vulnerado inmediatamente puede no ser un sino derecho sobre la cosa no derivado del dominio, sino de otro derecho que, incluso, puede no ser real, con tal que se concrete en el uso y disposición material de la cosa dañada, como ocurre en las cosas que alguien tiene en locación (**SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Ed. TEA, Buenos Aires, 1983, T. IV, p. 466**)

De tal manera, se requiere para que se configure el daño que se destruya o inutilice la cosa misma objeto de derechos de un tercero –sea un bien mueble, inmueble o un animal–, privándola de su valor o disminuyéndolo (CNACC, Sala I, «**Marchione**», fallo del 2 de septiembre de 2003, JA-2004-III-271); tal como se ha verificado en las presentes actuaciones.

Por su parte, conforme lo expuesto, la correcta valoración de los diversos elementos probatorios por parte de la jueza de la instancia anterior impiden acoger la pretensión de la defensa de aplicación del principio *in dubio pro reo* (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

En definitiva, el recurso de la defensa no puede prosperar en tanto no se logra demostrar el objeto de su reclamo, en evidente disconformidad con la ponderación de los elementos de prueba de la causa, pero sin desvirtuar el razonamiento que cuestiona.

Tampoco logra demostrar la afectación de los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad en el caso en análisis.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alejandro Fanesi Spina.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese.

Dr. Valerio. Dr. Palermo. Dr. Adaro.

2- LOBOS GRAS. 10-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf

Lex: Art. 173 del CP

Vox: Defraudación en perjuicio de la administración pública. Firmeza de la sentencia. Recurso de queja. Detención. Juez competente. Juez de ejecución.

Summa:

El **TPC** desestimó el pedido de mantenimiento de la libertad y detención domiciliaria en subsidio planteado la defensa técnica de Lobos y de Sgró, y ordenó la inmediata detención de los ahora recurrentes.

La **defensa** de los nombrados interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ochoa Campos. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcOCS.pdf
- Ochoa Campos. 30-08-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210830_FcOchoa.pdf
- Fernández Gaspar. 17-12-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211217_FcFGA.pdf

b-CSJN

- Olariaga. Fallos 330:2826
 - García Méndez y ots. Fallos 331:434
 - Chacoma. Fallos 332:700
- <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/3151>

Precedentes relacionados.

Estafa genérica

- Puebla. 26-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180626_FcPRB.pdf
- Barraza. 16-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=61>
- Reyes. 02-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FyQcReyes.pdf
- Marziali. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMarziali.pdf
- Gómez. 17-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190917_FcGomez.pdf
- Parisi. 28-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221128_FcPJO.pdf

Defraudación por abuso de confianza

- Ordoñez. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOrdonez.pdf
- Segura. 25-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSegura.pdf

Defraudación por desbaratamiento de derechos

- Caselles. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCaselles.pdf

- Fuster. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcFuster.pdf
- Vidal. 11-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf
- Fernández y Gorez. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcFSO.pdf

Defraudación en perjuicio de la administración pública

- Tornello Maza. 17-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210617_FcTornello.pdf
- Lobos. 25-02-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220225_FcLGL.pdf
- Lobos. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf

Parágrafos destacados.

A partir de allí, justifiqué por qué considero que la interpretación adecuada es la que emitió la entonces ministra, doctora Carmen Argibay, en el **caso «Chacoma» (CSJN, Fallos 332:700)**. En ese precedente, la distinguida jurista explicó que el art. 285 del Código Procesal Penal de la Nación, al disponer que la interposición de la queja por denegación de recurso extraordinario federal no suspende la continuación del proceso, sino que *«tiene [...] el sentido de evitar que la discusión sobre la decisión del tribunal de alzada de rechazar formalmente el recurso ante la Corte Suprema federal incida en la marcha de un proceso hacia su normal culminación, esto es, hacia la ejecución del fallo final de la causa»*. Además, señaló que *«[...] el recurso de queja, más allá del nombre con que se lo designa, constituye, por sus efectos, una verdadera acción impugnativa de una sentencia firme»*, y concluyó que *«[...] una sentencia habrá adquirido **firmeza** cuando el tribunal de segunda instancia (tribunal superior provincial o Cámara Nacional de Casación Penal, según sea el caso) dicta la resolución por la que se declara que **no es admisible** el recurso extraordinario deducido por la parte»...*

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06876115-2/1((018602-5041))

FYQUERELLANTE PARTICULAR C/LOBOS GRAS LUIS, SGRO CLAUDIA FERNANDEZ MARIA P/DEFRAUDACION EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA (5041) P/ RECURSO DE CASACIÓN. *106124986*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06876115-2** caratulada **“F. c/ LOBOS GRAS, LUIS ALBERTO Y SGRÓ, CLAUDIA VERÓNICA P/ DEFRAUDACIÓN EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (5041) P/ CASACIÓN”**.

La defensa de Luis Alberto Lobos Gras y Claudia Verónica Sgró plantea recurso de casación contra la resolución adoptada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial el 22 de abril de 2022 en audiencia, por cuanto desestimó el pedido de mantenimiento de la libertad y detención domiciliaria en subsidio planteado por esa parte, y ordenó la inmediata detención de los ahora recurrentes, todo ello en los autos n° P-5.041/16.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **Dr. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **Dr. PEDRO J. LLORENTE** y tercero **Dr. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado desestimó el pedido de mantenimiento de la libertad y la solicitud de morigeración en modalidad domiciliaria en subsidio, efectuada por la defensa del acusado, y ordenó la inmediata detención de ambos, condenados en los autos P-5.041/16, con invocación del art. 512 del CPP.

Para así decidir, tuvo en cuenta que esta Suprema Corte de Justicia rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria dictada en los autos mencionados; y que lo mismo ocurrió con el recurso extraordinario federal interpuesto con esa esa decisión, que no fue concedido. Sostuvo que el rechazo del recurso extraordinario federal no suspende la ejecución de la sentencia, de conformidad a lo resuelto en el precedente «Ochoa Campos» de este Tribunal. Y que en virtud de ello, tratándose de un problema de interpretación jurídica ya resuelto por esta Sala Segunda, debía aplicarse la jurisprudencia allí sentada para brindar seguridad jurídica e igualdad de tratamiento a los justiciables. Por ello, desestimó el pedido de mantenimiento de la libertad y detención domiciliaria en subsidio y ordenó la inmediata detención de los acusados –ver registros audiovisuales de la audiencia del día 23 de abril de 2022–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa, de acuerdo con el art. 474, inc. 2 del CPP, invoca la presencia de vicios procedimentales en la decisión impugnada.

En efecto, sostiene que la resolución del Tribunal Penal Colegiado carece de fundamentación puesto que el tribunal solamente se limitó a citar el precedente «Ochoa Campos» de esta Suprema Corte de Justicia y no dio respuesta a los argumentos planteados por la defensa, por lo que no satisfizo las exigencias de motivación del art. 155 del CPP. Entre los argumentos que se habrían omitido refiere la ausencia de peligro procesal, que los acusados dieron cumplimiento a los requerimientos judiciales que les fueron realizados, que carecen de antecedentes penales y que se han sometido a proceso sin producir ningún entorpecimiento o interferencia.

En otro orden, afirma que la sentencia no puede ser ejecutada puesto que, contrariamente a lo afirmado por el tribunal, la denegación del recurso extraordinario federal no produce el efecto de tornar ejecutable la sentencia condenatoria. Explica que si la Corte Federal admitiera el recurso de queja interpuesto contra la no concesión del recurso extraordinario federal, los condenados habrían tenido que cumplir una sentencia luego revocada. Es decir, una sentencia que no habría adquirido firmeza, lo que implicaría una afectación del debido proceso.

Explica que, a su criterio, no resultan aplicables al caso las reglas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que dicho cuerpo es de aplicación supletoria dada la especificidad de la materia penal, y que ha de aplicarse el Código Procesal Penal de la Nación. El art. 442 de ese cuerpo legal, aplicable al recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, regula los efectos de la presentación de un recurso –ordinario o extraordinario– y dispone que tienen efecto suspensivo, salvo que expresamente se disponga lo contrario. En cuanto al recurso de queja, refiere que en ese cuerpo normativo está regulado en los arts. 476 a 478 sin que se le asigne expresamente falta de efecto suspensivo.

En refuerzo de esta posición, señala que según la doctrina procesalista el principio de inocencia, de raíz constitucional, constituye un estado jurídico del imputado que sólo se ve vencido por sentencia firme y que impide tratarlo como culpable mientras el Estado no pronuncie sentencia –de nuevo, firme– que declare su culpabilidad y le imponga una pena. De modo que hasta que esa instancia procesal no sea alcanzada, no es posible afectar el derecho a la libertad ambulatoria del acusado que ha sido condenado.

En cuanto a la idea de «sentencia firme», explica que no está definido ni el código procesal penal mendocino, ni el nacional, pero que tomando en consideración el «efecto suspensivo» de los recursos –previsto en el art. 442 del CPPN– así como la idea de «cosa juzgada», es posible ensayar una definición de firmeza como aquella que resulta inmodificable al no existir recursos ordinarios o extraordinarios posibles de interposición, por estar vigente aún el plazo para recurrir o encontrarse pendientes de resolución. De modo que, en sentido contrario, la sentencia penal no está firme y no puede ejecutarse mientras transcurre el plazo para la interposición de recursos o se encuentra algún recurso pendiente de resolución.

Explica la defensa que en el caso de Lobos Gras y Sgró, el recurso extraordinario federal fue denegado en sede local, pero a juicio de la defensa esto no altera el estado de inocencia de los imputados, ya que en el recurso se hizo expresa reserva de la interposición del recurso de queja, lo cual evita que la sentencia condenatoria recaída sobre los acusados adquiera firmeza. Por eso, la privación de libertad resuelta causa un gravamen irreparable a sus defendidos. Invoca el precedente «Kammerath» (CSJN, Fallos 325:3464), en el que la Corte Federal dijo que «[...] corresponde declarar la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida si las circunstancias puestas en conocimiento de la Corte durante el trámite de la presentación directa pueden traducir agravios de imposible reparación ulterior, que exigen la necesidad de preservar la

jurisdicción de la Corte mediante el dictado de una sentencia útil [...]». También cita el caso «Olariaga» (CSJN, Fallos 320:2826), donde la Corte nacional sostuvo que «[...] *la inmutabilidad propia de la cosa juzgada recién se adquiere con la desestimación del recurso de queja por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...]».* Afirma que ese criterio ha sido seguido por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el caso «Acosta, Jonathan Ezequiel».

Por otra parte, la defensa se queja de que no se dio tratamiento al planteo de detención domiciliaria realizado en subsidio. Afirma que la resolución es arbitraria y, por ello, reitera el pedido realizado.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso resulta formalmente admisible, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Considera que el tribunal de instancia previa brindó fundamentos ajustados a derecho y que se tuvieron en cuenta en su razonamiento la jurisprudencia relativa a la temática cuestionada, debiendo confirmarse por ello la validez del auto impugnado. Cita el precedente «Ochoa Campos» de este Tribunal, para afirmar que la sentencia adquiere firmeza con el rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto ante el tribunal superior de la causa. En forma simultánea a esa calidad, y por haber pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia condenatoria resulta ser inmutable y susceptible de ser ejecutada; sin perjuicio de la posibilidad de que se interponga ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación queja por recurso extraordinario federal denegado. Afirma que tal temperamento es compartido por esa Procuración General.

Destaca que no se encuentra controvertida la detención de los acusados, sino la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión impuesta mediante sentencia firme. Sin embargo, tal como expresó la representante del Ministerio Público Fiscal en su oportunidad, no estamos en una instancia en la que se puedan valorar los riesgos procesales, toda vez que los argumentos de la defensa fueron los elementos que se tuvieron en cuenta para mantener en libertad a los acusados durante el proceso. Agrega que la sentencia que se ejecuta actualmente ya fue revisada y confirmada, por lo que debe hacerse cumplir, sin que la norma procesal prevea alguna causal que justifique la suspensión de la ejecución.

En cuanto a las violaciones a las garantías constitucionales que menciona la defensa, el Procurador afirma que no constituyen más que una mención superficial, habida cuenta de que será materia de ejecución la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta.

En función de tales razones, propicia el rechazo de la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde rechazar la impugnación formulada y confirmar la decisión adoptada en autos por el Tribunal Penal Colegiado.

La cuestión que plantea la defensa ha sido objeto de tratamiento por mi parte en el precedente «**Ochoa Campos**», que correctamente invocó el tribunal de instancia previa. En efecto, en aquella oportunidad analicé los últimos criterios sobre la cuestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Cámara Federal de Casación Penal y expliqué los problemas interpretativos que surgen especialmente a partir del caso «**Olariaga**» (CSJN, Fallos 330:2826).

Precedente Chacoma.

A partir de allí, justifiqué por qué considero que la interpretación adecuada es la que emitió la entonces ministra, doctora Carmen Argibay, en el **caso «Chacoma» (CSJN, Fallos 332:700)**. En ese precedente, la distinguida jurista explicó que el art. 285 del Código Procesal Penal de la Nación, al disponer que la interposición de la queja por denegación de recurso extraordinario federal no suspende la continuación del proceso, sino que *«tiene [...] el sentido de evitar que la discusión sobre la decisión del tribunal de alzada de rechazar formalmente el recurso ante la Corte Suprema federal incida en la marcha de un proceso hacia su normal culminación, esto es, hacia la ejecución del fallo final de la causa»*.

Además, señaló que *«[...] el recurso de queja, más allá del nombre con que se lo designa, constituye, por sus efectos, una verdadera acción impugnativa de una sentencia firme»*, y concluyó que *«[...] una sentencia habrá adquirido firmeza cuando el tribunal de segunda instancia (tribunal superior provincial o Cámara Nacional de Casación Penal, según sea el caso) dicta la resolución por la que se declara que no es admisible el recurso extraordinario deducido por la parte»*.

Tal como sostuve en aquella oportunidad, los argumentos citados aparecen, a mi criterio, como los más ajustados a la normativa analizada y revelan que la sentencia adquiere firmeza con el rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto ante el tribunal superior de la causa. En forma simultánea a esa calidad, y por haber pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia condenatoria resulta ser inmutable y susceptible de ser ejecutada.

La eventualidad de que se interponga ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación **un recurso de queja** contra la denegatoria del recurso extraordinario federal no modifica en nada la solución, en tanto según entiendo –en forma coincidente con la doctora Argibay– esta última impugnación no se dirige contra la sentencia condenatoria que corresponde sea ejecutada –por encontrarse firme, conforme el criterio al que adhiero–, sino contra lo acertado o no del pronunciamiento que rechazó el recurso previsto en el **art. 14 de la ley 48**.

Ello, en la medida en que, conforme a este enfoque, la queja deducida ante la Corte Federal no constituye más que una acción impugnativa contra una sentencia firme, similar a lo que conocemos como «revisión de sentencia» –también llamada recurso de revisión–, aunque no reúna los caracteres propios de los recursos en virtud del tipo de resolución que ataca y los motivos en que se funda (siempre conf. **«Ochoa Campos»**).

Lo expuesto no resulta óbice de que, en forma excepcional, en algunos supuestos el Máximo Tribunal disponga **la suspensión de la ejecución de aquella sentencia firme, sólo cuando la queja sea admisible** por verificarse en el recurso extraordinario federal denegado cuestiones de índole federal, en los términos del art. 14 de la ley 48, y se adviertan circunstancias de gravedad institucional, según la doctrina de esa Corte (ver, al respecto, **CSJN, «García Méndez y ots.», Fallos 331:434**).

Ahora bien, ninguno de los argumentos planteados por la defensa en el recurso deducido en autos me conduce a modificar la posición asumida en aquella ocasión, donde di cuenta de los precedentes que invoca la defensa y de su lugar en la construcción del criterio que mantengo.

En el caso en tratamiento, la sentencia condenatoria impuesta a los acusados fue confirmada en la instancia casatoria (v. autos CUIJ n° 13-04811983-7/1, sentencia del 25/02/2022), y el recurso extraordinario federal deducido contra ese pronunciamiento fue denegado (v. autos CUIJ n° 13-06839740-

9/1, auto del 20/4/2022).

De tal forma que, según el criterio que he expuesto, la impugnación ha de ser desestimada.

Lo propio ocurre también con el planteo de prisión domiciliaria realizado en subsidio, en la medida en que –a mi juicio– ha sido planteado ante un tribunal que no tiene competencia material para expedirse sobre el punto.

Dicho en términos claros, tal petición debió dirigirse al juez con competencia en ejecución (ver, al respecto y en lo pertinente, «**Fernández Gaspar**»).

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación planteado en autos por la defensa de Luis Alberto Lobos Gras y Claudia Verónica Sgró.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Luis Alberto Lobos Gras y Claudia Verónica Sgró.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. Dr. VALERIO. Dr. LLORENTE: *Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (conf. art. 484 y 411 inc. 5 del CPP).*

3- SALGADO. 10-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230510_FcSSH.pdf

Lex: Art. 174 inc. 5°, 59 inc. 3, 62 y 67 del CP. Art. 36 de la CN.

Vox: Administración infiel en perjuicio de la administración pública. Tentativa. Prescripción. Imprescriptibilidad. Corrupción pública. Orden constitucional. Sistema democrático. Plazo razonable.

Summa:

El TPC rechazó el planteo de prescripción de la acción penal respecto del delito de administración infiel en perjuicio de la administración pública en grado de tentativa, que se le atribuyó al nombrado en el marco de los autos N° P-26.565/16.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Salgado. 14-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_Salgado.pdf

SCJM. Dras.: **Day.** Miquel. Marsala

Fallo:

CUIJ: 13-06927126-4/1((038601-26565)) F. C/SALGADO, SERGIO HERNAN Y OTRO P/ADMINISTRACIÓN INFIEL (26565) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

106172652

En Mendoza, a los diez días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06927126-4/1** caratulada **“F. c/ SALGADO ARAUJO, SERGIO HERNÁN P/ FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE ADMINISTRACIÓN INFIEL EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN”**.

En las presentes actuaciones, la defensa de Sergio Hernán Salgado Araujo interpone recurso de casación contra la resolución emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se rechaza planteo de prescripción de la acción penal respecto del delito de administración infiel en perjuicio de la administración pública en grado de tentativa, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-26.565/16.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primero, **DRA. MARÍA TERESA DAY**, segundo **DRA. SILVINA MIQUEL**, y tercero **DRA. GLADYS MARSALA**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El auto dictado por el tribunal de la instancia previa rechazó el incidente de prescripción de la acción penal formulado por la defensa del acusado en el marco de los autos n° P-26.565/16.

Para resolver de ese modo, consideró que la doctrina del seguimiento condicionado y la ejemplaridad de los fallos superiores que casan y unifican los criterios jurisprudenciales, ordenando la materia jurídica en conflicto, imponía reformular el temperamento que había sostenido anteriormente sobre la vigencia de la acción penal en la Sentencia N° 2.092.

Ello, por cuanto aquella resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial fue casada por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia a instancias del recurso de casación promovido por el Ministerio Público Fiscal, rechazándose el incidente de prescripción por extinción de la acción penal formulado por la defensa del acusado en las causas N° P-79.691/15 y P-104.366/16.

Por lo tanto, al advertir el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial que en esa decisión se abordaron todos los fundamentos expuestos por ese tribunal al momento de resolver los incidentes planteados por el condenado, y no encontrar fundados motivos para apartarse de lo así resuelto, consideró que la interpretación de este Cuerpo sobre la cuestión de la vigencia de la acción penal

resultaba obligatoria.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que la resolución atacada adolece de vicios en la aplicación de la ley sustantiva y en la observancia de normas procesales previstas bajo pena de nulidad, que la desacreditan como acto jurisdiccional válido.

El recurrente afirma que su representado fue condenado en fecha 18 de junio de 2018, mediante Sentencia N° 68, a la pena de cinco años de prisión por los delitos que se le atribúan en distintas causas, entre ellas, la causa n° P-26.565/16 por el delito de administración infiel en perjuicio de la administración pública en grado de tentativa (previsto y sancionado y sancionado por el art. 173 inc. 7 en función del 174 inc. 5 del Código Penal).

Advierte que ese pronunciamiento condenatorio no se encuentra firme a tenor de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «Olariaga», donde se sentó el criterio de que la sentencia condenatoria en materia penal no adquiere firmeza cuando está pendiente de resolver algún recurso, sea éste ordinario o extraordinario, aún el recurso directo o de queja.

Por ello, al no encontrarse firme la condena dictada en fecha 18 de junio de 2018, y teniendo en cuenta que el delito que se le atribuye a su representado en la causa referida lo ha sido en grado de tentativa, por imperio del art. 62 del CP la acción penal por el delito habría prescripto el 18 de junio de 2021.

Señala que Sergio Salgado habría dejado de ser funcionario público en marzo de 2021, por lo que no correría para él dicha causal de suspensión de la acción penal.

Considera que la resolución impugnada atenta contra los principios del debido proceso, de legalidad y, por ende, de seguridad jurídica, y que el tribunal cuestionado ha actuado con tintes legislativos más que jurisdiccionales.

Manifiesta que la sentencia atacada se equivoca cuando sostiene que el fallo que revoca se aparta del ordenamiento jurídico aplicable, sosteniendo que sólo se funda en normas sustanciales que regulan el instituto de la prescripción de la acción pena, desconociendo la naturaleza criminal de los hechos juzgados.

Señala que los delitos constitucionales no existen, y que los plazos de prescripción no surgen de un tratado internacional, sino de la norma de fondo aplicable en la rama del derecho penal. Por ello, hablar de delitos imprescriptibles iría contra el sistema republicano de gobierno, sobre todo cuando uno de los derechos fundamentales sería el de ser juzgado en un plazo razonable.

Por su parte, expresa que el derecho a ser juzgado en un **plazo razonable** involucraría la violación de otras garantías constitucionales como la defensa en juicio y el derecho de peticionar a las autoridades, que según el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Mattei», estaría incluido en la garantía del art. 18 de la CN como derecho de todo imputado a obtener luego de un juicio tramitado en legal forma un pronunciamiento del modo más rápido posible que ponga fin a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal.

En ese aspecto, destaca que delito de desobediencia no revestiría complejidad probatoria, y si bien la instrucción fue ajustada a derecho, no lo fue la etapa recursiva que insumió casi el doble de tiempo del delito de desobediencia, y sobrepasó el máximo penal del delito de malversación de caudales públicos, sin que el acusado pueda contar con un pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada.

Por lo que la resolución atacada constituiría una tergiversación de todo lo instituido no sólo por la Constitución Nacional sino del derecho convencional a ella incorporado.

Considera que los delitos por los cuales se pidió la prescripción, no son típicos de un enriquecimiento ilícito y tanto la desobediencia como la malversación de caudales públicos quedarían fuera del ámbito de la corrupción propiamente dicha, según la voluntad de los países firmantes de los tratados sobre corrupción.

Critica que el tribunal de la instancia previa utilizara el término impunidad, porque el acusado fue investigado, juzgado y condenado, pero no por ello debería ser víctima de la burocracia judicial.

Finalmente, considera que esta Suprema Corte de Justicia ha sostenido que debe respetarse el derecho interno de nuestro país, en especial los principios y garantías judiciales y del debido proceso. Por lo que sería contradictoria la resolución al no tener en cuenta la lentitud judicial y en consecuencia se estaría violando el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Por todo lo expuesto, solicita se declare al nulidad de la «*sentencia y se case la misma ordenando la prescripción en la causa n° 25.565/16*» (sic).

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General considera que si bien desde una perspectiva externa corresponde aceptar la procedencia formal del recurso de casación interpuesto, con la consiguiente apertura al examen de la cuestión sustancial, las críticas efectuadas a la resolución impugnada resultan infundadas.

Manifiesta que existen materias que exceden la regulación del derecho común, cuando la fuente de los delitos tratados no es de derecho común, sino que proviene de un derecho jerárquicamente superior como es el derecho constitucional y convencional, cuando estos tienen una específica regulación no sólo en el ámbito nacional sino en el orden internacional.

En ese sentido, considera que la sentencia dictada por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en el marco de los autos n° 13-05418979-0, funda acabadamente las diferencias interpretativas que expone la defensa, estableciendo y demostrando por qué los delitos atribuidos deben ser considerados delitos constitucionales o de base constitucional.

Agrega que en esa sentencia se traen a colación todos los tratados internacionales suscriptos por nuestro país con relación a la lucha contra la corrupción y que llevan a la inclusión, en el texto constitucional del **art. 36 de la CN**, de tres delitos constitucionales en una misma norma, que **atentan contra el orden constitucional y el sistema democrático**, entre los cuales se encuentran los graves delitos dolosos cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento, es decir graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado.

Señala que a ese fallo es el que se remite el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en la resolución impugnada, donde se observa que se ha aplicado e interpretado correctamente la ley sustantiva, como también, que se han observado adecuadamente las normas que el rito penal establece bajo pena de nulidad.

En razón de lo expuesto, estima que no corresponde hacer lugar a la pretensión casatoria.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Day. Preopinante

Puesta a resolver la cuestión traída a conocimiento, debo adelantar que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado debe ser rechazado.

En resumidas cuentas, debe señalarse que la defensa critica el auto dictado por el tribunal de la instancia previa que, por aplicación de lo resuelto por este Tribunal en la causa n° 13-05418979-0 («Salgado»), rechazó el incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa del condenado Sergio Hernán Salgado Araujo respecto del delito de fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa, que se le atribuyó en el marco de la causa n° P-26.565/16, y por el cual, junto con otros ilícitos, fue condenado mediante Sentencia N° 68 emitida por ese mismo Tribunal, en fecha 18 de junio de 2.018.

Para ello, cuestiona las razones invocadas por esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia considerada como precedente obligatorio por el tribunal inferior para resolver del modo en que lo hizo, aduciendo que se trataría de un pronunciamiento que vulnera el debido proceso legal, que provoca inseguridad jurídica y que, además, lesiona el principio de legalidad y la defensa en juicio.

Al respecto, debo decir que no comparto la crítica recursiva, desde que se asienta en una posición personal del recurrente, que si bien se entiende y justifica desde los intereses que representa, carece de adecuado y suficiente sustento para demostrar la concurrencia de los vicios que invoca a modo de agravios casatorios y, desde allí, la pretendida nulidad del acto procesal atacado.

En efecto, conforme se desprende de la compulsa de las presentes actuaciones, el tribunal de la instancia anterior resolvió del modo en que lo hizo, a partir de considerar el tenor de la doctrina del seguimiento condicionado y la ejemplaridad de los fallos superiores emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En función de ello, consideró que lo solicitado por la defensa debía ser rechazado en virtud de que esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia ya se ha expedido en las causas acumuladas a esta (la causa n° P-26.565/16), mediante el rechazo de la prescripción fundado en la imprescriptibilidad en el ámbito de los delitos de corrupción que ha sido someramente desarrollado en los párrafos anteriores.

Sin perjuicio de los efectos que pueda asignársele a la doctrina legal que emana del fallo de esta Sala en cuanto a su obligatoriedad para los tribunales de las instancias anteriores, lo cierto es que todos los argumentos presentados en esta oportunidad por el recurrente en su escrito casatorio, han sido abordados y contestados en su totalidad en el precedente referido.

En particular, sobre la caracterización de los delitos por los cuales resultó condenado el acusado, entre ellos, aquel por el cual se rechazó en la instancia previa el pedido de su defensa vinculado con la extinción de la acción penal por prescripción –fraude a la administración pública en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa– como delitos constitucionales –**art. 36 quinto párrafo de la CN**–, como actos de corrupción en la administración pública, es decir, como graves delitos dolosos cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento –corrupción pública–, y su carácter imprescriptible.

A ello, se agrega que tampoco el recurrente introduce argumentos para controvertir sus fundamentos, esto es, motivos que por su carácter novedoso, o porque demuestran desaciertos en el razonamiento

seguido por esta Sala al resolver del modo en que lo hizo, precise de un reexamen de la cuestión a partir de ellos.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dra. Miquel y Dra. Marsala. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. SILVINA MIQUEL Y GLADYS MARSALA adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.-** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Sergio Hernán Salgado Araujo.
- 2.-** Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.-** Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.-** Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Capítulo VII.

Delitos contra la seguridad pública.

Tenencia. Portación.

4- FERNANDEZ y GOREZ. 17-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcFSO.pdf

Lex: Art. 173 inc. 11 CP

Vox: Desbaratamiento de derechos. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de desbaratamiento de derecho acordados (art. 173 inc. 11 del Código Penal.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 775, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Defraudación por desbaratamiento de derechos

- Caselles. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCaselles.pdf
- Fuster. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcFuster.pdf
- Vidal. 11-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-04780908-2/1((018602-45090)) F. C/ FERNANDEZ Y GOREZ P/ DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (45090) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105122451*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04780908-2/1 caratulada "F. c/ FERNANDEZ SALATINO, OSCAR SAVERIO Y GOREZ, ANA ESTER P/ DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS S/ CASACIÓN".

La defensa de Oscar Saverio Fernández Salatino interpone recurso de casación contra la sentencia n° 775, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de un año de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de desbaratamiento de derecho acordados (art. 173 inc. 11 del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-45.090/17.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función de los recursos interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En las presentes actuaciones el tribunal de juicio tuvo por acreditado, más allá de toda duda razonable, la venta del inmueble ubicado en calle Lateral Norte Acceso Este n° 2200, Villa Nueva del Dpto. de Guaymallén, inscripto en la matrícula 86919/4, Asiento A, en fecha 14 de diciembre de 2007, por parte de Oscar Saverio Fernández y Ana Esther Gorez, cónyuges entre sí, a Juana Ángela Gilbert, instrumentándose un boleto de compraventa (agregado a fs. 44 autos N° 6004). El valor de la operación resultó de U\$S 100.000, estipulándose un pago inicial ese día de U\$S 15.823 y el saldo en tres pagos (de U\$S 15.823, U\$S 15.823 y U\$S 52.531, respectivamente) con vencimiento el 28 de febrero de 2008, el 30 de junio de 2008 y el 28 de febrero de 2009 (cláusula cuarta del contrato, fs. 44 Autos N° 6004). También se estableció, de común acuerdo, que la entrega de la posesión del inmueble se realizaría al momento de cancelar el precio y firmar la correspondiente escritura traslativa de dominio (cláusula quinta de contrato). Desde ese momento hasta el 3 de marzo de 2009 Gilbert realizó pagos parciales a los vendedores (ver recibos agregados a fs. 28/43, autos N° 6.004). Fernández en fecha 23 de febrero de 2010 intimó a la denunciante al pago de la suma de U\$S 29.213 con más los intereses pactados y accesorios legales, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 1.204 del Código Civil y accionar por daños y perjuicios (fs. 23 autos N° 6.004). En fecha 16 de septiembre de 2010 Gilbert inició una demanda civil (autos N° 6.004, tramitados ante el Tribunal de Gestión Asociada en lo Civil, Comercial y Minas N° 1 de Mendoza), solicitando un reajuste contractual por lesión enorme, cumplimiento contractual y daños y perjuicios, la que fue contestada por los vendedores en fecha 7 de diciembre de 2010, sin solicitar la revocación o rescisión del contrato (fs. 127/134, autos N° 6.004). En fecha 26 de marzo de 2010 (es decir, encontrándose en pleno trámite procesal la causa civil mencionada) Fernández procedió a vender la propiedad en cuestión a terceros (Eliezer Reinaldo Fuertes, Carolina Estefanía Fuertes y a Elizabeth Arabela Fuertes), conforme la escritura

traslativa de dominio inscrita en el asiento A-1 de la Matrícula N° 86.919/4 pasada ante la escribana María Cristina Zito de Reta (copia certificada de la Matrícula, fs. 211/212).

Luego, el **Tribunal de Gestión Asociada** N° 1 dictó sentencia en fecha 31/8/15, en autos N° 6.004, admitiendo la demanda por reajuste de cláusula penal promovida por Gilbert, fijándola en la suma diaria de U\$S 50 (fs. 466/471, autos N° 6004). Esa sentencia fue confirmada en lo sustancial por la Segunda Cámara en lo Civil, Comercial y Minas en fecha 15/9/16 (fs. 534/540, autos N° 6004).

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, la declaración testimonial de Juana Ángela Gilbert y las copias del proceso civil N° 6.004, caratulado «Gilbert, Juana Ángela c/Fernández, Oscar Saverio p/cumplimiento del contrato».

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso de casación de acuerdo con las disposiciones del inc. 2 del art. 474 del CPP. Considera que el sentenciante omitió valorar y analizar prueba relevante incorporada a la causa. Sostiene que el juez afirmó que el acusado, al contestar la demanda civil deducida por la querellante Juana Ángela Gilbert por cumplimiento de contrato, reajuste de cláusula penal y daños y perjuicios, «no solicitó la revocación o rescisión del contrato».

Al respecto, estima que el sentenciante omitió considerar, que el acusado se encontraba jurídicamente imposibilitado de resolver el contrato, toda vez que la querellante Juana Ángela Gilbert, con la demanda civil, ofreció cancelar el saldo del precio.

En efecto, afirma que la víctima Juana Ángela Gilbert depositó en el expediente civil un cheque de pago diferido. Agrega que, si bien el importe ofrecido no alcanzaba a cubrir el saldo que a la fecha adeudaba, el acusado accedió a retirar el valor ofrecido en pago, circunstancia que puso de manifiesto al contestar la demanda.

Aclara que con la contestación de la demanda civil la litis quedó trabada.

Asimismo, refiere que el sentenciante tampoco tuvo en cuenta que el cheque ofrecido en pago carecía de fondos.

Sostiene que, a raíz de ello, el Juzgado Civil ordenó que por intermedio del oficial de justicia se le entregara a Juana Ángela Gilbert la posesión del inmueble y a Oscar Saverio Fernández Salatino el cheque; entrega que fracasó porque Juana Ángela Gilbert se negó a abonar el saldo de precio.

Argumenta que estas circunstancias no fueron tenidas en cuenta, ni siquiera fueron mencionadas por el juez de la instancia anterior.

Asimismo, considera que la decisión del sentenciante, de condenar al acusado por el delito de desbaratamiento de derechos acordados, resulta desafortunada, en tanto, argumentan que el mencionado delito se configura cuando el autor frustra un derecho exigible en cabeza de la víctima, situación que jamás sucedió en el caso concreto.

En tanto, sostiene que Juana Ángela Gilbert nunca poseyó un derecho exigible porque no cumplió con las condiciones pactadas, es decir, no canceló el precio y demandó judicialmente la entrega del inmueble, pero la demanda le fue rechazada. Al respecto, estima que el sentenciante no tuvo en cuenta esta circunstancia al momento de dictar sentencia.

En otro orden, sostiene que el juez de la instancia anterior erróneamente consideró que se encontraba acreditado el **dolo** en el acusado, en tanto argumenta que para que se configure el delito debe existir ardid, engaño, abuso de confianza o algún tipo de maniobra defraudatoria en cabeza del acusado, lo que no existiría en el caso.

Además, manifiesta que el sentenciante erradamente consideró que Oscar Saverio Fernández Salatino mantuvo vivo un proceso civil, en el que se discutía el alcance de cláusulas de un contrato de compraventa, al solo efecto de encubrir la venta del inmueble.

En relación con ello, aclara que el proceso civil fue iniciado por Juana Ángela Gilbert en septiembre de 2010, a casi cuatro años de la celebración del contrato y a un año y siete meses en que Gilbert debió haber cancelado la última cuota.

Por lo que, considera que no fue Fernández Salatino quien mantuvo vivo el proceso civil sino que, por el contrario, la única responsable de la situación, que inició el proceso civil por cumplimiento de contrato fue Gilbert, quien a su vez es la única incumplidora, en tanto llevaba casi dos años sin pagar lo correspondiente. Agrega, que la demanda por cumplimiento de contrato fue rechazada precisamente por los incumplimientos en los que incurrió Juana Ángela Gilbert.

Sostiene que esta situación tampoco fue considerada por el sentenciante.

En conclusión, la defensa considera que la falta o insuficiente fundamentación debe ser analizada por parte del tribunal de alzada. Esto, en razón de que el sentenciante tenía la obligación de tratar los temas propuestos y, no sólo no lo hizo sino que, además, unió razonamientos sobre pruebas inexistentes acerca de la constitución del derecho en cabeza de Juana Ángela Gilbert.

Por último, refiere que para determinar la pena el juez de la instancia anterior expresó una simple construcción introductoria genérica, sin analizar los elementos mencionados por la defensa.

De tal manera, considera que no se encuentra debidamente justificada la determinación de la pena. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Esto, en razón de que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente fundada, con una valoración minuciosa por parte del sentenciante de todo el plexo probatorio.

En efecto, sostiene que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia esté inmotivada, por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa considero que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde su rechazo.

En efecto, analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como los agravios en el recurso interpuesto, estimo que éstos no logran conmover las conclusiones a las que llegó el sentenciante.

De manera preliminar, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces no están obligados a analizar todas las cuestiones expuestas por las partes, ni analizar los argumentos por ellas utilizados que, a su juicio, no sean decisivos (Fallos 233:47, 234:250; 272:225, entre muchos).

A partir de esta consideración, es que se analizará el recurso interpuesto.

La defensa argumenta, con la finalidad de solicitar la absolución del acusado, que éste se encontraba jurídicamente imposibilitado de resolver el contrato, toda vez que Juana Ángela Gilbert ofreció cancelar el saldo del precio.

Asimismo, refiere que ésta depositó en el expediente civil un cheque de pago diferido que carecía de fondos. Además, menciona que en el caso concreto no se cumplió con el requisito necesario para que se configure el delito de desbaratamiento de derechos acordados, esto es que el victimario frustró el derecho exigible en cabeza de la víctima.

En efecto, refiere que Juana Ángela Gilbert nunca tuvo un derecho exigible porque no cumplió con las condiciones pactadas, es decir, no canceló el precio.

Al respecto, expresa que no fue el acusado quien mantuvo vivo el proceso civil, tal como lo argumenta el sentenciante, en tanto Juana Ángela Gilbert inició el proceso civil por cumplimiento de contrato, quien a su vez fue la única incumplidora, llevaba casi dos años sin pagar.

Por último, señala que no se encuentra debidamente justificada la determinación de la pena.

A diferencia de lo que sostiene la defensa, considero que existen elementos de relevancia para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones respecto de la existencia material de los hechos, en concreto sobre el desbaratamiento de derechos acordados.

Asimismo, en cuanto a la intervención de Oscar Saverio Fernández Salatino en aquellos hechos, particularmente, hago referencia a la declaración testimonial de Juana Ángela Gilbert, como así también a los demás elementos que se encuentran incorporados a la causa, como son las copias del proceso civil n° 6.004, caratulado «Gilbert, Juana Ángela c/Fernández, Oscar Saverio p/cumplimiento del contrato».

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor de valoración de la prueba por parte del juez de la instancia previa, la que no logra ser desvirtuada en esta instancia.

Ello, por cuanto ya fueron referidos por la defensa durante el debate y analizados detalladamente por el sentenciante. Así, se advierte de los fundamentos que, la defensa en el debate oral argumentó que «[e]l no pago total de ese precio impide encuadrar la conducta de su pupilo en el tipo penal endilgado, puesto que no existía en cabeza de la denunciante ningún derecho exigible al momento en que Fernández efectuó la segunda venta mediante escritura pública con entrega de la posesión (26/3/12, asiento del inmueble)» (fundamentos fs. 262).

El sentenciante disintió con la postura de la defensa y, con cita de doctrina, correctamente argumentó que «[según Donna] no es exigible el pago total de lo acordado para la tipificación de la conducta, puesto que sea que se haya pagado total o parcialmente el precio en la medida pactada, en ambos casos la lesión al patrimonio se verifica igualmente (ob. Cit., pág. 530)».

Además, afirmó acertadamente que «[e]l contrato se encontraba vigente, y no había sido rescindido, ni se había iniciado acción alguna en tal sentido, sino que por el contrario, el imputado procedió a la venta de la propiedad mediante escritura y traslación de la posesión mientras se encontraba discutiendo en un proceso civil el alcance de una de las cláusulas del contrato, por lo que tornó imposible que la denunciante pudiera acceder al inmueble, aun haciendo efectivo el pago total conforme el ajuste realizado en la sentencia recaída en los autos N° 6.004, tramitados ante el Primer Tribunal de Gestión Asociada».

Asimismo, agregó que «[e]n este caso existió un plus, que excedió el mero incumplimiento contractual, como pretende la defensa, habida cuenta que con su conducta vedó toda posibilidad de que la denunciante pudiera acceder a la propiedad por la que había pagado parte de su precio, manteniendo vivo un proceso civil en el que se discutía el alcance de cláusulas de un contrato de compraventa que no podía ya cumplirse de ninguna manera, al trasladar el dominio del inmueble en cuestión a un tercero de buena fe, configurando de esta manera un claro perjuicio patrimonial a la primera compradora» (fundamentos fs. 262).

Con respecto al tipo penal en cuestión, el juez de la instancia anterior sostuvo que éste sanciona «al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, sea reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía» (fundamentos fs. 261 vta.).

En este sentido, debe señalarse que se encuentra acreditado, como acertadamente lo afirmó el sentenciante, que el acusado conocía la primera venta efectuada a Juana Ángela Gilbert el 14 de diciembre de 2007, como así también que el contrato de compraventa se encontraba vigente al momento de la segunda venta en marzo de 2010. Se advierte que, pese a ello, el acusado realizó la traslación del dominio, con el conocimiento –y, agregó, la voluntad– que aun cuando Juana Ángela Gilbert integrara la totalidad del precio no podría acceder de ninguna forma a la posesión y dominio del inmueble, produciendo de esta manera un perjuicio en su patrimonio.

Asimismo, es importante resaltar que el acusado realizó la venta del inmueble mientras se encontraba en pleno trámite procesal la causa civil iniciada por la víctima.

De lo expuesto, se advierte que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

En este orden, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba y ello impone, como regla, la consideración de la prueba en su conjunto.

Los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que, de manera sintética y definitiva, debe valorar para la reconstrucción de los hechos.

Es el resultado global el que cuenta, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan la convicción necesaria acerca de la existencia de los hechos investigados en el proceso (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401- 188)

En definitiva, los cuestionamientos de la defensa no resultan procedentes, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de sentencia, conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como la autoría de éste.

Por último, considero que tampoco puede prosperar el vinculado con la determinación de la pena.

Ello, toda vez que los motivos expuestos por el sentenciante resultan fundamentados en las pautas de los **arts. 40 y 41 del CP.**

Al respecto, el juez de la instancia previa refirió como circunstancias agravantes, que justificaban el alejamiento del mínimo de la escala penal, que el acusado registraba una condena anterior por un delito de contenido patrimonial, como así también el perjuicio económico grave ocasionado a la víctima y su conducta posterior a la consumación del hecho, en tanto el acusado continuó litigando en el proceso civil iniciado por la denunciante, por ajuste de contrato, ocultando la venta realizada del inmueble objeto de ese contrato.

Asimismo, tuvo en cuenta la edad del acusado, e indicó que se trataba de una persona adulta dedicada a la actividad comercial, por lo que poseía pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta.

Por otra parte, como circunstancias atenuantes el juez meritó la conducta de la denunciante durante la ejecución del contrato celebrado, puesto que consideró que el atraso en que incurrió en los pagos tuvo alguna incidencia en el resultado dañoso, disminuyendo el reproche que se formula al acusado, pero sin excluirlo.

Conforme lo señalado, considero que la fundamentación en la que se sustenta el razonamiento del sentenciante resulta adecuado en tanto se han detallado y analizado debidamente las circunstancias agravantes y atenuantes para individualizar la pena aplicada, resultando suficiente.

Por lo tanto, las razones expuestas por el juez de la instancia anterior justifican el alejamiento del mínimo de la escala aplicable.

En función de ello, el agravio no resulta procedente.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PARLERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PARLERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PARLERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar al recurso de casación interpuesto por Oscar Saverio Fernández Salatino.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, 17 de mayo de 2023.-

5- CARMONA CAMPS y DE GIUSEPPE. 06-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230606_FcCCJ.pdf

Lex: Art. 168, 1° párrafo del CP

Vox: Extorsión. Simulación de falsa orden de autoridad.

Summa:

El TPC condenó los señalados a la pena de **seis años y seis meses** como coautores penalmente responsables del delito de extorsión mediante simulación de falsa orden de la autoridad (art. 168, 1° párrafo, 12 y 29 del CP).

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2119, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ibáñez Heron. 26-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180626_FcIHE.pdf
- Domínguez Castillo. 19-06-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180619_FcDCN.pdf
- Núñez Correa

Precedentes relacionados.

Extorsión:

- Chacón Azeglio. 15-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180815_FcCAL.pdf
- González. 07-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181107_FcGDE.pdf
- Rodríguez. 08-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181108_FcRGI.pdf
- Ureta. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcUreta.pdf
- Matar. 30-11-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221130_FcMEG.pdf
- Carmona. 06-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230606_FcCCJ.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06889668-6((018602-63643)) FC/ CARMONA CAMPS, JOSÉ LUIS Y DE GIUSSEPE P/ EXTORSION MEDIANTE SIMULACION (...) (63643) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106137521*

En Mendoza, a los seis días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06889668-6 caratulada “F. c/ CARMONA CAMPS JOSÉ LUIS Y DI GIUSEPPE SUAREZ JORGE ANTONIO P/ S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de José Luis Carmona Camps y, la defensa de Jorge Antonio De Giuseppe Suarez, interponen recursos de casación contra la sentencia n° 2.119 y sus fundamentos, emitida por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a los nombrados, en causa N° P-63.643/20, a la pena de seis años y seis meses como coautores penalmente responsables del delito de extorsión mediante simulación de falsa orden de la autoridad (art. 168, 1° párrafo, 12 y 29 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función de los recursos formulados, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia cuestionada por las defensas se tuvo por acreditado que «[e]l día jueves 27 de agosto de 2020, siendo aproximadamente las 13.00 hs., José Luis Carmona Camps, de manera uniformada, vistiendo chaleco antibala, gorra con insignia de la Policía y un arma de fuego tipo pistola 9 mm en la cintura dentro de una cartuchera se presentó junto a Jorge Antonio De Giuseppe Suárez, el cual vestía una campera color azul con la insignia de la Policía de Investigaciones, en el edificio sito en calle Espejo 271 de la Ciudad de Mendoza y ambos se dirigieron al quinto piso, oficina 01, en donde funciona una oficina comercial. Una vez allí, Carmona y Di Giuseppe golpearon la puerta y al ser atendidos se presentaron como efectivos policiales y le manifestaron a David Villalba, Mariela Villalba y a Aymé Miralles que tenían una orden de allanamiento expedida por el Juez Dr. Rivera, titular del Juzgado Federal n° 2, a raíz de una denuncia anónima, y que sabían que en el lugar había dinero. Ante el pedido de las víctimas de exhibir la orden respectiva, y a efectos de que la medida aparentara veracidad, no sólo exhibieron placas policiales identificatorias, sino que Carmona Camps practicó varias comunicaciones telefónicas desde su número de celular 26124242515 al abonado número 2613879479, línea utilizada por Juan Gregorio Riveros Guajardo quien se encontraba en inmediaciones del edificio, y simulaba ser el Juez Federal Rivera, dando directivas de actuación a viva voz a través del teléfono que fue colocado en alta voz para que las víctimas escucharan, lo cual efectivamente sucedió. Seguidamente Carmona y De Giuseppe les ordenaron de manera intimidatoria colocar sobre la mesa del escritorio toda suma de dinero en efectivo que hubiera en la oficina para cumplir con la supuesta orden judicial, expresándoles que sino colaboraban “iba a ser peor”. Así las cosas, el Sr. Villalba ante la creencia de ser una medida judicial legítima y también ante el temor generado por la medida de coerción que los uniformados estaban practicando usando la fuerza pública, extrajo de

una caja de seguridad quinientos mil pesos argentinos y veinte mil dólares estadounidenses y los colocó sobre un escritorio, tras lo cual Carmona y De Giuseppe les hicieron distribuirlo en sobres de papel madera que introdujeron en una bolsa, simularon el labrado de acta de registro y les manifestaron a los damnificados que la orden de allanamiento les sería enviada vía correo electrónico, para luego retirarse del lugar en poder del dinero en calidad de secuestro».

Para así decidir el sentenciante tomó en consideración las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por David Lucas Andrés Villalba, Mariela Soledad Villalba, Noemí Aimé Miralles, Sergio Lescano, Armando Federico Silva Talasek, Víctor Matías Rodríguez, Lucas Iván Vaquer, Jorge Antonio Calderón, Rubén Giménez, Norman Israel Arias, Leonardo Rafael Cara, Sergio Walter De Miguel, Analía Maurino, Mónica Rinaldi, Carlos Alberto Pérez Fernández, Lucas Díaz; así como el resto de la prueba válidamente incorporada.

2.- Los recursos de casación interpuestos por las defensas

2.a. - La defensa José Luis Carmona Camps, formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Refiere que en la sentencia el juez de la instancia anterior ha incurrido en un error de subsunción legal al analizar la plataforma fáctica y la prueba colectada y encuadrar la conducta de su asistido en las previsiones del art. 168 del CP. A su criterio falta un requisito objetivo del tipo, esto es la disposición patrimonial.

Agrega que en el caso no se trata de un falso funcionario público, sino que estamos ante un policía en funciones que realizó un procedimiento en el domicilio del supuesto damnificado.

Añade que no existió orden de allanamiento falsa ya que no era necesaria puesto que los imputados ingresaron a la oficina comercial con la autorización de su propietario, de tal manera no resulta adecuadamente subsumida la conducta analizada de la víctima para constituir una extorsión.

Señala que no existe lapso de tiempo entre el supuesto amedrentamiento y la disposición patrimonial – en caso de considerar que ésta existió–. A su criterio el hecho no puede tratarse de una extorsión si no que sólo de un **robo simple (art. 164 del CP) o una concusión (art. 268 del CP)**.

En cuanto a los vicios del art. 474 inc. 2 del CPP sostiene que la sentencia omitió la prueba referida a la existencia de la entrega del dinero, así también omitió analizar la declaración prestada por su defendido la que fue debidamente incorporada al debate y en razón de ello la sentencia resulta nula.

Afirma que se violó el principio acusatorio, puesto que el juez subsanó deficiencias probatorias de los acusadores público y privado, al introducir luego de los alegatos, y la incorporación de prueba, la discusión sobre el dinero secuestrado en autos sin que haya existido actividad probatoria de las partes al respecto. Refiere que tal circunstancia fue señalada por el juez en la audiencia de debate.

En relación con la inexistencia de prueba sobre la disposición patrimonial señala que durante el debate, y en la sentencia, se pone en evidencia la falta de prueba sobre la entrega de dinero a los acusados. Afirma que la defensa que tuvo Carmona hizo que incurriera en una deficiente fundamentación de la conducta del acusado y que no hay prueba sobre la entrega del dinero ni menos de su existencia. Esta circunstancia fue negada en la ampliación de declaración de Carmona, pero se omitió analizarla.

Refiere que la defensa anterior de Carmona no discutió ninguno de los extremos de la imputación y se limitó a pedir una pena de tres años por el delito previsto por el art. 172 el CP –que prevé una pena de un mes a seis años–. No obstante, esta circunstancia no exime al juez ni al representante del Ministerio Público Fiscal de probar todos los extremos de la acusación.

Expresa que, en la audiencia del 22 de abril del 2.022, a partir del minuto 0.59.19 una vez incorporada la prueba y rendidos los alegatos el juez señaló que no advertía que del debate se haya hecho referencia a un secuestro del dinero y agrega que de la reproducción del video correspondiente es posible advertir que el fiscal buscó constancias de la causa, una vez cerrada la etapa de los alegatos, y que no las encontraba. Refiere que en todo el debate no hubo una sola prueba ni mención a verificación de la existencia, entrega o ningún otro medio de prueba que hiciera al detrimento patrimonial del denunciante. Detalla que en audiencia del 9 de mayo del 2.022, previo a dar la última palabra a los acusados, el juez volvió sobre el tema y consultó si había oposición a la restitución del dinero secuestrado, sin que los letrados se opusieran. Señala que ese secuestro no fue materia de análisis en el debate. Agrega que en autos, Sandra Raquel Fernández solicitó la restitución de dinero secuestrado en un allanamiento, restitución que fue dispuesta por el fiscal en relación al dinero secuestrado al llevarse a cabo allanamiento en el domicilio ubicado en calle Azcuénaga de Guaymallén.

Por otra parte, al llevarse a cabo el juicio abreviado a Riveros, se ordenó el decomiso de las armas secuestradas, pero nada se dice sobre el dinero secuestrado. De ello deriva que el juez tuvo una participación en el debate que resultó parcial y violatoria del principio acusatorio. Estima aplicable al respecto lo resuelto en el **precedente «Bordón Gutiérrez Víctor»**.

Expresa que la sentencia no se encuentra motivada y que el juez ante la falta de la defensa de su ahora asistido se limitó a reproducir la hipótesis fáctica del Ministerio Público Fiscal, que omitió prueba de cargo respecto a la entrega de dinero de la víctima al imputado, sin que se trate de una omisión probatoria que pueda suplirse y resulta dirimente, ya que es un elemento del tipo objetivo del delito de extorsión.

Critica también la falta de análisis de la declaración del acusado Carmona quien al declarar expuso su teoría del caso, sin que el juez diese cuenta de la versión brindada en tanto negó la existencia de una suma de dinero retenida.

Señala que la suma de dinero en cuestión ameritaba la realización de actos probatorios sobre el origen y la posibilidad de que estuviese en poder del denunciante, pero nada de esto ocurrió.

Critica la calificación legal asignada al hecho y afirma que el delito de extorsión al ser pluriofensivo en su estructura se asemeja a los delitos contra la propiedad, en particular el robo y la estafa. Se diferencia del robo en relación con el intervalo donde manifiesta su esencia y refiere que la doctrina mayoritaria exige la presencia de un intervalo entre intimidación y obtención del beneficio ilícito en la extorsión.

Esta es la diferencia decisiva con el robo, en el que, además de la vis absoluta, puede darse la vis compulsiva, amenaza que se cierne sobre la víctima. Analiza la actuación de Carmona y de De Giuseppe y afirma que el ingreso al domicilio fue hecho con autorización del denunciante, tal como lo sostuvo éste. Agrega que también está probado que los acusados labraron actos de lo que realizaban.

En sintonía, los testigos dijeron que vieron a dos policías haciendo una medida judicial y que incluso ingresó una abogada –Dra. Silvana Citadini–, quien dijo que no escuchó que le pidieran nada a quienes estaban en el domicilio. Considera que eliminada la disposición patrimonial, la actuación de los oficiales fue legítima y se encuentra amparada por el **art. 34 inc. 4 del CP**, esto es en cumplimiento legítimo de su deber.

Añade que existía una orden de captura de un prófugo y los imputados habían sido parte de la división que se ocupaba de la detención de prófugos, por lo que al tomar novedad sobre la posible presencia de Aguilera en el domicilio del denunciado fueron pronto a verificar el hecho.

El defensor propone que para el caso en que se considere probada la disposición patrimonial el hecho debería subsumirse en un robo simple o una concusión. La primera alternativa, en razón del lapso

temporal, esto es la inmediatez entre la supuesta fuerza moral ejercida por el causado y la entrega de dinero. La segunda, en tanto los acusados no simularon ser policías ni necesitaron simular orden alguna, ya que efectivamente eran policías y su defendido para ingresar mostró su placa auténtica, de manera tal que no encuadra en las previsiones del 168 del CP sino en el art. 266 del CP. Formula reserva del caso federal.

2.b.- La defensa de Jorge Antonio De Giuseppe recurre a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP. Afirma que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada, puesto que se funda en fundamentaciones insuficientes o parciales y, por ello, luce arbitraria, por lo que en función del art. 416 inc. 4 del CPP corresponde se la declare nula. Refiere que se ha valorado la prueba de manera parcial otorgando valor a unos elementos de prueba por sobre otros, sin explicación lógica, apreciando injustamente el resultado de aquellas. Considera que las testimoniales de Analía Maurino y Mónica Rinaldi, determinantes al momento de la condena, se encuentran cargados de subjetivismos, impresiones personales e, incluso, contradicciones.

Agrega que no comparte la valoración llevada a cabo de los testimonios de Maurino y Rinaldi respecto de que el sujeto que se ve en la filmación –oculto bajo ropas oscuras– pudiera ser identificado como De Giuseppe por su estatura, dato tan equívoco y arbitrario como su vestimenta, contextura física y forma de caminar.

Agrega que su asistido no es alto ni bajo, ni gordo ni flaco, pues presenta contextura física media, y es difícilmente reconocible y comparable con otros sujetos. Señala las otras líneas investigativas que se siguieron y considera que las oficiales que sindicaron a su defendido como posible autor, sólo se basan en apreciaciones personales al momento de visualizar las imágenes que no otorgan solidez suficiente para determinar que se trata de su defendido.

Expresa que ha existido arbitraria valoración del conocimiento previo de los acusados. Refiere que un indicio que tuvo en cuenta el juez de la instancia anterior fue la posible relación de amistad entre Carmona y De Giuseppe, extremo que no fue acreditado. Señala que la oficial Maurino no pudo corroborar entre ambos una relación de amistad previa y que una sola foto en una red social no autoriza a concluir en ese vínculo entre ambos. Entiende también que resulta arbitraria la valoración llevada a cabo respecto de la vestimenta usada por De Giuseppe y su calidad de zurdo. Agrega que de las filmaciones se puede concluir que el autor del hecho utilizaba ropas oscuras, pero nada autoriza a concluir que es De Giuseppe toda vez que de las declaraciones de sus compañeros de trabajo se determina que el mismo vestía siempre ropas oscuras. Refiere diferencias entre las prendas de vestir que utilizaba el autor del hecho y la ausencia en el allanamiento de chalecos, viseras, camperas y placas.

Agrega que ni siquiera las víctimas fueron claras sobre el color de la vestimenta que usaron los autores del hecho. Afirma que la calidad de zurdo del sujeto que ingresó a la oficina y el hecho de que su asistido también lo sea es un indicio equívoco y aplicable a gran cantidad de individuos de la población de la Provincia.

Afirma que la valoración de reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por Mariela Villalba ha sido arbitraria. Señala que entre el hecho y el reconocimiento en rueda de personas mediaron cinco meses y que el rostro de su defendido apareció en el diario «El sol» del 2 de diciembre del 2020, contaminando de este modo la memoria de los testigos. No obstante, el 26 de enero de 2021 se llevó a cabo la medida que arrojó resultados que apoyan la inocencia de su asistido.

Señala que Lucas Villalba y Noemí Miralles no pudieron reconocer a persona alguna, o se equivocaron, y Mariela Villalba sí lo hizo respecto a De Giuseppe. Agrega que Lucas Villalba dijo que había visto la noticia sobre la detención y visualizado su rostro, y que las hermanas también habían visto la noticia.

Esta circunstancia fue negada por la reconociente y omitida en la valoración del juez. En otro aspecto, critica como arbitraria la valoración de los indicios de presencia física de su asistido el día y en el lugar del hecho. No comparte la apreciación relativa a que De Giuseppe marcó salida en el reloj biométrico correspondiente a su lugar de trabajo a las 14.13 hs. Refiere que el juez desconoce las funciones propias del personal de Penitenciaría Provincial, que en su gran mayoría permanecen en el trabajo hasta que concluyen todas las actividades que les encargaran sus autoridades.

Agrega que Armando Silva admitió no recordar si ese día específico le había encomendado al acusado alguna tarea que justifique su salida laboral a las 14.13 hs., pero que surge, como prueba objetiva, que permaneció en la Penitenciaría Provincial, sin notificación de egreso alguno durante su turno, contrariamente a lo que sostuvo el juez. Cuestiona también que se utilizara como indicio en su contra la captación de un teléfono celular por la antena de calle Barcala.

Refuerza la idea con el hecho de que el día sábado 29 de agosto de 2020, el acusado De Giuseppe trabajó con la oficial Maurino y la antena nuevamente tomó el celular supuestamente usado por aquél a las 14.04 hs como surge del informe de fs. 1607. Añade que Maurino dijo que no se comprobó que no estuviera en su trabajo. En función de lo expuesto, cuestiona como arbitraria la afirmación relativa a que su asistido participó en el hecho.

En cuanto al aspecto sustancial, critica la calificación jurídica asignada al hecho que se tuvo por acreditado, pues entiende que conforme la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada el hecho debería encuadrarse en la órbita del art. 172 del CP. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, luego de analizar los agravios propuestos por las defensas, se expide por el rechazo de ambos recursos.

En relación a los vicios de procedimiento relativos a la valoración de los medios de prueba considera que no es posible sostener que la sentencia contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria o se aparte de la sana crítica racional. Respecto a la calificación jurídica que controvierten las defensas refiere los motivos por los cuales la subsunción jurídica efectuada por el juez resulta adecuada. En función de lo expuesto considera que debe confirmarse la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Del análisis del recurso casatorio y la sentencia puesta en crisis, adelanto opinión en el sentido de que corresponde el rechazo de los recursos formulados por los defensores de los acusados. Ello, en atención a los motivos que a continuación paso a señalar.

Toda vez que los planteos formales promovidos son diversos, en primer lugar abordaré las críticas a la labor de valoración de los elementos de prueba expresadas por la defensa de Carmona Camps (4.1) y, a continuación, las de la defensa de De Giuseppe (4.2). Seguidamente, analizaré los cuestionamientos realizados por ambas defensas a la calificación legal de los hechos (4.3).

4.1- Consideraciones sobre los agravios expuestos por la defensa del acusado Carmona Camps

Como anticipé los agravios propuestos por la defensa no pueden tener recepción favorable, puesto que ellos no se verifican, como tampoco advierto vicios en la sentencia que conlleven su nulidad.

Ahora bien, toda vez que del recurso surge que los vicios sustantivos expuestos dependen de la verificación de los agravios formales propuestos, en primer lugar voy a explicar los motivos por los que éstos no se verifican, para luego dar cuenta de los motivos del rechazo de los vicios sustanciales.

La defensa cuestiona la sentencia en razón de que habría omitido prueba referida a la existencia de la entrega del dinero. Vincula tal omisión con la ausencia de ponderación de la declaración prestada por José Luis Carmona Camps en la investigación penal preparatoria y señala que, en razón de ello, la sentencia resulta nula. No comparto tal razonamiento.

De la sentencia impugnada se desprende que el juez de la instancia previa tomó en consideración la declaración prestada por Carmona Camps en la investigación preparatoria, la que contrastó con los medios de prueba válidamente incorporados, tales como: la declaración de la Subcomisario Maurino; los datos obtenidos a raíz del secuestro del teléfono celular del acusado; la declaración de la Oficial Ppal. Mónica Rinaldi; el secuestro de los lentes utilizados por Carmona en el hecho y una carpeta con el escudo del club deportivo Boca Juniors, descripta por las víctimas.

En particular, el juez valoró la declaración de Jorge Antonio Calderón (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 20/4/22), efectivo policial que se desempeñaba en Comisaría 4ª junto a Carmona Camps y que puso en crisis la explicación que éste dio en la investigación penal preparatoria. Así señaló que los efectivos policiales realizan las tareas que se les encomiendan al territorio correspondiente a la jurisdicción –en el caso, de Comisaría 4ª–.

De tal manera, que no pueden operar fuera del territorio de Comisaría 4ª, en tanto que el hecho investigado ocurrió en el ámbito de competencia de la Comisaría 2ª-. Asimismo, del informe emitido por el Juzgado Federal de Mendoza Nº 3, en autos 9.225/2020, suscripto por el doctor Marcelo Garnica el 20 de agosto de 2.021, surge que ese juzgado federal dispuso la captura de Diego Aguilera, pero no dirigió la orden en forma específica a José Luis Carmona Camps, ni a ningún funcionario policial en particular.

De la valoración de esos elementos de convicción, surge que el juez descartó la explicación brindada por Carmona Camps al declarar en la investigación penal preparatoria, donde intentó dar cuenta de los motivos de su presencia en el lugar del hecho vinculados con el cumplimiento de una tarea funcional. Por tal motivo, es que consideró probada la acusación.

La defensa critica también que no hay prueba sobre la existencia de la disposición patrimonial –esto es la entrega de dinero a los acusados– y vinculado con este planteo considera que el juez subsanó deficiencias probatorias de la acusación. Esto, al introducir la discusión sobre el dinero secuestrado en autos, sin que existiera actividad probatoria de las partes (audiencia del 22 de abril a partir del minuto 0.59.19) al respecto.

En base a ello, considera que se violó el principio acusatorio. Sobre este cuestionamiento, debe decirse en primer lugar que la entrega de dinero por parte de Lucas Villalba a los acusados surge suficientemente acreditada no sólo por los dichos del nombrado, sino también por las declaraciones de Mariela Villalba y Aymé Miralles, quienes dan cuenta de la cantidad de dinero que entregaron, cómo se distribuyó el mismo en sobres y finalmente cómo fue colocado en una bolsa.

A ello, debe agregarse que de la reproducción audiovisual del registro del día 22 de abril de 2.022 (minuto 5.46), al momento de alegar, el fiscal señaló que en uno de los videos aportados como prueba se podía visualizar a los acusados retirarse con una bolsa.

Ello, en forma coincidente con la dinámica señalada por los testigos. De ello se sigue que no puede prosperar la pretensión de la defensa vinculada con la ausencia de acreditación de la entrega de dinero, ni que las partes no alegaron al respecto.

Ahora bien, la mención del juez, luego de que las partes alegaran, al secuestro de dinero, obedeció – conforme surge de la reproducción del registro audiovisual correspondiente–, no a la falta de acreditación de la existencia de la entrega del dinero, sino a que al alegar el representante del querellante particular solicitó la restitución de dinero que había sido secuestrado en uno de los allanamientos.

No se advierte a mi criterio, vulneración del principio acusatorio, como pretende la defensa, sino que la intervención del juez obedeció a que buscó clarificar un pedido de una de las partes.

En este punto advierto que, tal como surge de los registros audiovisuales de las audiencias del día 22 de abril de 2.022, y de la compulsa de la causa, el secuestro del dinero al que aludió el querellante particular se llevó a cabo en un allanamiento practicado en la vivienda del coimputado Juan Gregorio Riveros Guajardo, respecto de quien se celebró juicio abreviado y se dictó sentencia condenatoria por ante el Juzgado Penal Colegiado y que, contrariamente a lo que afirma la defensa, no fue todo el dinero secuestrado en esa ocasión el que se restituyó.

De la compulsa de las actuaciones obrantes en el sistema LeD, se desprende que Sandra Fernández acreditó el origen respecto de \$ 743.400 a cuya entrega se procedió, como también se le entregó la suma de \$ chilenos 3.000 que no formaban parte del objeto procesal de la presente causa (fs. 347/348 del expte digital led, sexto juego de copias).

Sin embargo, no se le devolvieron los U\$S 6.944 que se secuestraron en el allanamiento y, es en relación con este dinero, que el querellante particular pidió la restitución y así se resolvió en la sentencia (fs. 275 del expte. digital LeD, sexto juego de copias).

Como se advierte, las circunstancias señaladas no implican en absoluto que el juez de la causa pretendiera subsanar una deficiencia probatoria respecto de los medios de convicción en cuanto a la entrega del dinero por parte de las víctimas a los autores del hecho sino, más bien, que se trató de requerimiento de aclaración de la petición de una de las partes respecto de una solicitud efectuada durante el alegato.

Por otro lado, debe señalarse que el juez analizó el alegato defensivo y, puntualmente en lo que, a Carmona Camps, el juez refirió que su defensa no controvertió la existencia material del hecho investigado, ni la participación de aquel en el hecho.

De tal manera, aclaró que la discrepancia se limitó a la calificación legal asignada al hecho atribuido. De lo expuesto surge que no le asiste razón a la defensa en cuanto a que la sentencia omitiera prueba fundamental que hace a un extremo ineludible en el delito atribuido. Esto, por cuanto y como se explicó, los testigos fueron coincidentes en cuanto al origen del dinero, el monto que los acusados se llevaron, la forma en que se les pidió que lo distribuyeran, y cómo se lo llevaron.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal destacó que en una de las cámaras se veía a los autores del hecho portando una bolsa, tal como señalaron los testigos. Por ello, entiendo que contrariamente a lo que afirma la defensa los vicios formales señalados por el recurrente no se verifican en la sentencia cuestionada y los agravios promovidos deben ser rechazados. En función de lo expuesto, el recurso no puede prosperar.

4.2.- Análisis de los agravios de la defensa del acusado Jorge Antonio De Giuseppe

Tal como señalé precedentemente, considero que tampoco procede el recurso formulado respecto de De Giuseppe. En este aspecto, debo señalar que concuerdo con el Procurador General en cuanto a que el trabajo de investigación llevado a cabo en las presentes actuaciones consiguió vincular a De Giuseppe con el hecho investigado.

Así, los motivos que llevaron a relacionar al acusado con el hecho, y con Carmona Camps, quien fuera en un primer momento vinculado con el hecho, consistieron en que la línea de investigación se dirigió a

buscar como posibles coautores del hecho a personas que mantuviesen relación con el precedentemente nombrado.

De tal manera es que se explica la primera línea de pesquisa que se dirigía a una persona (Oros) que luego se descartó por la falta de similitud en sus características físicas. En este sentido el juez valoró, acertadamente, que a partir de las filmaciones obtenidas fue que se advirtieron coincidencias en cuanto a la contextura física y la vestimenta utilizada por De Giuseppe, conocimiento entre ambos acusados que se vio corroborado por una fotografía publicada en la red social Facebook.

Tal circunstancia fue relatada por los testigos Analía Maurino y Mónica Rinaldi, quienes dieron cuenta del análisis de las cámaras exteriores de los locales –en relación con el lugar del hecho– y las del servicio penitenciario de ese mismo día.

A partir de ellas, destacaron la coincidencia de la vestimenta, la contextura física y la forma de caminar del acusado con el detalle relevado por las cámaras. Tomó en consideración que las víctimas refirieron que uno de los autores del hecho era zurdo, circunstancia también advertida en De Giuseppe.

Se aportó también como material probatorio y se valoró en la resolución cuestionada, las listas de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares utilizados por los acusados Carmona Camps y De Giuseppe, que fueron tomados por la misma antena en horarios similares. Por último, se ponderó el reconocimiento en rueda de personas llevado a cabo por Mariela Villalba quien reconoció a De Giuseppe como uno de los autores del hecho, señalando las características por las cuales podía reconocerlo y las diferencias que advertía, refiriendo en audiencia de debate que destacaba las cejas, los ojos oscuros y la mirada. El juez también ponderó la referencia a la marcación de salida de De Giuseppe de su lugar de trabajo.

En efecto, De Giuseppe finalizó su trabajo el día de los hechos en Penitenciaría Provincial a las 12.30 hs., sin embargo marcó su egreso a las 14.13 hs. Asimismo, el juez destacó que el recorrido con la camioneta P-25 finalizó a las 12.11 hs., conducida por De Giuseppe.

De lo expuesto, surge que la valoración de los elementos de convicción en relación con la autoría de De Giuseppe en el hecho se llevó a cabo respetando los principios de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia y, que en la sentencia se explica acertadamente y en base a los medios de convicción válidamente incorporados cómo se llegó al grado de certeza necesario para tener por acreditada la intervención del acusado en el hecho atribuido.

De tal manera, las críticas formuladas por la defensa de De Giuseppe no logran conmover el mérito al que llega el juez en el acto sentencial impugnado y en este sentido concuerdo con el titular del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que la labor de la defensa ha pretendido separar y –de este modo– anular elementos probatorios e indicios, para tratar de ese modo restar eficacia a la fundamentación del fallo. Por ello, entiendo que tampoco corresponde acoger los vicios formales promovidos por la defensa de Jorge Antonio De Giuseppe.

4.3.- Consideraciones relativas a los vicios sustanciales promovidos por ambas defensas

En relación con los vicios sustanciales promovidos, esto es los cuestionamientos referidos a la calificación legal, como adelanté, considero que tampoco pueden tener recibo favorable. Al respecto, la defensa de Carmona Camps afirma que su defendido no es un falso funcionario público, sino un policía en funciones que llevó a cabo un procedimiento. Agrega que no existió orden de allanamiento falsa ya que ingresaron con la autorización del propietario y que el hecho no consistió en una extorsión puesto que no existió lapso entre el supuesto amedrentamiento a la víctima y la disposición patrimonial.

Así, considera que el hecho debió encuadrarse legalmente como robo simple (art. 164 del CP) o concusión (art. 268 del CP.)

Sobre el cuestionamiento, conviene tener presente que conforme la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada el ingreso de los acusados, a la oficina de Lucas Villalba se consiguió por la invocación de una orden de allanamiento falsa, medida que según las víctimas David Villalba, Mariela Villalba y Aymé Miralles refirieron que los acusados dijeron que había sido dispuesta por el Juzgado Federal N° 2 a cargo del juez Rivera y por la comisión de un delito económico por parte de aquéllas.

Los acusados reforzaron la idea de una medida judicial mediante llamados telefónicos a una persona – que resultó ser Juan Gregorio Riveros– quien se hacía pasar por el supuesto juez Rivera e impartía directivas telefónicas.

De tal manera, vistiendo ropas y elementos de las fuerzas de seguridad, lograron que las víctimas les entregaran el dinero, simulaban labrar un acta y se retiraron con el dinero en su poder.

En primer lugar debe señalarse que la defensa de Carmona Camps al exponer este vicio modifica los hechos atribuidos a aquél, puesto que la conducta endilgada no pasa por simular ser autoridad pública sino por invocar una falsa orden de la misma, esto es la supuesta orden de allanamiento que no existió.

Tal pretensión de modificación de la plataforma fáctica no resulta viable cuando se cuestiona un aspecto sustancial de la sentencia que se impugna (ver, al respecto, «Ibáñez Heron», «Domínguez Castillo», «Núñez Correa», entre otros).

En segundo lugar, considero que la calificación jurídica atribuida a los hechos que se tuvieron por acreditados resulta acertada.

En efecto, el juez de la instancia previa señaló acertadamente que el medio comisivo empleado por los acusados fue el de falsa orden de la autoridad, con la que obligaron a las víctimas a entregar el dinero.

De tal manera, se configuran los elementos del tipo objetivo del delito previsto por el art. 168, primer párrafo, del CP.

Por su parte, también comparto con el juez de la instancia anterior su consideración respecto que se configuraba el tipo subjetivo de la figura legal analizada, pues los acusados actuaron con dolo directo al conocer que ingresaron en la oficina de Villalba y se lograron la entrega del dinero en base a aquella falsa orden de allanamiento.

La defensa anterior de Carmona procuró, al momento de los alegatos el encuadre de la conducta de aquél en el **delito de estafa (art. 172 del CP)**.

En la sentencia se descartó tal pretensión y, en opinión que comparto, el juez señaló que en el caso analizado la simulación de la falsa orden de allanamiento se acompañó de actos intimidatorios, de manera tal que la entrega del dinero por las víctimas no fue sólo motivada por el error de las víctimas, sino que se vieron en la obligación de hacerlo coaccionados por el anuncio por parte de los acusados de que si no colaboraban «la cosa se iba a poner peor».

De tal manera, no puede prosperar la pretensión de la defensa en el sentido de que se encuadre el hecho en las previsiones del art. 172 del CP. Las consideraciones realizadas son extensibles, por la identidad del planteo, a la pretensión en el mismo sentido de la defensa de De Giuseppe.

Por su parte, comparto con el Procurador General en que en los alegatos no se planteó la posibilidad de que la actividad de los acusados encuadrara como robo simple o concusión, motivo por el cual no fue tratado en la sentencia por el juez.

De tal modo, este aspecto de la sentencia resulta infundado. Ahora bien, más allá de ello, estimo que no concurren los elementos típicos del robo, ni la concusión y que, como dije, el juez de la instancia previa

fundó adecuadamente los motivos por los cuales los hechos debían encuadrarse en la figura de la extorsión, descartándose así otras figuras, sin que los argumentos vertidos por los recurrentes hayan logrado desvirtuar la motivación de la sentencia.

Finalmente, debe señalarse que tampoco procede la pretensión de la defensa de Carmona Camps vinculada con que la actuación de los acusados se encontraba amparada por el **art. 34 inc. 4 del CP**, en tanto se encontrarían cumpliendo legítimamente su deber.

Contrariamente a lo que sostiene la defensa, y tal como se dijo, la orden de allanamiento utilizada por los acusados para consumir el hecho resultó falsa, por lo que no es posible afirmar legitimidad en su obrar. De tal manera, el planteo tampoco puede prosperar.

Por los motivos expuestos, corresponde también rechazar los vicios sustantivos propuestos por los defensores de Carmona Camps y De Giuseppe.

4.4.- Conclusión

En función de las consideraciones realizadas, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, consecuencia rechazar los recursos interpuestos y confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de José Luis Carmona Camps y Jorge Antonio De Giuseppe.
- 2.- Imponer las costas a las vencidas y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro .-

6- SANCHEZ TORO. 21-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230621_FcSTJ.pdf

Lex: Art. 181 inc. 3° del CP.

Vox: Usurpación. Turbación de la posesión. Nulidad de la sentencia. Nuevo debate.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **diez meses de prisión de ejecución condicional**, como autor del delito de usurpación por turbación de la posesión (art. 181 inc. 3 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica, y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, remitiendo las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2957, pronunciada por el JPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Héctor.
- Quintana Morales.
- Briones Bastias.
- Sabina Jaso.
- Ponce.
- Falido Pizarro. 10-05-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Yañez Pavez. 07-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190207_FcYanez.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

Usurpación:

- Asat Haltky. 23-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180823_FcASAT.pdf
- Arabel. 208-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180829_FcAGA.pdf
- Farias Guajardo. 04-10-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181004_FcFGM.pdf
- Yañez Pavez. 07-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6>
- Benite Riera. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>
- Nyman Villegas. 26-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24>
- Rossi. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248>
- Baez Rios. 18-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299>
- Agüero Alvino. 30-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594>
- Falido Pizarro. 10-05-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Martínez. 16-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=516>

- Abba Castillo. 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=678>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Molina Acevedo. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975>
- Sánchez Toro. 21-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230621_FcSTJ.pdf
- Agüero Alvino. 27-09-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcAAB.pdf
- Videla Aguilera. 03-11-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231103_FcVAE.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio. (Disidencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06834626-0/1((028501-755947)) AUDIENCIA DE DEBATE CORRESPONDIENTE A LOS AUTOS N° 755947/19 CARATULADOS F C/ SANCHEZ TORO JUAN CARLOS P/ USURPACION (755947) (755947/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106086011*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06834626-0 caratulada "F. C/ SÁNCHEZ TORO JUAN CARLOS S/ CASACIÓN".

La defensa técnica de Juan Carlos Sánchez Toro formula recurso de casación contra la sentencia n° 2.957, de fecha 23 de diciembre de 2021 y sus fundamentos, en tanto condena al nombrado a la pena de diez meses de prisión de ejecución condicional, como autor del delito de usurpación por turbación de la posesión (art. 181 inc. 3 del Código Penal).

La resolución recurrida fue dictada por el juez del Primer Juzgado Penal Colegiado de San Rafael de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza en los autos n° P-755.947/19.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En función del recurso interpuesto y, de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso interpuesto, establece que «[...] sin poder precisar día exacto, pero a fines del mes de septiembre del año 2019, Juan Carlos Sánchez, ejerció violencia sobre las distintas tranqueras ubicadas en el sector NORTE del campo "LA BARDA" -sito el mismo en Ruta N° 179, Las Malvinas Sur, paraje Salto de las Rosas, distrito Cañada Seca, San Rafael, Mendoza- (el cual posee en forma conjunta con la ofendida), colocando sobre dichas tranqueras (al menos en tres tranqueras de alambre y sobre una tranquera de madera de color blanco) remaches o ataduras de alambres, además manipuló el candado que tenía colocado "EL RAMBLON SA" en la tranquera ubicada en el vértice Noroeste del campo LA BARDA, con el fin de que no pudieran abrirlo, todo ello con el claro objetivo de restringir e impedir el libre paso a la coposeedora, "EL RAMBLON SA", a Patricia Mercado, como así también a personas que trabajan para la víctima y sus animales eventualmente. De esta forma Juan Carlos Sánchez turbó y restringió el ejercicio de la coposesión de la que gozaba la denunciante sobre su parte indivisa del campo LA BARDA».

Para así decidir, el juez tomó en consideración las testimoniales vertidas en audiencia de debate por: Patricia María Mercado, Roberto Oscar Guajardo, Lucas Emanuel Guajardo, Fermín Salomón, Héctor Guillen, Emilio Sánchez, Antonio Cerna, Juan Jesús Sánchez, Mayra Jesica Azcurra, Federico Salomón y Walter Prieto, las declaraciones prestadas por el acusado y el resto de las pruebas incorporadas.

2.- Recurso de casación

La defensa cuestiona la sentencia y sus fundamentos a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP. Considera que se han vulnerado normas legales provocando una grave afectación al debido proceso legal, a la garantía de la defensa en juicio, y los derechos a una resolución fundada, a una interpretación pro homine y de igualdad ante la jurisdicción.

Como primer agravio esgrime que en la sentencia se incurre en un error in iudicando al considerar el término «violencia» como susceptible de ser cometida sobre cosas, cuando del texto del Código Penal surge que la interpretación del término sólo admite su comisión sobre personas.

Refiere que el juez señaló que la violencia como modo comisivo del delito es aquella vis física y, a su criterio, la fuerza que se puede ejercer sobre las cosas no queda contenida en los límites de la violencia prevista por la norma.

Reclama para el caso traído a examen la aplicación de los **precedentes «Vega», «Briones Bastías» y «Quintana Morales»** y explica los motivos por los cuales considera que la aplicación del **fallo «Yañez»**, efectuada por el juez de la instancia previa, no corresponde.

Se agravia también al sostener que se violó el derecho constitucional de igualdad frente a la jurisdicción de su asistido ya que Sánchez Toro tiene derecho a idéntica interpretación de la norma legal que la dispensada en los precedentes que invoca.

Añade que a su defendido le asiste el derecho a una interpretación pro persona de la ley en tanto busca el mayor beneficio para el ser humano, en cuanto debe acudirse a la norma más amplia o interpretación más beneficiosa cuando se trata de derechos protegidos, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites al ejercicio del poder penal.

Critica que el juez de la instancia anterior subsumió un hecho incompatible con la hipótesis fáctica prevista para el delito de turbación incurriendo en una arbitraria atipicidad.

Explica los presupuestos del delito de turbación y señala que su defendido es desde hace varios años el único y exclusivo ocupante del predio y, Ramblón S.A. no ocupa el predio desde hace varios años.

Sostiene que no es posible que el acusado sea calificado como turbador de una ocupación propia ya que es el único ocupante del campo La Barda.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo a su postura y, afirma que está claro que desde ningún punto de vista el ocupante del inmueble puede ser considerado sujeto activo del delito de turbación puesto que no es una persona que haya estado fuera del predio.

Por el contrario, refiere que aquél se encontraba dentro del inmueble desde antigua data con intención de poseer el campo la barda con animus domini. Expresa que El Ramblón S.A. no puede ser considerado sujeto pasivo del delito porque para poder serlo, debió ocupar el predio al tiempo de comisión del delito, tal como se expone en el precedente de este Tribunal «Guiraldes» (LS 267-142).

Agrega que la atipicidad pretende ser soslayada por el juez con argumentaciones meramente aparentes, abstractas y dogmáticas de manera tal que la fundamentación de la sentencia es nítidamente arbitraria.

Por todo lo expuesto, solicita se case la sentencia cuestionada y se absuelva al recurrente.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 5/7 se expide el Procurador General y, luego de analizar los agravios formulados por la defensa,

considera que no resulta sustancialmente procedente debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Refiere que todos los cuestionamientos fueron examinados durante el debate y la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo actuado y tratado en el debate, sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Agrega que la discrepancia con el criterio sentado por el juez no logra romper el cuadro probatorio colectado por la investigación y relevado por el a quo en la sentencia.

Expresa que, contrariamente a lo que señala el recurrente, se analizaron los elementos objetivos y subjetivos del delito y quedó acreditado que El Ramblón S.A. tenía posesión efectiva desde el 8 de octubre de 2006, y se dejó constancia en esa oportunidad que se iniciaría el alambrado del perímetro del campo La Barda.

Agrega que la posesión también fue acreditada por medio de testimoniales de personas ajenas al conflicto que pudieron dar cuenta de la situación que fue también corroborada por la inspección judicial llevada a cabo.

Refiere que se evaluó el contrato de arrendamiento y se analizó la época de construcción de las tranqueras y las declaraciones del imputado, de manera tal que quedó demostrado que tenía cabal conocimiento de que la firma El Ramblón S.A. había adquirido derechos posesorios de su hermano.

Señala que el juez en la sentencia refirió que la jurisprudencia que pretendía aplicar el defensor había sido superada por otra, citada en la resolución, de la que se desprende la inexistencia de atipicidad del uso de violencia como medio comisivo.

Descarta la violación del derecho a la igualdad de su defendido.

Agrega que en la sentencia se explicó que el acusado no era poseedor exclusivo del inmueble, de modo tal que sí podía turbar la posesión, como de hecho lo hizo, surgiendo acreditado que la empresa había realizado actos inequívocos de ello.

Afirma que los agravios más que vicios en la sentencia reflejan su disconformidad con el legítimo ejercicio de su cargo con la interpretación dada por el sentenciante al cuadro probatorio y, contrariamente a lo que pretende el recurrente, la sentencia luce debidamente fundada y en ella consta el abordaje, examen y valoración de cada uno de los agravios y de la prueba instrumental y testimonial incorporada.

En función de lo expresado, aconseja el rechazo del recurso de casación promovido y la confirmación de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizado el recurso de casación formulado y la sentencia puesta en crisis anticipo opinión en el sentido de que corresponde acoger el remedio interpuesto. Veamos.

De forma preliminar, conviene recordar que este Cuerpo –en sus distintas integraciones– ha afirmado de manera pacífica y reiterada el criterio según el cual resulta atribución del tribunal de casación, otorgar tratamiento al motivo de impugnación que más convenga a la solución del caso.

Esto así, toda vez que la ley adjetiva no establece un orden de prelación que deba seguirse imperativamente al momento de analizar las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-

001; 269-234, entre otros).

De tal manera, el examen de la cuestión que a mi modo de ver resulta fundamental para la resolución del recurso interpuesto radica en la alegada ausencia de violencia física en el hecho analizado.

Considero que allí se circunscribe el tema a decidir y, que de prosperar conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de las previsiones del art. 155 del CPP.

Ello, toda vez que emerge de la resolución criticada que el juez de la instancia previa no tomó en consideración los precedentes de la Corte y de forma errónea asignó valor a una sentencia en la que no se expidió la sala natural de este Tribunal.

En ese sentido corresponde señalar que ya he sostenido con antelación que el tipo objetivo del delito de usurpación legislado por el art. 181 del CP, necesita para su consumación, como medio comisivo de despojo que se lleve a cabo sólo a través de alguno de los medios especificados en la norma legal.

Esto es: violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, de manera tal que el mero despojo o es suficiente para tipificar objetivamente el delito de usurpación sino sólo cuando se lleva a cabo a través de los medios previstos por la norma.

Y, en relación a la «violencia» como medio comisivo del delito adherí a la posición en base a la cual su referencia debe ser a la vis física utilizada por el autor del hecho contra la víctima, pero no contra los medios de aseguramiento dispuestos para impedir el ingreso a la propiedad, tales como candados, estructuras, cerraduras.

Dicho de otro modo, la fuerza que se pueda ejercer sobre las cosas no queda contenida en la violencia prevista por la norma del art. 181 del CP (ver, al respecto, «**Vega Héctor**», «**Quintana Morales**», «**Briones Bastias**», «**Sabina Jaso**» y «**Falido Pizarro**»).

Se explicó que el razonamiento asumido obedece a una interpretación integral de los preceptos del ordenamiento de fondo, puesto que si en el caso del art. 164 del CP, la violencia es la que se ejerce sobre las personas y, contrariamente sobre las cosas sólo se ejerce fuerza, no existen motivos para considerar distinto alcance al previsto por el art. 181 del CP.

Así fue que adherí a una interpretación dogmática armónica de las disposiciones señaladas, se señaló también que la violencia requerida debe dirigirse a privar de la posesión o tenencia ejercida sobre el inmueble para ocuparlo, en tanto que si se despliega con una finalidad distinta del despojo el comportamiento podría subsumirse en otro delito, pero no se verificaría el de usurpación.

Reconducidos tales extremos al caso de autos surge que el juez de la instancia anterior, en el punto 7 de los fundamentos de la sentencia, titulado «Medio comisivo y autoría», específicamente se refirió al medio comisivo admitido por el tipo penal y señaló que éste «[...] admite como medios comisivos típicos la violencia y la amenaza y en la acusación se le atribuyó el uso de violencia [...]. Entiendo que en el sub judice se ha configurado medio comisivo de “violencia” ya que resultó probado y constatado por la autoridad policial [...] que las tranqueras de alambre que se encuentran instaladas en el alambrado divisorio de ambos campos, habían sido CLAUSURADAS mediante la utilización de alambres acerados que -con varias vueltas- ataban el poste de apoyo de la misma con el primer palo de la tranquera y se habían retorcido dichos alambres entre sí, con el evidente fin de no permitir su apertura y utilización para el ingreso de personas, cosas o animales por parte de la firma EL RAMBLON».

En el mismo acápite de la sentencia en torno al medio comisivo refirió que «las acciones que se dirijan

contra estos elementos para clausurar su paso o bien la rotura de los alambrados por ejemplo, constituyen el uso del medio comisivo típico ya mencionado».

Respecto a la aplicación de los precedentes «**Briones Bastías**» y «**Quintana Ferreyra**» alegada por la defensa, el juez de la instancia previa consideró que tal posición era minoritaria y que, si la norma específica no contiene limitación alguna en relación con el medio comisivo «violencia», no existe motivo alguno para que se limite a aquella que se ejerce sobre personas sin incluir la utilizada sobre las cosas.

En apoyo a su postura cita doctrina y agrega que jurisprudencia posterior de esta Corte (el **precedente «Yáñez Pavez»**), en la que se admite como medio comisivo el uso de la violencia sobre cosas, por lo que – a criterio del juez– hubo un retorno a lo decidido en precedentes anteriores («**Ponce Torres**» y «**Marquete Omar**»).

Esto por cuanto, se expidió en relación con el medio comisivo, admitiendo actos de fuerza no llevados a cabo contra personas. Añade el juzgador que en el alegato final la parte querellante particular afirmó la existencia de amenazas por parte del acusado.

Ello, en circunstancias en que Federico Salomón habló con Sánchez Toro y éste le anunció que no ingresara animales (vacas) en el campo La Barda, caso contrario se metería en problemas.

Sin embargo, el juez consideró que ese hecho fue incluido por el fiscal para demostrar la intención de turbar la coposesión de El Ramblón S.A., sobre el campo La Barda.

De tal manera, el juez descartó ese medio comisivo por cuanto: el sujeto pasivo del anuncio (amenaza) no es representante de la firma El Ramblón S.A.; el anuncio se produjo en fecha incierta y con posterioridad al cierre de los ingresos; y no reunía los caracteres típicos para configurar el delito de amenaza.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el hecho que el juez tuvo por acreditado, esto es que el acusado ejerció violencia sobre tranqueras situadas en el sector norte del campo “La Barda”, tal como adelanté, corresponde aplicar el criterio al que adherí y sostuve en los precedentes reseñados.

De lo expuesto y en atención a las constancias de la causa considero que el juez de la instancia previa no ha dado buenas razones que sustenten su decisión.

Por otra parte, discrepo en relación a la aplicación del criterio sentado en el **precedente «Yáñez Pavez»**, como pauta interpretativa superadora de la posición asumida en las causas «**Vega Héctor**», «**Quintana Morales**», «**Briones Bastías**» y «**Sabina Jaso**».

Ello así por cuanto se verifica que la causa «**Yáñez Pavez**» fue integrada por un ministro que no integra la Sala Penal.

De tal manera, y más allá que la sentencia sea posterior a las referenciadas, no resulta la posición que sostiene la mayoría de este Tribunal.

Por los motivos expuestos, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones planteadas. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación promovido por la defensa del acusado considero que corresponde su rechazo. De tal manera, no comparto la solución a la que llegan mis colegas de sala.

En este sentido concuerdo con el Procurador General en cuanto a que el recurso casatorio promovido resulta una reedición de aspectos ya propuestos en el debate explicados en la sentencia y respecto de los cuales, la crítica no logra superarlos, de manera tal que no resultan ser más que una mera discrepancia con el criterio sostenido por el juzgador en la sentencia.

Del examen del acto sentencial surge que contrariamente a lo que afirma el recurrente, aquél se encuentra fundado puesto que se ha dado cuenta de las pruebas en base a las cuales se llega al estado de convicción necesario para tener por acreditado el hecho y la autoría por parte de Juan Carlos Toro.

En efecto, del análisis de la resolución puesta en crisis se advierte que el juez detalló la prueba recibida en audiencia de debate, los hechos no controvertidos por las partes – esto es el cerramiento o clausura de tranqueras en el alambrado norte del campo “La Barda” y la manipulación e inutilización del candado de la firma “El Ramblón Sa” instalado en la tranquera de ingreso–.

En relación a la autoría consideró que tampoco se encontraba controvertida, con excepción a lo relativo a la “manipulación del candado”. Analizó la co posesión del inmueble y, consideró que El Ramblón Sa fue puesta en posesión efectiva en fecha 8 de octubre de 2006 (escritura N° 54) en el año 2008 se labró actuación notarial (N° 02) donde se constata la construcción de alambrado divisorio ubicado al norte del campo La Barda que divide con campo El Ramblón Sa, y se deja expresa constancia de que abren y cierran una tranquera en el esquinero noroeste, y hacia el este encuentran tres tranqueras en el alambre divisorio del campo que dan abiertas para poder ingresar animales a La Barda. Valora el juez que los instrumentos no fueron cuestionados ni redargüidos de falsedad.

Valora también los dichos de Fermín Abdón Salomón y las constancias de un proceso civil por reivindicación entre las partes, autos N° 617 “El Ramblón Sa c/Sanchez” en los que se tuvo por probada la coposesión del Ramblón en una tercera parte indivisa del campo La Barda. Refiere también la declaración del acusado, y los dichos de su hijo –Juan Jesús Sánchez– y su cuñado –Antonio Cerna–, como también de un contrato de arrendamiento celebrado por Sánchez Toro el 01/3/008 con la firma El Retiro, por lo que el a quo concluye –en opinión que comparto– en que el acusado ha reconocido la coposesión del campo por parte de Ramblón SA .

Comparto también con el magistrado de la instancia anterior en que la posible **falta de explotación del campo y/o de ingreso de animales, no importa la pérdida de la posesión del campo** a tenor de las previsiones del **art. 1929 del CC.**

De tal modo coincido en que El Ramblón tenía la coposesión del inmueble y que no la había perdido ni abandonado.

Da cuenta la sentencia de la época de construcción de las tranqueras en el alambrado divisorio de ambas propiedades y formula referencia a la constatación notarial del mes de enero de 2008, de la que surge la existencia de las tranqueras de alambre y se hace constar que son abiertas por representantes de El Ramblón para ingresar animales al campo La Barda, circunstancia también relevada por un oficial de justicia en el juicio civil por reivindicación (el 23/10/19).

También dan cuenta de la antigüedad de existencia de las tranqueras Roberto Guajardo y Lucas Guajardo, Fermín Salomón y Federico Salomón, y el testigo Walter Prieto, valora también la inspección judicial llevada a cabo en el debate.

De ello concluye que no resulta convincente la declaración de Sánchez Toro en cuanto que las tranqueras se llevaron a cabo en el año 2019, poco antes de que las clausurara. Pondera también las declaraciones prestadas por el acusado y concluye que éste conocía perfectamente la adquisición de derechos posesorios por parte de El Ramblón Sa.

De lo expuesto es que no quedan dudas respecto a la ausencia de arbitrariedad e insuficiencia en la fundamentación de la sentencia, de manera tal que la crítica formulada en torno a ese tópico debe ser rechazada y que, como se explicó precedentemente el juez descartó también la referencia a que Sanchez Toro sea el único ocupante del campo la Barda por lo que tampoco ese vicio puede ser atendido en esta instancia.

Ahora bien, en relación a los cuestionamientos que giran en torno al vicio in iudicando alegado, como también la vulneración del derecho de igualdad, reitero el criterio sustentado en el **precedente “Yañez Pavez Melisa”**, en cuanto a que los actos de fuerza llevados a cabo sobre las tranqueras cumplen el **medio comisivo típico de la “violencia” requerido por el art. 181 del Código Penal**.

De tal manera y conforme la inteligencia de la norma en cuestión del Código penal, considero que el hecho fue correctamente subsumido en el delito de Usurpación por turbación de la posesión y el agravio debe ser rechazado, no surgiendo en mi opinión la diversidad de tratamiento que vulnere el principio de igualdad ni la interpretación pro homine que pretende la defensa.

Por lo expuesto y opinión concordante del Ministerio Público Fiscal, a criterio de quien suscribe corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión y, por ello, rechazar el recurso casatorio y convalidar la sentencia. ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia N° 2.957 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Carlos Sánchez Toro y anular la sentencia N° 2957 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro (disidencia) DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de junio de 2023.-

7- GUEVARA y ot.. 01-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230801_FcGVH.pdf

Lex: Art. 172, 173 inc. 7°, 6° párrafo letra d del CP.

Vox: Defraudación. Administración fraudulenta. Prescripción.

Summa:

El **TPC** sobreseyó por prescripción de la acción penal a Mayol Rodríguez, Nieto Morales, Gil Cudeiro, Caffé López, Agapito Rejas, Claros Claro, Cinco Castro y Guevara del delito de defraudación por administración fraudulenta (arts. 172 y 173 inc. 7 del CP).

El **querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1993, pronunciada por el TPC N° 2- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Art. 364 del CPP

- Di Césare Meli. 08-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Querella Arispón
- Oro Ramella
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200319_FcORD.pdf
- Romano Zotelo

CSJN

- Jordán, Antonio Víctor. Fallos 321:1865
- Lacour, Rosana Mabel. Fallos 327:3984
- Maizares, Jorge. Fallos 327:5496
- Canales. Fallos 342:697

Parágrafos destacados

El nuevo art. 364 del CPP es aplicable al presente proceso, dado que las normas procesales son de operatividad inmediata, salvo disposición legal en contrario

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Unánime)

Fallo:

CUIJ: 13-06852497-5/1((018602-100870)) F C/ GUEVARA VICTOR HUGO, NIETO MORALES OSCAR EDMUNDO, CINCO CASTRO SERGIO PAULINO, PEREZ BURZOTTA RAFAEL, DOMINGUEZ CORNEJO ALFREDO CESAR, CLAROS CLARO OCTAVIO, CAFFE LOPEZ JORGE ORLANDO, MAYOL RODRIGUEZ PABLO GABRIEL, REJAS AGAPITO, GIL CUDEIRO JOSE MARTIN P/ ADMINISTRACION FRAUDULENTA (100870/07) (100870) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106102831*

En Mendoza, el día primero del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06852497-5/1 caratulada “F. c/ GUEVARA, VÍCTOR HUGO Y OTS. P/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el representante del querellante particular interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.993 y sus fundamentos –emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial–, en tanto sobreseyó por prescripción de la acción penal a Pablo Gabriel Mayol Rodríguez, Oscar Edmundo Nieto Morales, José Martín Gil Cudeiro, Jorge Orlando Caffé López, Agapito Rejas, Octavio Claros Claro, Sergio Paulino Cinco Castro y Víctor Hugo Guevara del delito de defraudación por administración fraudulenta (arts. 172 y 173 inc. 7 del CP) que se les atribuía en los autos n° P-100.870/07.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, la decisión adoptada por la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia, integrada por los señores Ministros DR. OMAR A. PALERMO, DR. MARIO D. ADARO Y DR. JOSÉ V. VALERIO, fue unánime.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. OMAR A. PALERMO, MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO, DIJERON:

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada dispuso el sobreseimiento por prescripción de la acción penal (art. 353, inc. 4 del CPP) de los acusados en autos, con excepción de Alfredo Domínguez Cornejo, por el delito de defraudación por administración fraudulenta (arts. 172 y 173 inc. 7 del CP) que se les atribuyó en este expediente P-100.870/07.

En ese orden, el tribunal consideró que el delito atribuido a los acusados tiene una pena máxima de seis años de prisión, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 173 y 172 del CP. Ello conduce a que, según el art. 62, inc. 2 del CP, el plazo para la extinción de la acción por prescripción sea de seis años.

Ese plazo debe computarse desde el último acto interruptivo de la acción penal (art. 67 del CP) que, según el juez de la instancia previa, en el caso que nos ocupa, es el «auto de citación a juicio» dictado por el entonces Tercer Juzgado de Garantías en fecha 27 de noviembre de 2014, por el que rechazó la oposición de la defensa al requerimiento de citación a juicio del Ministerio Público Fiscal y dictó auto de elevación a

juicio (fs. 1566/1579, conf. art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP).

De tal manera, el juez considero que para el momento en que se debía expedir respecto de la solicitud de sobreseimiento por prescripción de la acción –el 22 de febrero de 2022–, habían transcurrido más de seis años desde el último acto interruptivo del curso de aquella.

De esta situación sólo se encontraba exceptuado Alfredo Domínguez Cornejo, respecto de quien la prescripción de la acción penal se interrumpió con posterioridad a ese acto, por la comisión de otro delito (conf. **art. 67, sexto párrafo, inc. a del CP**).

Por su parte, el juez de la instancia previa descartó que el **art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP** pudiera interpretarse de otro modo, como solicitó el querellante particular, quien pretendía asignar efecto interruptivo de la acción penal al acto de notificación posterior del auto mencionado.

Es decir, descartó el criterio del querellante según el cual la notificación del auto que rechazó la oposición y remitió las actuaciones a la entonces Cámara del Crimen tuviera efecto interruptivo de la acción.

La parte querellante lo había considerado como un «acto procesal equivalente» al auto de citación a juicio, conforme lo dispone la última parte del **art. 67, sexto párrafo inc. d** del CP.

El juez desestimó esta interpretación, por considerar –con apoyo en doctrina– que se tratan de actos procesales diferentes y que la enumeración de actos procesales contenida en el art. 67, sexto párrafo, del CP es taxativa.

2.- El recurso de casación interpuesto por el querellante particular

Contra la resolución reseñada se alza el **querellante particular**, mediante la interposición de un recurso de casación.

En este sentido, se agravia respecto de la interpretación de la ley sustantiva realizada por el tribunal de la instancia anterior al considerarla errónea.

Asimismo, de que la sentencia dictada en consecuencia es irrazonable.

Explica que la ley 25.990, que reformó el art. 67 del CP, dispone con claridad en su párrafo sexto, inc. d, que la prescripción de la acción penal se interrumpe por «el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente».

Ese acto no puede ser asimilado, como hizo el Tribunal Penal Colegiado, al auto de elevación a juicio, pues se tratan de actos procesales diferentes, que pertenecen a distintas etapas del proceso, son dictados por magistrados distintos y tienen distinta finalidad.

Señala que la norma en cuestión no debe ser interpretada de manera literal –puesto que «taxatividad» no equivale a «literalidad»–, sino de conformidad con el fin perseguido por el legislador.

Fin que, en el caso de la ley 25.990 que reformó el art. 67 del CP, no es otro que evitar las dispares interpretaciones que se sostenían en torno a la «secuela de juicio»; es decir, buscó la armonía legislativa.

Cuestiona así que el tribunal de la instancia previa no indagó en esta intención, y por eso no realizó una adecuada y razonable interpretación de la norma.

Cita luego el **precedente «Asat Haltky»** de esta Suprema Corte de Justicia, por cuanto allí se sostuvo que lo esencial de las disposiciones sobre prescripción es la finalidad del acto procesal, es decir, la voluntad del Estado de ejercer o continuar ejerciendo la acción penal. Voluntad que puede ser instrumentada del modo

que establezca la ley de forma de cada provincia.

Frente a ello, la posición adoptada por el tribunal implicaría que el Código de fondo fuera aplicado de manera distinta en cada provincia, por lo que ha incurrido en un error manifiesto al asimilar el auto de elevación a juicio con el auto de citación a juicio. Seguidamente, muestra cómo, en la normativa procesal nacional, estos actos son claramente distinguidos.

Aclara que, si bien el «auto de citación a juicio» no se encuentra previsto con ese nombre en nuestra norma procesal local, existe un acto «equivalente» –al que la ley de fondo reconoce efecto interruptivo–, que consiste en este caso en el decreto dictado por el tribunal de juicio que dispone la notificación del auto de elevación a juicio a la defensa de cada imputado.

Ello, pues se trata de un acto correspondiente a la etapa de juicio, realizado por el tribunal de juicio y que conduce a la realización del mismo. Es decir, la etapa de juicio inicia formalmente con ese acto.

De modo tal que, como ese decreto es de fecha 21 de junio de 2019 (fs. 1.715) y que todos los imputados fueron efectivamente notificados entre el día 7 de junio de 2019 y el 11 de octubre de 2019, la acción penal en autos sigue vigente.

Por último, afirma que la decisión es arbitraria puesto que desvirtuó la finalidad y alcance de la ley, al aplicarla de modo distinto al previsto por el legislador. Solicita se case la sentencia impugnada y se disponga la continuidad de la causa penal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación es formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Estima que el decreto emanado del tribunal de juicio en fecha 21 de junio de 2019, al que el recurrente acude y señala como el acto procesal equivalente al acto de la citación a juicio referido por el art. 67, sexto párrafo, inciso d del CP, no posee virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción penal.

Ello, en tanto –como sostuvo el tribunal de la instancia anterior–, dicha notificación no puede asimilarse por tratarse de otro acto procesal, distinto y no contemplado por la norma del art. 67 del CP.

Considera que el juez ha aplicado debidamente el derecho vigente, entendiendo que ha operado el término de seis años de prescripción, sin que se haya interrumpido el mismo, considerando como último acto útil el auto de citación a juicio dictado por el entonces Tercer Juzgado de Garantías para fecha 27 de noviembre de 2014 y sin que exista otro acto posterior interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal.

Agrega que el decreto aludido por la defensa no integra el catálogo que el Código Penal prevé respecto de los actos a los que le asigna eficacia interruptiva del curso de la prescripción.

Tampoco puede ser considerado acto equivalente porque, por su tenor, no surte similares efectos que el auto de citación a juicio previsto en el inc. d de la norma citada.

En función de lo expuesto, considera que debe ser convalidada la resolución cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante. Sala II. Voto conjunto. Dr. Palermo. Dr. Valerio. Dr. Adaro.

Puesta esta Sala Segunda a resolver el recurso de casación articulado por el querellante particular, se adelanta que a nuestro criterio corresponde desestimar la impugnación y confirmar el sobreseimiento

dispuesto en autos.

Ello, sin perjuicio de que asiste parcialmente razón al recurrente.

Preliminarmente, resulta oportuno referir –en función del planteo del recurrente en esta instancia– las principales constancias de la causa vinculadas con la cuestión en análisis.

Al respecto, debe decirse que a los acusados Víctor Hugo Guevara, Oscar Edmundo Nieto Morales, Sergio Paulino Cinco Castro, Rafael Pérez Burzotta, Alfredo César Domínguez Cornejo, José Martín Gil Cudeiro, Octavio Claros Claro, Jorge Orlando Caffé López, Pablo Gabriel Mayol Rodríguez y Agapito Rejas se les atribuyó el siguiente hecho que «[...] en el período comprendido entre los años 2001 y 2007, Víctor Hugo Guevara, Pablo Gabriel Mayol, Agapito Rejas, Oscar Nieto, Sergio Cinco, Rafael Pérez, Alfredo Domínguez, José Martín Gil, Octavio Claros y Jorge Caffé en el ejercicio de la administración de la Cooperativa de Provisión y Servicios de Productores y Comerciantes de Frutas y Hortalizas y Afines Acceso Este Limitada con domicilio en Acceso Este y Tapón Moyano Distrito Jesús Nazareno Guaymallén Mendoza cometieron las siguientes irregularidades: ausencia de facturación, egresos de fondos sin comprobantes y en recibos comunes sin membrete ni identificación del proveedor o prestador del servicio, registración contable deficiente o inexistente, pago de seguros de vehículos particulares con fondos de la Cooperativa, diferencia de precio entre la planilla de caja y la factura por compra de materiales de construcción a la firma Carlos Manduca, salida de fondos por pesos cinco mil novecientos sesenta y cuatro (\$5.964) por pago a Imprenta el Santo, siendo que en el comprobante de la misma el monto pagado asciende a pesos ciento diecinueve con setenta y nueve centavos no verificándose el ingreso a la Cooperativa de la diferencia, duplicidad de comprobantes, falta de fondos destinados a ser depositados en cuenta bancaria, dos empréstitos con el Fondo de Transformación y Crecimiento del Gobierno de la Provincia de Mendoza préstamos, créditos no atendidos y falta de acreditación de la inversión por el importe de las sumas recibidas lo que deriva como perjuicio la imposibilidad de cobro del crédito restante a fin de continuar con las obras de construcción pactadas y la indisponibilidad del terreno a fin de procurarse financiamiento porque el mismo se encuentra gravado como garantía del préstamo, documentación en la que constan pagos por servicios atribuidos a Juan Torres y Juan Romera escritos y firmados por Víctor Guevara, contrato celebrado con Rumaos S.A. de concesión del terreno de la cooperativa por 50 años sin exigirle canon en oposición a lo establecido por el consejo que había fijado como canon de concesión dólares cuatrocientos diecisiete (U\$D 44417) el metro cuadrado, por lo que los fondos propios y/o ajenos de la Cooperativa de Provisión y Servicios de Productores y Comerciantes de Frutas Hortalizas y Afines Acceso Este limitada destinados a un objeto diferente del que fue su origen o generación ocasionaron perjuicio a la entidad».

«Las conductas descriptas y calificadas evidencian no sólo un daño al patrimonio ajeno sino también un lucro indebido, mediante la evidente violación de los deberes a cargo de cada uno de los involucrados, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa. Estos deberes surgen de las disposiciones del **Capítulo VII de la Ley de Cooperativas n° 20.337** y, en especial, del artículo 74 de tal cuerpo normativo toda vez que la calidad de miembros integrantes del Consejo de Administración de la entidad implica y conlleva una responsabilidad directa por los actos y operaciones de aquélla, cuya exención o eximición debe ser acreditada en el caso concreto ya sea mediante prueba de no haber participado en la reunión que adoptó la resolución impugnada o constancia en acta de su voto en contra, circunstancia que no obra en estos autos».

En función de ello, en fecha 17 de noviembre de 2008 se citó a los imputados para poner en su

conocimiento los hechos que se le atribuían, así como los derechos que tenían, conforme los arts. 7 y 271 del CPP.

Posteriormente, en fecha 30 de septiembre de 2013 el Ministerio Público Fiscal requirió la citación a juicio de los acusados. Frente a ello, la defensa se opuso y el entonces Juzgado de Garantías rechazó la oposición y elevó la causa a juicio en fecha 8 de abril de 2014.

Apelada esta resolución por la defensa, el 17 de noviembre de 2014 la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por considerar que la resolución del entonces Juzgado de Garantías no se encontraba adecuadamente fundada.

En consecuencia, anuló la resolución en cuestión.

Posteriormente, para fecha 27 de noviembre de 2014, el entonces Juzgado de Garantías resolvió nuevamente la cuestión, desestimó la oposición planteada por la defensa y dictó auto de elevación a juicio respecto de los acusados, por el delito de estafa por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del CP).

Esta nueva resolución también fue apelada por la defensa (fs. 1584/1585). La entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal hizo lugar a la impugnación, en fecha 08 de abril de 2015 (fs. 1615/1619), tras considerar que el nuevo auto del Juzgado de Garantías replicaba los vicios por los que había sido anteriormente anulado y, además, en tanto se encontraban vencidos los términos de la investigación penal preparatoria sin que apareciera como razonable objetivamente la incorporación de nuevas pruebas, consideró que correspondía sobreeser a los acusados por aplicación del **art. 353 inc. 5 del CPP**.

Esa decisión fue casada por el Ministerio Público Fiscal y la querellante particular.

En esta instancia, esta Sala Segunda hizo lugar al recurso de casación y revocó la resolución pronunciada por la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal.

De modo que adquirió firmeza el auto dictado por el entonces Tercer Juzgado de Garantías en fecha 27 de noviembre de 2014 que rechazó la oposición de la defensa al requerimiento de citación a juicio y elevó las actuaciones a juicio.

Luego de notificadas las partes de la integración del Tribunal Penal Colegiado interviniente en la causa, así como de la fecha de realización de la audiencia preliminar prevista en los arts. 364 a 371 del CPP, en oportunidad de su realización la defensa planteó la prescripción de la acción como excepción de previo y especial pronunciamiento.

Luego de actualizados los antecedentes de los acusados (audiencia del día 10 de diciembre de 2021), el tribunal declaró la prescripción penal en relación con los acusados antes mencionados (audiencia del 22 de febrero de 2022).

En lo que aquí interesa, debe señalarse que tanto la defensa, como el Ministerio Público Fiscal y el tribunal de la instancia previa, consideraron que el último acto interruptivo de la prescripción de la acción era en este caso el auto de elevación a juicio dictado por el entonces Tercer Juzgado de Garantías, en el que rechazó la oposición de la defensa al requerimiento fiscal de citación a juicio. La parte querellante no coincide con ese temperamento.

Afirma que ese auto no es el «auto de citación a juicio» previsto por el Código Penal como acto interruptivo de la prescripción de la acción, y le asigna ese carácter a un decreto que –por las razones que expone– sería «equiparable» a aquél auto, equiparación que la norma penal autorizaría expresamente.

Ahora bien, revisadas las actuaciones, se advierte que el tribunal de la instancia previa no acierta al equiparar el auto de elevación a juicio dictado el entonces Juzgado de Garantías con el supuesto previsto por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP.

Sin embargo, aunque asiste en esto razón al recurrente, lo cierto es que la acción penal se encuentra extinguida, tal como se explicará.

De tal manera, no corresponde hacer lugar a la impugnación.

En lo que sigue, se analizará el instituto de la prescripción de la acción y los actos interruptivos relevantes (a). Luego, se examinará el caso concreto y se explicará la solución anticipada (b).

a.- Consideraciones en relación con el **acto interruptivo** del curso de la prescripción previstos por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del Código Penal

En primer lugar, debe tenerse presente que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público, tal como lo ha sostenido de manera uniforme este Tribunal (ver, «**Ochipinti, Carlos Eduardo**», «**Cortés Torres**», entre otros).

Esto significa que se trata de una materia que involucra normas directamente vinculadas a nuestro régimen constitucional, concretamente, con la seguridad jurídica (conf. **CSJN, «Milantic Trans SA**», Fallos 344:1857).

Esta caracterización de las normas en cuestión implica que la prescripción de la acción debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo pertinente, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo y que debe declararse en cualquier instancia del juicio y por parte de cualquier tribunal (ver, al respecto, **CSJN, «Mawiel, Jorge Alonso**», Fallos 344:3431).

Establecido ello, y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que desde la sanción de la ley 25.990 en el art. 67, sexto párrafo, del CP se enumeran actos interruptivos de la prescripción de la acción específicos que antes no se encontraban expresamente previstos.

En efecto, previo a la sanción de aquella ley, el art. 67, quinto párrafo, del CP disponía que «[l]a prescripción de la acción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio», expresión poco clara que dio lugar a diversas interpretaciones sobre el tipo de actos procesales que debían ser considerados «secuela de juicio» (véase, por caso, los precedentes de esta Sala –y con diversa integración– «**Comes Scaccia**», «**Adams Pérez Sergio**» y «**Thompson José Luis**», o el plenario «**Fiscal Garciarena**» de esta Suprema Corte de Justicia).

Ahora bien, la ley 25.990 vino a aportar seguridad jurídica y precisión por cuanto, al modificar el art. 67 del CP, ahora se enumeran específicamente los actos que tienen virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción.

Se trata de una enumeración taxativa, puesto que la norma claramente señala que «[l]a prescripción se interrumpe solamente por [...]» (art. 67, sexto párrafo del CP).

Sin embargo, esa taxatividad no obsta a que las premisas normativas contenidas en cada uno de los incisos de ese párrafo sea enunciativa.

Esto responde a que el Código Penal es la ley de fondo, que rige para toda la Nación Argentina, y se remite en esta norma a las leyes procesales locales.

Cada una de esas leyes provinciales puede denominar de modo distinto los actos del proceso penal, aunque existen etapas que –independientemente de su nomen iuris– resultan particularmente relevantes para el proceso y por eso el Código Penal les asigna fuerza interruptiva de la prescripción.

Precisamente, esa redacción del Código Penal permite dar cabida a distintos actos procesales provinciales de acuerdo con los sistemas procesales allí vigentes.

En este aspecto, debe tenerse en cuenta que la ley 25.990 se sancionó en diciembre del año 2004, época en la que, mucho más que en la actualidad, convivían distintos sistemas procesales en las distintas provincias.

Ello, puede verse con claridad en el caso del inc. d del art. 67, sexto párrafo, del CP que prevé como acto interruptivo «[e]l auto de citación a juicio o acto procesal equivalente [...]».

Como se señaló, la razón de que la norma de fondo incluya una cláusula semejante es clara: se trata de una norma sustancial nacional que remite a actos procesales regulados por las legislaturas provinciales, por lo que debe prever la posibilidad de que cada sistema procesal asigne un nombre diferente al acto procesal en cuestión.

Lo relevante, para la norma nacional, es el acto en sí –en el caso, la citación de las partes al juicio– y no su nominalidad.

Ahora bien, y como se dijo, el art. 67, sexto párrafo, del CP, contiene la enumeración de todos (y de los únicos) actos o hechos que interrumpen el curso de la prescripción de la acción penal.

En lo que aquí interesa, debemos analizar el sentido y alcance de los incisos c y d de esa norma, puesto que son los únicos relevantes para el caso que nos ocupa.

El inc. c dispone que el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma en que lo establece la legislación procesal correspondiente, interrumpe la prescripción.

Ese acto, conforme a nuestro sistema procesal vigente, es el «requerimiento de citación a juicio» previsto por el art. 357 del CPP.

Según nuestras normas procedimentales, en los casos de procedimiento ordinario el Ministerio Público Fiscal debe clausurar la investigación fiscal cuando la estimare cumplida y siempre que hubiera elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado (conf. art. 357 del CPP).

Clausurada la investigación en función de haber alcanzado ese grado probatorio, el Ministerio Público Fiscal requerirá la citación a juicio de los acusados. Frente a ello, la defensa puede oponerse –instando el sobreseimiento o el cambio de calificación (conf. arts. 361 y 363 del CPP)– o no hacerlo.

Si no lo hace, el Ministerio Público Fiscal debe remitir las actuaciones a juicio (art. 363 del CPP).

Si la defensa se opone al requerimiento de citación a juicio, esa oposición debe resolverla el Juzgado Penal Colegiado en función de garantías que, en caso de rechazarla–como ocurrió en este caso– y una vez firme esa decisión, debe remitir las actuaciones al tribunal de juicio (conf. arts. 361 y 363 del CPP), que a partir de la ley 9.040 es el Tribunal Penal Colegiado correspondiente.

Por otra parte, el inc. d del párrafo sexto del art. 67 del CP prevé como otro acto interruptivo independiente al ya mencionado el «auto de citación a juicio o acto procesal equivalente».

Al referir la norma a un «auto» resulta claro que se trata, a diferencia del caso anterior –art. 67, sexto

párrafo, inc. d, del CP–, de un acto jurisdiccional (art. 154 CPP).

Trasladado ello a la normativa procesal mendocina, se advierte que el Código Procesal Penal, según ley 6.730, ya contenía en el art. 364 una disposición específica que coincidía con el acto procesal previsto en el inc. d del art. 67 del CP.

Así, aquella norma procesal preveía que, una vez clausurada la investigación penal, la causa debía remitirse al tribunal de juicio (conf. art. 363 del CPP) el que debía, a su vez, realizar ciertos actos procesales de control –verificar el cumplimiento de formalidades para la acusación y la elevación a juicio, clasificar la causa para su tratamiento en sala unipersonal o colegiada, y notificar la integración del tribunal a las partes–.

Posteriormente, debía citar a las partes a juicio. Este acto procesal constituía la citación a juicio prevista en el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CPP.

Ahora bien, en la actualidad esta norma ha sido derogada y reemplazada por otro mecanismo procesal, en virtud de la sanción de la ley 9.040, del año 2018.

El nuevo art. 364 del CPP es aplicable al presente proceso, dado que las normas procesales son de operatividad inmediata, salvo disposición legal en contrario (véase los precedentes de este Tribunal «**Di Césare Meli s/ competencia**», «**Querella Arispón**», «**Oro Ramella**», «**Ortega Ragonesi**» o «**Romano Zotelo s/ reposición**»; y CSJN, «**Jordán, Antonio Víctor**», Fallos 321:1865; «**Lacour, Rosana Mabel**», Fallos 327:3984; «**Maizares, Jorge**», Fallos 327:5496; «**Canales**», Fallos 342:697; «**NN:NN s/ supresión del estado civil**», Fallos 344:572, entre otros).

El art. 364 del CPP en su actual redacción está orientado a la oralización del proceso y dispone que una vez que las actuaciones son remitidas desde la instancia previa al tribunal de juicio, debe fijarse fecha para la realización de una audiencia preliminar, donde –entre otras cuestiones– se ventilan las presentaciones que hayan realizado las partes y se sustancia y resuelve la eventual aplicación al caso de criterios de oportunidad.

En caso de que no sea planteado ningún criterio de oportunidad o se rechacen planteos al respecto, el juez «citará las partes a juicio» (conf. art. 364, último párrafo, del CPP).

Lo dicho permite comprender que la previsión «[...] acto procesal equivalente [...]» contenida en el inc. d del sexto párrafo del art. 67 del CP no está orientada a equiparar actos de cada proceso en concreto al auto de citación a juicio, sino a equiparar de manera abstracta, determinados actos procesales de cada ordenamiento procesal penal local a la norma nacional.

Esa equiparación, en nuestro sistema procesal, conduce a que el auto de citación a juicio previsto en el art. 364, último párrafo, del CPP sea el auto de citación a juicio al que alude la norma del art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP.

De manera que, en el caso que nos ocupa, para evaluar la procedencia del recurso del querellante particular habremos de revisar si existe un acto que haya sido dictado de conformidad con el art. 364 del CPP, sea en la anterior o actual redacción.

b.- Aplicaciones de las consideraciones precedentes al caso

En el caso que nos ocupa el problema consiste en determinar si el auto de elevación a juicio del entonces Juzgado de Garantías tiene fuerza interruptiva de la prescripción de la acción.

Como se anticipó, no la tiene. Sólo interrumpen el curso de la prescripción:

i.- La comisión de otro delito.

ii.- El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración, en los términos del art. 271 del CPP, por el delito investigado (ver, al respecto, «**Fiscal en Av. lesiones culposas**», «**Cortes Torres**», «**Santiago, Gonzalo**», «**Hidalgo**», «**NN Lesiones**»).

iii.- El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio previsto en el inc. c del sexto párrafo del art. 67 del CP –que en nuestra norma procesal es el «requerimiento de citación a juicio»–.

iv.- El «auto de citación a juicio» –conf. inc. d de esa norma y que en nuestra normativa local es el auto previsto por el art. 364, último párrafo, del CPP–.

v.- El dictado de la sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme (ver, al respecto, CSJN, «**Farina, Haydee Susana**», Fallos 342:2344).

Sin embargo, la resolución invocada por la defensa, el Ministerio Público Fiscal y el tribunal de la instancia anterior no tiene tal virtualidad interruptiva. Veamos.

Tal como se declara en la resolución recurrida, el tribunal de la instancia previa que dictó la sentencia de sobreseimiento consideró que el último acto interruptivo dictado en autos es el dictado en fecha 27 de noviembre de 2014, en el que, como se dijo, no hizo lugar a la oposición al requerimiento de citación a juicio planteada por la defensa y dispuso «dictar auto de elevación a juicio» respecto de los acusados, por el delito de administración fraudulenta; todo ello con cita de los arts. 357, 360 y 361 del CPP. Como se dijo, ese auto, si bien fue impugnado, posteriormente adquirió firmeza.

En efecto, aquella resolución fue apelada por la defensa de los acusados.

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal hizo lugar a la impugnación y lo revocó. Contra esa resolución, tanto la Fiscalía, como el querellante particular, plantearon recurso de casación, que fue acogido por esta Sala Segunda (autos CUIJ n° 13-03703821-5/1).

Este Tribunal casó la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y dispuso no hacer lugar al recurso de apelación de la defensa contra el auto que disponía la elevación de la causa a juicio. Ahora bien, en lo que aquí interesa, ese auto del entonces Tercer Juzgado de Garantías, que rechazó la oposición y elevó la causa a juicio, se trata de la resolución jurisdiccional dictada en función del art. 361 del CPP, pero no del acto interruptivo previsto por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP.

Puesto en términos claros, esa remisión o «elevación a juicio» no equivale al «auto de citación a juicio» previsto por el art. 364 del CPP y que hemos identificado en el apartado anterior de esta sentencia como el acto interruptivo de la prescripción previsto por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP. Por lo tanto, asiste razón al recurrente en cuanto a que el tribunal ha errado al considerar que ese auto es el acto interruptivo de la prescripción previsto en el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP. Sin embargo, este error del tribunal de la instancia previa no sella la suerte del recurso de casación que analizamos.

En efecto, el querellante particular reclama que se considere como «resolución equivalente» al auto de citación a juicio al decreto de fecha 21 de junio de 2019 (fs. 1.715), que dispone la notificación del auto de elevación a juicio a la defensa de cada imputado. A su criterio, el «auto de citación a juicio» al que alude el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP no se encuentra previsto con ese nombre en nuestra norma procesal local, y por eso debe acudirse a un acto «equivalente», que encuentra en ese decreto por el cual comienza

la etapa de juicio. Al respecto, debe decirse que no asiste razón al recurrente en este punto.

En primer lugar, porque –como hemos explicado en el apartado a de esta resolución–, el acto procesal previsto por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CPP es el auto previsto por el art. 364 del CPP.

Es decir, sí existe en nuestra norma procesal provincial el acto previsto por la norma sustancial nacional. Y, en segundo lugar, porque el decreto en cuestión no cita a las partes a juicio.

El decreto al que refiere el querellante tiene por recibidas las actuaciones remitidas por esta Suprema Corte de Justicia, tras resolver el recurso de casación antes aludido (autos CUIJ n° 13-03703821-5/1) y dispone la devolución de los autos al entonces Tercer Juzgado de Garantías. No se advierte por qué aquel decreto podría ser equiparado al auto de citación a juicio previsto por el art. 67, sexto párrafo, inc. d del CP.

Ello, sin perjuicio de que tal equiparación, como se explicó antes, es a los efectos de adecuar los códigos procesales provinciales con la ley sustancial nacional, y no a fin de equiparar actos en cada caso concreto al auto de citación a juicio.

De tal manera, no asiste razón al recurrente en relación con la identificación del último acto procesal que, en este caso concreto, interrumpió la prescripción de la acción penal.

Luego de aquel acto interruptivo, no se advierten actos posteriores con esa virtualidad.

De las constancias de autos surge que, notificadas las partes de la integración del Tribunal Penal Colegiado y de la audiencia preliminar, en oportunidad de realizarse ese acto procesal la defensa planteó la prescripción de la acción como excepción de previo y especial pronunciamiento.

El tribunal dispuso un cuarto intermedio a fin de actualizar los antecedentes criminales de los acusados (audiencia del día 10 de diciembre de 2021) y, posteriormente, declaró la prescripción penal en relación a los acusados antes mencionados (audiencia del 22 de febrero de 2022).

Tampoco la parte recurrente ha alegado que exista otro acto interruptivo de la acción, ni tampoco que existan causales de suspensión de la prescripción –como podría ser el previsto en el segundo párrafo del art. 67 del CP–.

En tales condiciones, el último acto interruptivo de la prescripción de la acción es el requerimiento fiscal de citación a juicio de fecha 30 de septiembre de 2013, previsto como acto con virtualidad interruptiva por el inc. c del sexto párrafo del art. 67 del CP.

De tal manera, y de acuerdo con lo previsto por el art. 62, inc. 2 del CP, la acción penal se encuentra extinguida. Por todo lo expuesto, esta Sala considera que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada, sin perjuicio de lo cual ha de rectificarse la resolución en punto a la declaración sobre el último acto interruptivo que obra en autos. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA SALA SEGUNDA DIJO: Sobre este punto, y sin perjuicio de que corresponde rechazar la impugnación planteada por el querellante particular en autos, debe rectificarse la resolución impugnada de conformidad a lo previsto por el art. 487 del CPP.

En función de ello, debe considerarse que el último acto interruptivo de la prescripción de la acción que obra en las presentes actuaciones consiste en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fecha 30 de septiembre de 2013 (fs. 1309/1319), previsto como acto con virtualidad interruptiva por el inc. c del sexto párrafo del art. 67 del CP. ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA SALA SEGUNDA DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTAMOS.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido en autos por el querellante particular.
- 2.- Rectificar la resolución impugnada de conformidad a lo previsto por el art. 487 del CPP, y declarar que el último acto interruptivo de la prescripción de la acción que obra en las presentes actuaciones consiste en el requerimiento fiscal de citación a juicio de fecha 30 de septiembre de 2013 (fs. 1309/1319), previsto como acto con virtualidad interruptiva por el inc. c del sexto párrafo del art. 67 del CP.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.).

8- RUIZ MORALES. 16-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230816_FcRML.pdf

Lex: Art. 184 inc. 1° del CP. Art. 414, 2 del CPP.

Vox: Daño agravado. Venganza de las determinaciones. Absolución. Duda. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado del delito de daño agravado por ser cometido en venganza de las determinaciones de la autoridad (art. 184, inc. 1° del CP).

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos formulados por el recurrente.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4457, pronunciada por el JPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

Acto jurisdiccional válido. Fundamentación.

- Díaz López. 12-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210212_FcDiaz.pdf
- Donoso Aguilera. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf
- Porcel Valero. 09-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcPVE.pdf
- González Ortego. 26-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210226_FcGOI.pdf
- Ortíz Quiroga. 09-03-21. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210309_FcOrtiz.pdf
- Moreno Almazán. 31-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210331_FcMAH.pdf
- Mora Sebastián. 26-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210326_FcMora.pdf
- Coz Luna. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcCLG.pdf
- Salas Romero. 15-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210315_FcSRO.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. (Licencia). Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-05019058-1/1((018502-735135)) FISCAL C/ RUIZ MORALES LEONEL P/ DAÑO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN VENGANZA DE LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD (735135) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105183938*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 05019058-1/1 caratulada “F. C/ RUIZ MORALES LEONEL F. P/ DAÑO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4.457, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción.

Ello, en tanto se absolvió a aquél, en la causa n° P735.135/19, del delito de daño agravado por ser cometido en venganza de las determinaciones de la autoridad (art. 184, inc. 1° del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo a lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior absolvió a Leonel Fabián Ruiz Morales del delito de del delito de daño agravado por ser cometido en venganza de las determinaciones de la autoridad (art. 184, inc. 1 del CP), por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP).

De la plataforma fáctica atribuida al acusado Ruíz Morales se desprende que «[p]ara fecha 30 de julio del 2019, siendo las 11:00 hs. aproximadamente, en sede de Subcomisaria Conde, Guaymallén, Leonel Ruiz Morales, comenzó a golpear y a patear la puerta del calabozo ubicado en el margen sur del pasillo más próximo a la puerta principal, en el cual se encontraba alojado en el interior mismo, ocasionando con su accionar desprendimiento del marco metálico con la manpostería de la celda sur, daños que fueron constatados por personal de Policía Científica».

Para así decidir, la jueza valoró principalmente los testimonios de los funcionarios policiales, Oscar Torres Herrera y Erika Ponce Severich, el acta de procedimiento, la que fue ratificada por los testigos mencionados y el informe de Policía Científica.

La jueza basó sus argumentos principalmente con base en dos ejes.

En primer lugar, sostuvo la existencia de contradicciones en la declaración de los testigos Torres Herrera y Ponce Severich, respecto a quién habría advertido primero los daños supuestamente ocasionados por el acusado y en relación con el tiempo que Ruiz Morales habría permanecido en la celda.

En segundo lugar, entendió que a través de las pruebas incorporadas al proceso, no se logró establecer una certeza sobre la contemporaneidad de los daños constatados en la celda donde se encontraba el acusado, y que le fueron atribuidos.

Al respecto, entendió que del informe de Policía Científica de fecha 30 de julio del 2019 agregado a autos no surgía la actualidad del daño.

Así también valoró que el testigo Torres Herrera, al referir sobre este aspecto, no se fue certero sobre si el daño ya estaba antes de que ingresara a la celda el acusado.

Agregó que nadie pudo observar al acusado provocar el daño a la puerta, y que éste pudo ser provocado por los aprehendidos que estuvieron de manera previa en la celda donde se provocó el daño (ver registros audiovisuales, día 29/10/19 (12:55), a partir del minuto 28:58).

2.- El recurso de casación interpuesto por Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios de procedimiento.

En este sentido, sostiene que la sentencia recurrida carece de lógica en la fundamentación, al no haberse valorado el caudal probatorio regularmente incorporado al proceso de conformidad a los principios de la sana crítica racional, y no haber considerado la íntima relación existente entre los testimonios recabados y los informes periciales elaborados en base al hecho.

Al respecto, estima que la jueza de sentencia basó su solución absolutoria en ciertas diferencias en los testimonios de los funcionarios policiales, Herrera y Ponce, las que –a su criterio– no fueron esenciales respecto del modo, lugar y tiempo en que aconteció el hecho.

Agrega que –por lo contrario– los testigos fueron contestes al señalar la conducta asumida por el acusado Ruíz Morales, en tanto sostuvieron que éste profirió insultos a personal policial al ser encerrado solo en la celda mientras verificaban sus antecedentes.

Aclara que si bien los testigos no observaron el accionar del acusado que provocó la rotura en cuestión, sí pudieron escuchar que éste efectuó varias patadas muy fuertes a la puerta del calabozo, lo que provocó el descuadre de la reja y un desprendimiento del marco y de material de mampostería.

Considera que el Subcomisario P.P. Herrera sostuvo que antes de ingresar el acusado al calabozo no estaba ese daño, y que de estarlo, era imposible no advertirlo porque dicha avería inutilizaba el calabozo para su función específica.

Del mismo modo, señala que la testigo Ponce no dudó en ningún momento en afirmar que el daño lo provocó Ruiz Ponce mediante sus patadas y que antes de que éste ingresara no estaba ese daño.

Refiere que personal de Policía Científica constató la existencia del hecho y de la participación del acusado. Entiende que la declaración de Ruiz Morales en oportunidad de ejercer su defensa material, constituye un indicio de mala justificación.

Así, sostiene que el acusado sólo reconoció que «molestaba» a personal policial y que le propinó una patada a la puerta de la celda.

Agrega que el acusado también aseguró que un oficial, a quien no podía identificar, se subió a la puerta y la descolgó, realizando una fuerza de afuera hacia adentro, mientras profería dichos burlescos que le atribuían responsabilidad en el daño ocasionado.

Al respecto, el Ministerio Público Fiscal considera que este relato aparece ilógico e inverosímil si se merita que, según el informe de Policía Científica, la fuerza que provocó el daño se ocasionó de adentro hacia afuera.

Concluye que la sentencia que cuestiona, en algunos de sus fragmentos sostiene enunciados sin valorar la totalidad de la prueba arrojada en autos, y en otros, se funda en una arbitraria valoración de la prueba.

Por todo ello, solicita se declare la nulidad de la resolución impugnada y, en su consecuencia, se disponga el reenvío de la causa o se case la sentencia cuestionada.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos formulados por el recurrente.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal considero que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación formulada no puede prosperar.

En efecto, examinado el escrito recursivo interpuesto se desprende que la censura intentada deviene sustancialmente improcedente, toda vez que el recurrente no aporta razones que justifiquen la existencia de vicios en la resolución que amerite su anulación. Veamos.

En el caso en análisis, el recurso formulado cuestiona la decisión del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto absolvió a Leonel Ruiz Morales del delito de daño agravado por ser cometido en venganza de las determinaciones de la autoridad.

De esta forma y, desde un primer análisis, puede señalarse que el acto sentencial cuestionado es objetivamente impugnabile. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el art. 475 del CPP.

Por otro lado, debe referirse que el recurso casatorio interpuesto cumple con los requisitos de impugnabilidad subjetiva, en razón de haber sido deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal conforme las disposiciones del art. 476, inc. 4 del CPP.

Ahora bien, más allá de lo señalado, se advierte que los cuestionamientos formulados no pueden prosperar por cuanto se basan solamente en un criterio diverso al utilizado por la jueza de sentencia en la oportunidad de valorar el material probatorio en la causa en relación con la acreditación del hecho atribuido y su encuadre legal.

De tal manera, se advierte que el recurrente no logra desvirtuar los argumentos expuestos por la sentenciante, sino que plantea una crítica que no supera la mera discrepancia con el modo de resolver los hechos traídos a examen.

Dicho de otro modo, aun cuando en la crítica recursiva se cuestionan las valoraciones de la jueza de la anterior instancia al disponer la absolución del acusado mediante la atribución de arbitrariedad en la fundamentación, los planteos del recurrente se basan en su particular ponderación de las constancias de la causa.

En efecto, la jueza de la instancia anterior para arribar a la solución absolutoria por la duda, centra sus argumentos en que no se alcanzó el grado de certeza respecto a la contemporaneidad de los daños constatados por Policía Científica y la estadía del acusado en el calabozo en cuestión.

Ello, por cuanto del referido informe no se desprende esta circunstancia, ni tampoco surge de manera cierta del resto de las pruebas incorporadas al debate.

En este sentido, la jueza consideró –contrariamente a lo pretendido por el recurrente– que las declaraciones de los funcionarios policiales Torres y Ponce no resultaron lo suficientemente determinantes para acreditar la intervención del acusado Ruiz Morales en el hecho.

De este modo, entendió que si bien estos testigos aseguraron haber escuchado que el acusado insultaba y pegaba fuertes patadas al calabozo, no coincidieron en circunstancias que pudieron ser relevantes –así, por ejemplo, sobre el tiempo que el acusado permaneció solo en el calabozo–, ante la ausencia de elementos de carácter objetivo que corroboren sus dichos.

En relación con lo declarado por Torres la jueza entendió que de su testimonio se desprende que aquél no tuvo certeza sobre el estado del calabozo donde fue alojado Ruiz Morales, con anterioridad a que éste

ingresara. A ello, agregó que Policía Científica constató daños de antigua data en el lugar donde se alojó al acusado (ver, minuto 35:56).

Por otro lado, la jueza valoró que tampoco se logró establecer a través de las referidas testimoniales, el tiempo que el acusado permaneció solo en el calabozo, pero sí quedó acreditado que el día del hecho estuvieron alojados otros aprehendidos de manera previa al acusado Ruiz Morales.

De estas circunstancias, la jueza de sentencia, de manera razonable, derivó la posibilidad de que los supuestos daños pudieron ser ocasionados por los sujetos que le precedieron en el lugar (ver, minuto 33:26).

En definitiva, entiendo que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente fundada en torno a la duda que apoya la decisión recurrida, y que los argumentos expuestos por el recurrente no logran rebatirlos.

Esto por cuanto, como se anticipó, no logra demostrar una arbitrariedad en la decisión que critica que justifique la solución reclamada (ver, al respecto, Fallos 310:1465; 326:2575; 328:110 y 328:4605).

En este sentido, se ha expedido esta Sala Segunda al señalar que los defectos del acto jurisdiccional, para su anulación, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (sobre ello, «**Díaz López**», «**Donoso Aguilera**», «**Porcel Valero**», «**González Ortego**» y «**Ortíz Quiroga**», «**Moreno Almazán**», «**Mora Sebastián**», «**Coz Luna**», «**Salas Romero**», entre muchos otros); lo que en la especie no ocurre.

Ello, en función de lo señalado por la Corte Federal en cuanto a que la atribución de arbitrariedad a una sentencia resulta de aplicación particularmente restringida en aquellos supuestos en que la decisión se apoya en el beneficio de la duda (Fallos 307:1456).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.457, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).-

9- AGÜERO ALVINO. 27-09-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	353

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230927_FcAAB.pdf

Lex: Art. 181 inc. 1°, 59, 62, 67 del CP.

Vox: Usurpación. Actos interruptivos. Prescripción. Sentencia anulada no tiene efecto jurídico para interrumpir la prescripción.

Summa:

El JPC sobreseyó a la acusada del delito de usurpación (art. 181, inc. 1 del CP), por considerar que la acción penal se encontraba prescripta.

El **representante del querellante particular** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 10172, pronunciada por el JPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Galfo Ramírez. 16-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=405>
- Cornejo

Precedentes relacionados

Actos interruptivos.

- Galfo Ramírez. 16-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf
- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Juri Suarez. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcJSD.pdf
- Abdo Badui. 12-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230612_FcABJ.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

Fallo:

CUJ: 13-06839659-4/1((018502-93975)) FC/ AGÜERO ALVINO BEATRIZ MARIA P/ USURPACION DE INMUEBLE (93975) (93975/13) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106090735*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06839659-4 caratulada “F. c/AGÜERO ALVINO, BEATRIZ MARÍA P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el representante del querellante particular interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10.172, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se sobreseyó a la acusada Beatriz María Agüero Alvino del delito de usurpación (art. 181, inc. 1 del CP), en causa n° P93.975/13, por considerar que la acción penal se encontraba prescripta.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO; y, tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa resolvió del modo señalado precedentemente por considerar que habían transcurrido tres años –pena máxima establecida para el delito en cuestión– desde el último acto útil para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal.

Así, consideró como tal la audiencia de acusación celebrada en fecha 29 de junio de 2018, donde, además, se solicitó se fijara fecha para la realización del debate.

De este modo, y luego de verificar que Agüero Alvino no presentaba antecedentes penales, concluyó que la acción penal prescribió el día 29 de junio de 2021.

A su vez, la jueza de grado aclaró que la sentencia condenatoria dictada en las presentes actuaciones fue anulada por esta Sala Segunda al resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente.

Por tal motivo, entendió que aquella resolución no tenía ningún efecto jurídico para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal (ver registro audiovisual, día 11/02/22).

2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular

El representante del querellante particular interpone recurso de casación por entender que existe una errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal al momento de dictarse la resolución que cuestiona. En este sentido, sostiene que se vulneró el derecho de defensa de la víctima y el derecho de propiedad, protegido por el art. 181 del CP y el art. 17 de la CN.

Señala que la jueza de la instancia previa consideró como último acto útil la audiencia acusatoria celebrada el día 29 de junio del año 2018. Ello, sin considerar que la sentencia condenatoria dictada en fecha 5 de septiembre del año 2019 interrumpió el plazo de prescripción, conforme lo establece el art. 67 apartado e del CP.

Agrega que aun cuando no se encuentre firme la sentencia, la misma tiene el efecto de interrumpir los

plazos, por lo que los estos se encuentran interrumpidos. Afirma que los plazos de prescripción, conforme lo normado en la ley de fondo, no se encuentran cumplidos. Asegura que la acción no ha prescrito y que se encuentra vigente.

Por tal motivo, entiende que corresponde que se continúe con la causa, de acuerdo a lo ordenado por esta Sala al resolver el recurso de casación.

En este punto alega que fue errónea la postura de la jueza de la instancia previa, en tanto entendió que la anulación de la sentencia condenatoria por parte de la Suprema Corte de Justicia la privó de todos sus efectos jurídicos.

Sostiene que, en el presente caso, está claro que la voluntad punitiva del Estado subsiste, por cuanto la resolución fue anulada por un error o mala praxis y, por ello, se dispuso el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Cita en apoyo de su postura el **precedente «Cornejo»**.

Señala que en reiteradas oportunidades solicitó la fijación de nuevas fechas para el debate. Agrega que si se tienen en cuenta los fundamentos vertidos por la jueza en su resolución de fecha 11 de febrero del año 2022 y se considera como último acto útil la audiencia acusatoria de fecha 29 de junio del año 2018, la supuesta prescripción operó el 29 de junio del año 2021, es decir, dos meses después del dictado de la sentencia de esta Sala, sin considerar las inhabilidades y suspensiones por la pandemia de Covid-19. Finalmente, indica que la causa data del año 2013, que Osvaldo Arnaldo Mayorga lleva casi diez años esperando la restitución de su vivienda.

Destaca que es la única propiedad que tiene y necesita con urgencia, toda vez que tiene un hijo menor de edad que convive con él. Añade que el daño es mayor aún, ya que la vivienda tiene grandes deudas por impuestos, tasas y servicios. Por lo expuesto, solicita se revoque la resolución impugnada, y se continúe con el tratamiento de la causa.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al momento de contestar la vista conferida, el Procurador considera que el recurso interpuesto por el recurrente no resulta sustancialmente procedente.

En este sentido, entiende que, analizado el soporte audiovisual donde consta la audiencia celebrada y de donde surgen los fundamentos de la resolución, la jueza ha aplicado debidamente el derecho vigente.

Señala que la jueza entendió que ha operado el término de tres años de prescripción sin que se haya interrumpido el mismo.

En este aspecto, destaca que consideró como último acto útil la audiencia de acusación del día 29 de junio de 2018, conforme lo previsto por el art. 67 del C.P.

Para ello, tuvo en cuenta que la sentencia condenatoria oportunamente dictada en fecha 5 de septiembre de 2019 fue anulada por esta Sala al resolver el recurso de casación, situación que la priva de efectos, es decir, **no tiene ningún efecto jurídico para interrumpir la prescripción**.

En virtud de lo expuesto, concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo del recurrente es infundado y no debe prosperar.

De tal manera, entiende que corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte querellante, considero que, conforme las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, el recurso no debe ser acogido.

En efecto, se desprende de las presentes actuaciones que tanto el primer llamado para recibir declaración indagatoria –primer acto interruptivo de la prescripción–, como la solicitud de la señora fiscal para que se fije fecha de audiencia para llevar a cabo la acusación fiscal –segundo acto interruptivo de la prescripción–, fueron realizados, en ambos casos, antes de que transcurrieran los tres años establecidos por los art. 62 inc. 2 y 181, inc. 1 del CP.

En relación con este último acto procesal este Cuerpo ha dicho en **«Asat Haltky»**, en términos que resultan aplicables al presente, que **el pedido del agente fiscal de fijación de fecha** para llevar a cabo la audiencia de acusación, conforme a la reforma operada por la ley 8.929, interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal, puesto que «[...] no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia.

Tal es así, que en el requerimiento del **decreto de citación y en la solicitud de audiencia de acusación deben observarse idénticos requisitos**, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (art. 417 quater)».

De este modo, debe considerarse que esos actos son equivalentes y poseen la misma virtualidad interruptiva, de conformidad a lo establecido por el art. 67 sexto párrafo, inc. c del CP, con independencia del día en que efectivamente se fija y se realiza dicha audiencia.

Por su parte, en el **precedente «Galfo Ramírez»** se hizo referencia a la celebración de la audiencia de acusación como consecuencia de aquél pedido, en donde se realizan los actos preliminares que dan base al desarrollo del debate y se solicita fijar fecha para su realización.

Respecto de este acto procesal, sostuve que también tenía capacidad para interrumpir el curso de la acción penal, en los términos del art. 67 inc, d del CP.

Ahora bien, el recurrente no cuestiona la capacidad interruptiva de los distintos actos procesales referidos, sino que la jueza de sentencia no haya considerado, como tal, la sentencia condenatoria.

Ello, aun cuando ésta fue anulada mediante sentencia emitida por este Tribunal, al resolver el recurso de casación oportunamente interpuesto por la defensa.

Entiendo que corresponde desestimar la pretensión del recurrente.

En efecto, la postura que propugna no tiene sustento en nuestro ordenamiento procesal (art. 203 del CPP). Es decir, la declaración de nulidad de la referida sentencia determinó su ineficacia procesal y, con ello, desaparecieron todos los efectos procesales que produjo, entre ellos, la interrupción del curso de la acción penal. Por otro lado, debe decirse que las razones que expone el recurrente vinculadas con los tiempos en el proceso y las circunstancias personales de la supuesta víctima, no permiten hacer excepción a las disposiciones legales antes referenciadas, y por la que se encuentra extinguida la acción penal en las presentes actuaciones.

Asimismo, no resulta de aplicación al presente caso, como lo sugiere el recurrente, **el precedente «Cornejo» de este Tribunal (LS 254-213)**, a partir del cual pretende justificar en el caso bajo análisis la subsistencia de la voluntad punitiva del Estado, no obstante las razones ya analizadas.

En efecto, el precedente citado tuvo por objeto dilucidar la aplicación retroactiva de la ley 25.990 (modificatoria del art. 67 del CP) a una sentencia condenatoria firme, es decir, cuando la acción penal ya se había extinguido de manera natural, dando paso al plazo de prescripción de la pena.

Por ello, y en virtud de no existir identidad jurídica entre ambos institutos, corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido.

En razón de lo señalado, se deriva que la ley no ha sido erróneamente aplicada, y que la fundamentación de la decisión impugnada es suficiente a los efectos del mantenimiento de la resolución como acto jurisdiccional válido, a tenor de la reiterada jurisprudencia de esta Sala (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte querellante en las presentes actuaciones, coincido con la solución a la que llegan mis colegas de Sala.

Ahora bien, en lo que respecta a la posición que he asumido sobre los diversos actos interruptivos de la prescripción de la acción penal en el procedimiento correccional, me remito, en lo pertinente, a lo señalado en el **precedente «Galfo Ramírez»**.

La distinción de mi posición y las de mis colegas de Sala sobre la cuestión no varía, en el caso, la solución respecto del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en las presentes actuaciones por el querellante particular.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

10- PERALTA. 25-10-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	Inc.3°	-	-	474 475

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231025_FcPAE.pdf

Lex: Art. 173 inc. 7°, 53 inc. 3°, 62, 67 del CP. Art. 475 del CPP.

Vox: Prescripción. Defraudación por administración fraudulenta. Perjuicio patrimonial. Gravamen irreparable. Sentencia definitiva. Impugnabilidad objetiva. Regla de definitividad de las resoluciones.

Summa:

El **TPC** rechazó el planteo de prescripción de la acción penal respecto del delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del CPP).

Las **defensas** interponen recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente improcedente, por cuanto ha sido planteado contra una resolución que carece del carácter de definitiva, y tampoco la resolución cuestionada genera un **gravamen irreparable** que la haga equiparable a una “sentencia definitiva”.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación por las argumentaciones vertidas, más no comparte las razones del MPF en virtud de lo dispuesto por el art. 475 del CPP.

Resolución cuestionada: Resolución pronunciada por el TPC N° 1 - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Tersoglio, Eugenio. 11-10-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIxMjc=&ta bla=c2M=>
Sumario: “...El recurso de casación resulta formalmente improcedente por cuanto ha sido planteado contra una resolución carente de definitividad como es el pronunciamiento que deniega la procedencia del sobreseimiento, aunque se invoque la prescripción, ya que estas decisiones posibilitan la continuidad del proceso, siempre que no se configure un agravio de imposible reparación posterior...”
- Cortes Torres
- Hidalgo

Parágrafos destacados

“...este Tribunal ha sostenido en forma reiterada que aquellos pronunciamientos que resuelven planteos relativos a la extinción de la acción penal por prescripción son susceptibles de ser revisados mediante recurso de casación, en tanto han sido contemplados expresamente por el **art. 475 del CPP** al disponer que «[...] sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas»...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro (Licencia). Palermo

Fallo:

CUJ: 13-06993271-6/1((028601-124700)) FC/ PERALTA, ALEJANDRO E. Y CHACON, JAVIER O. P/DEFRAUDACION POR ADMIN. FRAUDULENTO (ART. 173 INC. 7° DEL C.P.) DEN: JUAN MARTIN EZTALA (124700) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106235475*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06993271-6/1 caratulada “F. c/ PERALTA GRILLO, ALEJANDRO ENRIQUE Y CHACÓN GONZÁLEZ, JAVIER OSVALDO P/DEFRAUDACIÓN POR ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de los acusados Alejandro Enrique Peralta Grillo y Javier Osvaldo Chacón González interpone recurso de casación contra la resolución emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se rechaza planteo de prescripción de la acción penal respecto del delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del CPP), que se les atribuyó en el marco de los autos N° P2-121.994/16.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- La resolución recurrida

El auto dictado por el juez de la instancia previa rechazó el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los acusados y confirmó la resolución apelada respecto del rechazo del pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción efectuado en estos autos.

Para resolver de ese modo, consideró que le asistía razón al que había dictado la resolución cuestionada cuando consideró que el término de la prescripción de la acción penal por los hechos delictivos investigados en las presentes actuaciones debía computarse **a partir de la fecha en que se produjo la transferencia de la totalidad de las unidades habitacionales** que conformaban el segundo emprendimiento inmobiliario –ubicado en calle Suipacha 663 de la Ciudad de San Rafael–, el que fuera realizado por la sociedad de hecho integrada por el denunciante junto a los dos acusados.

Ello por cuanto, esa sería «[...] la fecha que, prima facie, se habría producido el perjuicio patrimonial correspondiente al delito de administración fraudulenta, o el que se perjudicaron los intereses confiados» (v. registro audiovisual, audiencia del día 20 de setiembre de 2.022, mins. 00:18:41/00:22:48, en especial, min. 00:21:24).

Por tal razón, en función del máximo de pena que la ley, en abstracto, señala para el delito en cuestión –seis años de prisión–, el juez de la instancia previa entendió que al momento de realizarse la audiencia de apelación respectiva –20 de setiembre de 2.022–, la acción penal correspondiente no se encontraba prescripta.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por ambos incisos del art. 474 del CPP, esto es, por considerar que la resolución atacada adolece de vicios en la aplicación de la ley sustantiva y en la observancia de normas procesales previstas bajo pena de nulidad, que la desacreditan como acto jurisdiccional válido.

Por un lado, la parte recurrente alude a la inobservancia y errónea aplicación del art. 62 inc. 2 del CP.

En este terreno, destaca que el tribunal de la instancia anterior rechazó el sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción y confirmó la resolución de primera instancia.

Para ello, tuvo en cuenta la instrucción formal, el avoque fiscal de fecha 14 de julio de 2.016 y la ampliación subjetiva de fecha 24 de febrero de 2.022 y basó su resolución en tres fundamentos: el primero, relacionado con la investigación de un delito de administración fraudulenta de acuerdo con la existencia de una sociedad de hecho entre Alejandro Enrique Peralta Grillo, Javier Osvaldo Chacón González y Juan Martín Eztala; el segundo, la fecha que se toma como de inicio de la prescripción –7 de diciembre de 2016– ; y, el tercero, la consideración que en dicha fecha se habría producido el perjuicio patrimonial.

En relación con el primer punto, afirma que el juez menciona una supuesta sociedad de hecho, pero que la verdad es que Juan Martín Eztala y sus representados, en el año 2010, luego de varias reuniones armaron una inversión inmobiliaria, volcaron el proyecto en un convenio privado y establecieron los compromisos y aportes de cada inversor para realizar y desarrollar el emprendimiento inmobiliario denominado «SUIPACHA 450» («Suipacha I»).

Señala que, como surge del convenio privado, los integrantes e inversionistas suscribieron de plena conformidad, una propuesta de inversión y rentabilidad, como parte integrante del convenio privado, la que se encuentra suscripta por todos los inversionistas y certificada por notario público. Niega la existencia de una sociedad de hecho.

El proyecto de inversión fue únicamente «SUIPACHA 450» («Suipacha 1»), donde se estableció, mediante un convenio privado, los aportes dinerarios y las ganancias para cada inversor. No surge de ningún escrito o convenio el nombre de sociedad o socio, ni tampoco el proyecto de inversión se conformó en uno de los tipos de formato y características que prevé la ley de sociedades comerciales. Tampoco existieron elementos constitutivos de una sociedad, como es el *affectio societatis*. Menciona que toda la prueba que se presenta con respecto al proyecto llamado «SUIPACHA 663/670» («**Suipacha II**») son instrumentos particulares, no instrumentos privados, ya que carecen de firmas y de fecha cierta, por lo que el instrumento no es oponible a su parte, lo que no ha sido valorado ni por el juez que denegó el pedido de extinción de la acción penal, ni por el tribunal en función de apelación. Respecto al segundo punto, refiere que el juez comenzó a computar el término de la prescripción a partir de diciembre del 2016.

Al respecto, señala que si bien de la matrícula n° 66832/17 surge que la última inscripción de la venta de un inmueble fue en diciembre del año 2016, no resulta un detalle menor que tiene una procedencia de la matrícula 60.315/17, cuyo único titular es Alejandro Peralta, y fue adquirida por él el día 24 de junio de 2013, luego que, de manera lícita y voluntaria, a través de un contrato de compra venta de abril del año 2011, los inversores Peralta, Eztala y Chacón adquirieran un terreno ubicado en calle Suipacha 673 a Dante Omar Pelloni. Terreno que, después de dos años y dos meses, fuera escriturado a nombre de Alejandro Peralta, con autorización de Eztala y Chacón. Refiere que, del contrato de compraventa celebrado con el vendedor, Dante Omar Pelloni, consta que el previo de compra del inmueble lo efectuó únicamente Alejandro Peralta quien, en forma de pago, entregó un vehículo de su propiedad –Toyota Corolla, dominio GCU981–, la suma de veinte mil pesos, y el pago de la totalidad de los documentos, cancelando la totalidad

de las cuotas del saldo del precio del inmueble «SUIPACHA 663/670» («Suipacha II»).

Extrae de estos dos hechos que el denunciante de autos no aportó suma alguna para la compra de ese inmueble. De ahí que, si es cierto que Eztala no percibió ningún departamento, es porque no quiso aportar dinero para el proyecto «SUIPACHA 663/670» («Suipacha II»), dado que los únicos que aportaron su trabajo y dinero fueron Peralta y Chacón. Indica que el proyecto «SUIPACHA 663/670» («Suipacha II») fue realizado y culminado por Alejandro Peralta y Javier Chacón y que, si bien es cierto que el denunciante participó originariamente cuando se realizó la compra del inmueble por boleto de compra venta, después no participó de ninguna inversión, por lo que no le corresponde ningún inmueble, ni departamento de PH de dicho proyecto.

Reitera que la única participación nominal del actor en el proyecto Suipacha 673, es en el boleto de compra venta, celebrado en el año 2011, y que cuando decidió no participar de la inversión, autorizó la escrituración a Alejandro Peralta.

Relacionado con el punto tercero, manifiesta que el juez ha cometido el error de no considerar que, en el hipotético caso que existiera el delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7), sería en junio de 2013, como lo demuestra la matrícula nº 60.315/17 cuyo titular registral es Alejandro Peralta.

Esta es la fecha en que tuvo la disposición del inmueble y desde donde tendría que empezar a computarse el tiempo de la prescripción, según el art. 62 inc. 2 del CP.

Afirma que no se puede considerar que el **perjuicio patrimonial** se realiza en diciembre de 2016 contra el denunciante, porque fue él mismo el que autorizó la escrituración del lote a nombre de Alejandro Peralta, no sólo porque fue éste quien abonó y canceló el boleto de compraventa a Dante Pelloni, sino por no querer pertenecer más como inversor del proyecto «SUIPACHA 663/670» («Suipacha II»).

Expone que el bien jurídico protegido son los bienes o intereses ajenos. Que, en este caso, Peralta posee un bien propio, el de la matrícula nº 60.315/17, del cual se desprenden los bienes con la matrícula 66832/17 en diciembre del 2016.

Que en ningún momento se ha atacado o se ha efectuado el **perjuicio patrimonial de Eztala** porque ya no participaba del proyecto.

Concluye que, en el hipotético caso que se considere que ha existido delito alguno, se tenga en cuenta la fecha de junio de 2013 y que, desde ahí, comienza el cómputo del plazo de prescripción del art. 62 inc. 2 del CP, plazo que no han tenido en cuenta los tribunales anteriores. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Al contestar la vista conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente improcedente, por cuanto ha sido planteado contra una resolución que carece del carácter de definitiva.

Señala que si bien la defensa alega que la resolución en crisis se trata de un auto que deniega la extinción de la acción penal, lo cierto es que su pretensión, vinculada a obtener el sobreseimiento por prescripción, constituye una cuestión que puede ser reeditada en las etapas procesales subsiguientes.

Agrega que tampoco la resolución cuestionada genera un **gravamen irreparable**, que la haga equiparable a una “sentencia definitiva”, ya que el agravio del impugnante (relativo a la extinción de la acción penal por prescripción), puede plantearse en otra oportunidad o, incluso, devenir abstracto, en virtud de una sentencia absolutoria.

Finalmente, señala que la provisoriedad de la etapa en la que los acusados hicieron el planteo de prescripción, dada la complejidad del caso en estudio, resulta más adecuado dirimir el mismo en la etapa

de juicio. Cita en su respaldo, lo dicho por este Cuerpo en el **antecedente “Tersoglio”**. En función de lo expuesto, considera que corresponde rechazar formalmente el recurso de casación intentado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión traída a conocimiento, debo adelantar que el recurso de casación promovido por la defensa de los acusados debe ser rechazado.

En resumidas cuentas, debe señalarse que la defensa de los acusados critica la resolución dictada en fecha 20 de septiembre de 2.022 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto rechazó el recurso de apelación deducido por esa parte contra el auto dictado en fecha 20 de mayo de 2.022 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la misma circunscripción judicial, que rechazó el pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal por prescripción.

En ese terreno, el recurso cuestiona el rechazo de su planteo y afirma que el tribunal de la instancia previa **determinó erróneamente el momento de inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal respecto de los hechos que constituyen el objeto de la presente causa**, según la calificación legal bajo la cual resultaron provisoriamente encuadrados por el Ministerio Público Fiscal al avocarse a su investigación.

Según refiere, la causa de ese razonamiento –a su criterio– arbitrario, resultaría de la errónea valoración judicial de los elementos de prueba aportados por la parte querellante, los que demostrarían:

- i) que entre el denunciante y los acusados nunca hubo una sociedad de hecho, sino sólo un proyecto privado de inversión;
- ii) que, de acuerdo con la matrícula nº 60.315/17, el único titular registral del inmueble donde se construyó el complejo denominado «Suipacha II» al momento en que se realizaron las ventas de las unidades habitacionales que lo componían – diciembre del año 2.016, según matrícula 66832/17– era el propio Alejandro Peralta, posición dominial que adquirió en virtud de la autorización ante escribano público que realizó el propio denunciante junto al coimputado de autos –Javier Chacón– durante el mes de junio del año 2.013; y, finalmente,
- iii) que en razón de esto último, en el hipotético caso en que se considerara la existencia de un delito de defraudación por administración fraudulenta, como lo postula la acusación pública y privada, el supuesto perjuicio económico generado al denunciante, por haber sido excluido de participar en las ganancias derivadas de la venta de las unidades funcionales construidas en el complejo «Suipacha II», se habría producido en junio del año 2.013 y no en diciembre de 2.016.

En razón de ello, en el caso, la acción penal no estaría vigente como lo consideraron erróneamente tanto el tribunal de primera instancia, como el tribunal que rechazó el recurso de apelación intentado.

Presentado de este modo el recurso de la defensa, preliminarmente debe decirse que **no comparto la solución que propone el Procurador General en su dictamen.**

Ello por cuanto, sobre la base de la misma jurisprudencia invocada para sustentar su posición, este Tribunal ha sostenido en forma reiterada que aquellos pronunciamientos que resuelven planteos relativos a la extinción de la acción penal por prescripción son susceptibles de ser revisados mediante recurso de casación, en tanto han sido contemplados expresamente por el **art. 475 del CPP** al disponer que «[...] sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas» (ver causa n° P-13-06993271-6/1, «Compulsa en autos n° P-19.529/15 caratulados: Fc/Tersoglio, Eugenio p/ estafa», y las remisiones allí efectuadas a las causas n° 13- 02848097-5 «Cortes

Torres»; 13-03651524-9 «Hidalgo»; 13-02848714-7 «Fiscal en Av. Lesiones Culposas»; 13-03711264-4 «Cortés» y, en el mismo sentido, L.S. 403-245; 398-092 y 354-213, entre otros).

Ahora bien, al ingresar al **núcleo de la crítica casatoria**, se advierte que la impugnación en estudio no constituye más que una reedición de los argumentos defensivos vertidos por la defensa de los acusados al momento de informar oralmente el recurso de apelación oportunamente planteado, los que han sido tratados por el tribunal recurrido, dado suficientes y adecuadas razones respecto del modo de computar el plazo de prescripción de la acción penal por los hechos investigados en los presentes obrados, de conformidad con la calificación jurídica en la que aparecen provisoriamente subsumidos.

En efecto, el juez de la instancia anterior analizó cada uno de los agravios deducidos por la defensa de Peralta Grillo y de Chacón González y estableció, justificadamente, dos cuestiones centrales para resolver del modo en que lo hizo.

La primera, referida a la determinación del día desde el cual entiende que empezó a correr el plazo de extinción de la acción penal que la ley establece para el tipo delictivo previsto conforme el decreto de avoque correspondiente – defraudación por administración fraudulenta, art. 173 inc. 7 del CP–; la segunda, acerca de qué acto procesal debía ser considerado con efecto interruptivo de la prescripción (v. registro audiovisual, audiencia del día 20 de setiembre de 2.022, de las 14:07 hs. mins. 00:13:30/00:24). Desarrollo argumentativo por el que concluyó que la acción penal en estos obrados continúa vigente.

En este sentido, no se observa que el juez de la instancia previa, al pronunciarse sobre ambas cuestiones de la manera en que lo hizo, haya omitido considerar alguno de los elementos probatorios que –a su criterio– le darían la razón a la defensa en su pretensión liberatoria.

Así, el repaso de los fundamentos orales que sustentan el decisorio en crisis demuestra, con absoluta claridad, que el análisis probatorio efectuado por el órgano jurisdiccional incluyó –de acuerdo con el grado de provisoriedad que resulta propio a la etapa procesal transitada, y según el objeto de la controversia planteada– referencias expresas, junto con un análisis razonado, de los elementos de convicción que estimó relevantes para resolver el recurso de apelación intentado.

En ese análisis, se incluyen aquellos que supuestamente habrían sido omitidos de consideración según la defensa. Concretamente, la documentación que respaldaría presuntamente la existencia de una sociedad de hecho entre el denunciante y los acusados, sobre la base documentada de compromisos mutuos de aportes para una finalidad común –emprendimientos inmobiliarios– y el reparto de actividades y funciones entre ellos (min. 00:17:09/00:17:25).

Así como también, las actuaciones notariales referidas a la compraventa de una fracción de terreno ubicado con frente a calle Suipacha del departamento de San Rafael, donde luego se construiría uno de los complejos de departamentos, entre Dante Pelloni –en su calidad de vendedor– y Alejandro Peralta, Javier Chacón y Juan Martín Eztala –en su calidad de compradores en condominio y por partes iguales–, del mes de abril del año 2.011, y, principalmente, la matrícula nº 66.832/17 (mins. 0018:43/00:19:64).

Por lo tanto, **no se trata de omisión de valoración, sino de una ponderación provisoria de la prueba contraria –por perjudicial– a los intereses de la defensa de los acusados.**

Lo referido **descarta la existencia de un déficit de motivación** en el pronunciamiento jurisdiccional impugnado que lo descalifique como válido, desde que no adolece de falencias en el análisis de las constancias probatorias incorporadas a la causa que determinen su anulación.

Aspecto que debe destacarse desde que la defensa, en diversos pasajes de su escrito, postula que el acto impugnado no se encontraría debidamente fundado.

Pero, además de la inexistencia de arbitrariedad en la valoración probatoria, advierto que la decisión

cuestionada, al considerar que la acción penal por los hechos investigados no se encuentra prescripta – como ya lo había declarado el tribunal de primera instancia al resolver el mismo planteo–, se corresponde con las constancias de la causa. Ello, en dos sentidos.

El primero, porque demuestra el acierto del juez al considerar que el plazo de la prescripción de la acción penal comenzó a correr desde el mes de diciembre del año 2.016 dado que, según la plataforma fáctica contenida en la ampliación del avoque de fecha 24 de febrero del año 2.022, y la documentación obrante en autos, allí habría cesado la comisión del delito provisoriamente endilgado a los acusados –defraudación por administración fraudulenta–, por la venta de las unidades habitacionales del complejo denominado «Suipacha II» sin la participación y/o intervención del denunciante, lo que le habría generado un efectivo perjuicio patrimonial a este último.

El segundo, porque aquellas constancias demuestran que el curso de la prescripción de la acción penal se ha visto interrumpido antes de su fenecimiento por el primer llamado a declaración que se les hizo a los acusados, ocurrida en fecha 24 de febrero del año 2.022.

De tal modo, en razón que la escala penal prevista en abstracto para el delito endilgado a los acusados tiene un máximo legal de seis años de prisión, la acción penal en estos obrados se encuentra vigente a tenor de lo normado por los arts. 62, 63 y 67 del CP, como lo entendió el tribunal de la instancia previa.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los acusados Alejandro Enrique Peralta Grillo y Javier Osvaldo Chacón González.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

11- VIDELA y ot.. 03-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231103_FcVAE.pdf

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP. Art. 155 del CPP.

Vox: Usurpación. Nuevo debate. Posesión real y efectiva. Actos posesorios. Valoración de la prueba. Principio de la unidad de la prueba. Nulidad. Nuevo debate.

Summa:

El **JPC** condenó a los señalados a la pena de **seis meses de prisión** en la modalidad de ejecución condicional por considerárseles autores penalmente responsables del delito de usurpación (art. 181 inc. 1° del CP).

La **defensa** de los señalados interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Videla Aguilera y Ochoa Montolla, ordenando remitir las presentes actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez o la jueza que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4694, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Ver precedentes relacionados citados en el fallo Sanchez Toro. (21-06-23)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-05735647-7/1((038501-723087)) F. C/ VIDELA AGUILERA, ERIKA Y OCHOA MONTOLLA, ALEJANDRO P/ USURPACIÓN P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105921172*

En Mendoza, a los tres días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05735647-7 caratulada “F. c/VIDELA AGUILERA, E. Y OT. P/ USURPACION S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Erika Noelia Videla Aguilera y Alejandro Exequiel Ochoa Montolla interpone recurso de casación contra la sentencia n° 4.694, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1° de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquéllos, en causa N° P-723.087/19, a la pena de seis meses de prisión en la modalidad de ejecución condicional por considerárselos autores penalmente responsables del delito de usurpación (art. 181 inc. 1° del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[e]l día 19 de junio de 2019, el denunciante de autos Jorge Víctor Ahumada Valdes constató que Erika Noelia Videla Aguilera y Alejandro Exequiel Ochoa Montolla, ingresaron a la propiedad de Ahumada sita en Calle Martín García S/N de Rivadavia, Mendoza, previo romper el pilote de las puntas del portón de alambre ubicado en la propiedad de mención, ingresando además con una máquina cargadora con el fin de realizar la limpieza del lugar».

Para así resolver, la jueza de la instancia anterior aclaró –de manera preliminar– que para resolver el presente caso no iba a analizar los títulos que ambas partes presentaron en el debate. Sostuvo que sólo iba a abordar la posesión, es decir, la relación de hecho de la persona con la cosa (ver registros audiovisuales, día 28/04/21, minuto 22:01)

En otros términos, la jueza de la instancia previa sostuvo que frente a la posición de las partes que alegaron haber ejercido actos posesorios sobre el terreno en cuestión el tema central de la cuestión era, en definitiva, determinar cuál de las dos partes tuvo la posesión del terreno los primeros días de junio del 2019.

Consideró que la teoría del caso presentada por la parte acusadora, tanto pública como privada, se encontraba acreditada en grado de certeza, a través de elementos objetivos y subjetivos.

Para ello, la jueza de la instancia previa valoró la declaración testimonial de Jorge Ahumada, quien afirmó que antes de que Oscar Seminara le cediera los derechos y acciones posesorias sobre el terreno en cuestión ante escribano público, el día 4 de junio del 2019, revisó el lugar y era todo campo.

Aclaró el testigo que con posterioridad a realizar la mencionada cesión fue nuevamente al lugar, entre los

días 13 y 14 de junio del 2019, con un empleado de nombre Aníbal Maiquez. Agregó que con su empleado realizaron algunos trabajos de limpieza, tensaron los alambres y cerraron el portón (ver, a partir del minuto 11:40).

La jueza de sentencia estimó que lo declarado por Maiquez, cuya declaración testimonial fue incorporada por lectura, corroboró esta versión de los hechos.

Al respecto, destacó que el testigo manifestó que los primeros días de junio el terreno estaba desocupado, pero cuando pasó por el lugar, el día 21 de junio, había gente y no estaba la tranquera. Por otra parte, la jueza analizó el testimonio prestado por Raúl Fernando Ochoa –tío del acusado Alejandro Ochoa–, quien sostuvo que su sobrino le compró la propiedad a Juan Carlos Villaescusa.

Aseguró que éste vivió en el terreno hasta su fallecimiento, aproximadamente en el año 2015, fecha a partir de la cual su sobrino Alejandro Ochoa empezó a construir en el terreno.

La jueza entendió que esta versión de los hechos no se encontraba probada. Al respecto, consideró que ningún testigo sustentó esta circunstancia, en tanto todos refirieron que el terreno siempre estuvo abandonado.

También destacó que los testigos aseguraron que en el lugar siempre vivió Juan Carlos Villaescusa, y que los acusados entraron de noche y «de golpe» al terreno (ver, a partir del minuto 25:31).

De tal manera, consideró que Ahumada fue despojado de la posesión que había empezado a ejercer y que los acusados al enterarse de tal situación realizaron actos posesorios a fin de despojar a la víctima Ahumada (ver, minuto 45:10).

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP. Esto, por considerar que existen vicios de procedimiento en la resolución que cuestiona.

En este sentido, sostiene que los fundamentos brindados por la jueza de sentencia son arbitrarios o aparentes, en tanto realiza una errónea interpretación de la prueba rendida en el debate.

Sostiene que la jueza de la instancia previa consideró acreditada la hipótesis sostenida por el representante del Ministerio Público Fiscal y por el acusador privado, con la sola denuncia de la supuesta víctima y las declaraciones parcializadas de los testigos.

Señala que la jueza no valoró del mismo modo las declaraciones de los testigos y las actas notariales que sostenían la hipótesis de su defensa.

Alega que no existen en autos elementos objetivos ni subjetivos que acrediten en grado de certeza que Ahumada haya poseído el inmueble en cuestión.

Del mismo modo, sostiene que tampoco existen elementos que acrediten de manera cierta que los acusados usurparan el terreno mediante violencia o clandestinidad.

Asegura que se han incorporado pruebas como las actas notariales, donde se constató las obras y trabajos realizados en el lugar, que acreditan de manera objetiva que los acusados fueron y son los únicos poseedores del inmueble.

Alega que estas pruebas fueron valoradas de manera sesgada por la juzgadora.

Destaca que Ahumada sólo pudo ostentar una posesión meramente formal, pero **nunca fue un poseedor real y efectivo del inmueble.**

Destaca que un día después de la supuesta visita de Ahumada al terreno, se realizó la primera constatación notarial que dio cuenta de los trabajos realizados por los acusados en el terreno.

Agrega que el testimonio de Raúl Fernando Ochoa, tío del acusado Alejandro Ochoa Montolla, demuestra que Ahumada ni siquiera sabía dónde estaba el inmueble.

Ello, en tanto el testigo refirió que, en oportunidad de estar en el puente del terreno, pasó Ahumada en auto y le preguntó dónde quedaba la finca que pertenecía a Maiquez. Se agravia por cuanto la jueza de la instancia previa relativizó el testimonio de Raúl Ochoa, por el parentesco con el acusado.

Sin embargo, sostiene que la jueza no tuvo el mismo trato con los testimonios de Seminara y Ahumada, quienes también tenían un interés directo en la causa, en tanto el primero le cedió al segundo los derechos sobre el inmueble.

Cuestiona la valoración que realiza la sentenciante de las declaraciones testimoniales de Ferlaza y Leal, ambos vecinos del lugar, quienes sostuvieron que los acusados entraron al terreno «de golpe» el día 14 de junio del 2019, en horario de la noche, y que observaron mucho movimiento y autos de alta gama en el lugar.

Sostiene que los testigos no pueden asegurar que aquellas personas hayan sido sus defendidos, ya que cerca del lugar hay barrios marginales. Asegura que sus defendidos no tenían necesidad de ingresar de esta forma, ya que tenían un boleto de compraventa certificado que los avalaba.

Agrega que también constataron mediante escribano público los actos posesorios, mediante las actas realizadas los días 15 de junio y 3 de julio del 2019.

Entiende que existe contradicción entre los dichos del testigo Leal que sostuvo que Juan Carlos Villaescusa era analfabeto y lo manifestado por el tío de Ochoa que refirió que lo conocía de toda la vida y que habían ido al colegio juntos. Cuestiona también que la jueza desestimó la declaración testimonial brindada por Ocho, en tanto sostuvo que su sobrino llevaba dos años y medio o tres años viviendo en el lugar. Entiende que estos dichos se ven acreditados por las dos actas notariales y por un contrato de compraventa del inmueble, cuya validez no ha sido cuestionada. Afirma que existe un esfuerzo notorio por parte de la jueza para desvirtuar la declaración de Erika Videla, toda vez que el funcionario policial Salomón constató que efectivamente vivían los acusado y sus hijos en el terreno en disputa, en un principio de manera muy precaria, y desde hace dos años en una casa nueva de material, de la que dio cuenta el escribano. Sostiene que es irrelevante que Erika Videla haya buscado asesoramiento legal, ya que la acusada quería realizar el título supletorio de la propiedad. Asegura que los acusados no le quitaron la posesión a nadie, ya que desde el año 2013 adquirieron la propiedad y vivió allí Juan Carlos Villaescusa hasta que falleció en el año 2015, quien hasta este momento les entregó la posesión de manera formal. Refiere que, conforme al complejo fotográfico tomado por el escribano, no es cierto lo asegurado por Ahumada, en tanto sostuvo que realizaron trabajos de limpieza en el terreno. Finalmente, concluye que, de acuerdo a lo analizado, no se ha alcanzado el grado de certeza que requiere este estadio procesal para condenar a su defendidos por los delitos atribuidos. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación impetrado no resulta sustancialmente procedente.

Al respecto, sostiene que la jueza de sentencia valoró debidamente los testimonios, dando claras razones por las cuales otorga preeminencia a unos sobre otros.

Considera que la magistrada valoró el plexo probatorio en forma integral, contrariamente al intento defensivo de aislar los indicios para restarles el valor convictivo que surge claramente de su reunión. Asegura que la actuación del escribano Vanella también fue analizada por la jueza, pero en el contexto de todo el plexo probatorio.

Entiende que los interrogantes que plantea la defensa encuentran acabada respuesta en los fundamentos brindados por jueza de sentencia, lo que surge del análisis del video respectivo.

Por todo ello, considera que la resolución atacada se encuentra debidamente fundada y, por ello, corresponde desestimar el recurso de casación analizado y convalidar en su totalidad la resolución impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa entiendo que el recurso debe ser acogido en esta instancia.

Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue. La defensa sostiene que la jueza de la instancia anterior, mediante la valoración parcial y arbitraria de la prueba producida en el debate, entendió que se encontraban acreditados los elementos del tipo penal bajo estudio y, por tal motivo, condenó a los acusados en orden al delito enrostrado.

De los fundamentos brindados por la jueza de la instancia anterior, se advierte que para arribar a la solución condenatoria respecto de los acusados, consideró relevante determinar cuál de las partes, Ahumada o los acusados Videla Aguilera y Ochoa Montolla, poseyó primero el terreno en cuestión los primeros días de junio del 2019.

Aclaró la jueza que para resolver la cuestión bajo estudio iba a prescindir de analizar los títulos que tenían las partes sobre el terreno «porque no viene al caso, porque lo que yo tengo que analizar es la posesión, es decir, esa relación de hecho de la persona con la cosa» (ver registros audiovisuales, día 28/04/21, minuto 22:01).

En este sentido, la jueza de la instancia anterior entendió que la hipótesis de la defensa, en tanto sostenía que los acusados realizaron actos posesorios sobre el terreno con anterioridad a esa fecha, no encontraba sustento en ninguna de las declaraciones testimoniales prestadas en el debate.

Agregó que los testigos, todos vecinos de la zona, siempre ubicaron en el lugar a Juan Carlos Villaescusa, conocido como «Lito» –a quien los acusados le habrían comprado el terreno en el año 2013–, y que después de que éste falleció (aproximadamente en el año 2015), los acusados ingresaron «de golpe» al terreno (ver, minuto 26:08).

Sin embargo, según advierto, la sentenciante omitió valorar prueba dirimente para la solución del caso, cuya validez no ha sido cuestionada.

En efecto, Ahumada declaró que adquirió el terreno mediante la cesión de derechos que le otorgó Seminara, transacción que se realizó ante escribano público el día 4 de junio del 2019.

Agregó que, con posterioridad, realizó en el lugar tareas de mantenimiento como limpieza, tensado del alambrado y la colocación del portón.

Aseguró que la última vez que fue al lugar fue el día 14 de junio de 2019 y que allí no había nada, sólo dos paredes de ladrillo en forma de «L», sin techo y otra construcción que estaba «tirada en el suelo» (ver registros audiovisuales, día 26/02/21, a partir del minuto 14:56).

Esta descripción del lugar realizada por Ahumada no fue confrontada por la sentenciante con las actas notariales realizadas por el escribano Carlos Vanella, cuya validez como instrumentos públicos no ha sido cuestionada. De este modo, cabe referir principalmente el acta realizada el día 15 de junio del 2019, a las 10 hs (un día después que Ahumada, según su declaración, realizara actos posesorios en el terreno), como así también, el acta del día 3 de julio del 2019, las que dan cuenta de actos posesorios por parte de los acusados que no se condicen con la postura fiscal. Así, la primera de las actas describe, entre otros aspectos, que «[...] hay una construcción de adobes o ladrillos crudos demolida, y luego hay una construcción de ladrillo cocido, que expresa la requirente constituye su vivienda (fotografías 8 y 9), dentro

de la cual hay mejoras como una línea de electricidad (Fotografías 10,11 y 12).

A su vez, en el segundo acta notarial se dejó constancia que «[...] se ha conectado el servicio de electricidad, con medidor y llave de corte en el pilar de bajada, y habiendo constatado el servicio a la vivienda.3) Que en la vivienda hay claros signos de habitación efectiva».

En el mismo sentido, el acta de inspección ocular realizada el día 19 de junio del 2019 dejó constancia de la existencia de «una vivienda de adobe en regular estado con frente hacia al norte».

Del mismo modo, en el informe sobre la encuesta ambiental de fecha 29 de julio del 2019, también se dejó constancia de que se observó una vivienda precaria de material con la misma ubicación.

Ahora bien, la postura de la defensa también tiene sustento, aunque ello no fue debidamente valorado en la instancia anterior, en lo declarado por Juan Fernando Ochoa, quien aseguró que su sobrino, el acusado Ochoa Videla, hacía como dos o tres años que estaba construyendo en el terreno.

Esta declaración testimonial fue descalificada por la jueza por considerarla parcial por su parentesco con los acusados, sin analizarla con la prueba descrita en el párrafo precedente.

Por su parte, respecto de las declaraciones testimoniales prestadas por Miguel Ferlaza, Ramón Leal y Miguel Vanella (todos vecinos del lugar), debo señalar que la jueza de sentencia realizó una valoración parcial de sus declaraciones.

En efecto, estos testigos –como lo señala la jueza– siempre ubicaron en el lugar a Juan Carlos Villaescusa hasta su fallecimiento, aproximadamente en el año 2015.

Si bien los testigos refirieron que el lugar a partir de la muerte de Villaescusa estuvo abandonado hasta que empezaron a ver gente habitar aquel sitio –en clara alusión a los acusados–, no especificaron con precisión el día en que aquello aconteció.

Ello, a excepción de Ferlaza a quien el fiscal le recordó que en oportunidad de declarar en la instrucción refirió que aquel acontecimiento ocurrió el día 14 de junio de 2019, a lo que el testigo respondió que no lo recordaba.

Resulta aún más relevante el dato aportado por los testigos y omitido por la jueza de sentencia en su razonamiento, respecto de la actividad que realizó Ahumada sobre el terreno y que, en definitiva, acreditaría los **actos posesorios** alegados por la parte acusadora.

Así, el fiscal al interrogar a Ferlaza si en el mes de junio del 2019 vio a Ahumada realizar tareas de mantenimiento en el terreno, respondió de manera negativa (ver registros audiovisuales, día 26/02/21, minuto 45:00 y 51:35).

Del mismo modo, los testigos Leal (ver, a el registro del mismo día, a partir de la hora 1:03:05) y Vanella (ver registros audiovisuales, día 1/03/21, a partir del minuto 50:56), no refirieron haber observado a Ahumada en el terreno con anterioridad a los acusados.

A ello, debe sumarse que tanto Merlaza como Vanella refirieron que los acusados viven en una construcción nueva. De tal manera, de acuerdo con lo analizado, la hipótesis del Ministerio Público Fiscal, y que acompaña la acusación privada, se sustenta en lo declarado por Ahumada, la que fue ratificada por el testigo Aníbal Maiquez, cuya testimonial fue incorporada al debate por lectura y con acuerdo de las partes.

Este testigo, empleado de Ahumada, según sus dichos, lo habría ayudado a éste a «cortar unos yuyos en el lugar».

En definitiva, y como se advierte, la jueza de sentencia para sostener la hipótesis acusatoria omitió valorar probanzas que, sumadas a las que sí se ponderaron –pero de manera parcial–, podrían hacer variar el resultado de la sentencia dictada.

Sobre ello, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones sobre que «[...] los medios de prueba **no constituyen compartimientos estancos** porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388-219).

Asimismo, que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba** e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 388-219).

Por las razones expresadas, entiendo que existen vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el **art. 416, inc. 4 del CPP**, circunstancia que acarrea la declaración de nulidad del fallo aludido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia n° 4.694 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez o la jueza que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. **ASÍ VOTO. S**

obre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia **RESUELVE:**

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Erika Noelia Videla Aguilera y Alejandro Exequiel Ochoa Montolla.

2.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP determine el juez o la jueza que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación.

1- SILVA ALARCON. 13-02-23

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcSAC.pdf

Lex: Art. 205, 189 bis inc. 2°, 1° supuesto del CP. Art. 4 del DNU 297/2020 y art. 1 del DNU 408/2020

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio. JAI cuestionado. Nulidad de la sentencia. Nuevo debate.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** por considerárselo autor penalmente responsable de los delitos de infracción al art. 205 del CP, incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil. Aquella pena fue unificada, debido a que Silva Alarcón le había sido impuesta una con anterioridad, en la pena única de **tres años** de cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso, refiere que su asistido no comprendió los fines del juicio abreviado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió anular *la Sentencia y sus fundamentos*, remitiendo las actuaciones al JPC a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7147, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lamarca Muñoz. 08-05-01:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MDExOTkyNjk=&tabla=c2M=>

“...La seguridad pública puede ser vista desde el punto de vista objetivo y desde el punto de vista subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad pública es la protección de los bienes jurídicos considerados "in abstracto" e independientemente de la persona de su titular. Vista desde el punto de vista subjetivo, la seguridad pública es el estado de un grupo social protegido por el orden jurídico...Para el delito previsto por el art. 189 bis, 4º párrafo del Código Penal no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. El **peligro puede ser concreto**, cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión; o abstracto cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido. Parte de la teoría excluye la tipicidad en los delitos de peligro abstracto cuando se comprueba una absoluta imposibilidad de surgimiento del peligro...El delito previsto por el art. 189 bis, 4º párrafo del Código Penal se trata de un tipo penal de mero peligro abstracto. Tanto las armas como los materiales tienen que ser utilizables, ya que sólo así pueden amenazar la seguridad común. Los que estructuralmente tienen defectos que no permiten su empleo o los que han perdido sus propiedades de modo que se hayan transformado en inocuos, no constituyen objetos típicos. El bien jurídico protegido es

la seguridad común. **Un arma que no puede ser utilizada, no amenaza esa seguridad común.** En cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico...”

Precedentes relacionados

a-1- Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil

- Rodríguez Caviudo. 15-5-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcRodriguezC.pdf
- Moyano. 07-02-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200207_FcMoyano.pdf
- Blas. 17-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210317_FcBlas.pdf
- Yaleva. 06-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=518>
- Lucero. 15-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=544>
- Domínguez Medina. 26-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=829>
- Reyes Lara. 17-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=865>
- Jofré. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=949>
- Rosales Chacón. 11-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=973>
- Silva Alarcón. 13-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230213_FcSAC.pdf
- Cruz Soto. 24-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230424_FcCSE.pdf
- Amores. 04-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230504_FcAPA.pdf
- Rives. 17-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcRHS.pdf
- Miyicay. 22-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcMSC.pdf
- Jimenez Atampi. 05-06-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230605_FcJAC.pdf

a-2- Tenencia ilegal de arma de fuego de guerra

- Gorbaran Lobos. 19-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=547>
- Romero. 22-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcRSC.pdf

a-3- Portación ilegal de arma de fuego de uso civil

- Orellana Sepulveda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>
- López Garnica. 24-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200924_FcLopez.pdf
- Gatica Toledo. 04-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcGatica.pdf
- Castro. 03-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=771>
- García Manca: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=866>
- Lorca. 14-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=958>

a-4- Portación ilegal de arma de fuego de guerra

- Pinnavaria. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcPinnavaria.pdf
- Muñoz Contardi. 03-03-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200303_FcMCG.pdf
- Carreño. 08-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcCarre%C3%B1o.pdf
- Diaz Villegas. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcDiaz.pdf
- Pavez López. 29-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200929_FcPavez.pdf
- Masi. 12-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201112_FcMasi.pdf
- Agudo Sáez. 12-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=556>
- Martinez. 16-09-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210916_FcMartinez.pdf

- Bracamonte. 12-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=712>
- **Roggerone**. 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- Suarez Loyola. 25-02-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=764>
- Gattari Navarro. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- Peralta Calderón. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>
- Ladislao Gutiérrez. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=942>
- Araya. 24-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230224_FcAE.pdf
- Rodríguez Pérez. 08-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230508_FcRPC.pdf
- Alaniz Ulloa. 02-08-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcAUJ.pdf
- Peralta Calderón. 28-12-23. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcPCS.pdf

a-5- Atenuación discutida.

- Fiordelisi Ruiz. 07-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181107_FcFRJ.pdf
- Bustos Tobio. 03-12-13:
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE1MjU=&t_aba=c2M=
- Pinnavaria. 05-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcPinnavaria.pdf
- Carreño. 08-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcCarre%C3%B1o.pdf
- Gattari. 18-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=799>
- **Masi**. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- **Roggerone**. 13-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=711>
- **Peralta Calderón**. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=804>
- Zacca. 18-10-22. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Gallardo Ruarte. 24-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=923>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

a-6- Nulidad.

- Orellana Sepulveda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>
- Diaz Villegas. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcDiaz.pdf
- Domínguez Medina. 26-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=829>
- Ladislao Gutiérrez. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=942>

a-7- Testigo de actuación.

- Orellana Sepulveda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>
- Diaz Villegas. 17-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200717_FcDiaz.pdf

a-8- JAI cuestionado.

- Morón Escudero. 13- 08-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=398>
- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>

- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Giovarrusci Bonacorci. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=887>
- Lobato Barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>
- Maldonado. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=964>

Doctrina citada.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *Código Penal de la Nación y legislación complementaria Anotados con Jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014 , pág. 927.

D’ALESSIO, Andrés (director) – Divito, Mauro (coordinador); *Código Penal Comentado y Anotado – Parte Especial (artículos 79 a 306)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 603.

BUOMPADRE, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial 2 –*, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo 1 , p. 486.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-05684804-9/1((018502-70355)) F. C/ SILVA ALARCON CRISTIAN MATIAS P/ INFRACCIÓN ART. 205 DEL C.P. EN FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL DNU 297/2020 Y ARTÍCULO 1 DEL DNU 408/2020, INCUMPLIMIENTO DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO, EN CONCURSO REAL CON TENENCIA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL (70355) (70355/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105869200*

En Mendoza, a los trece días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-05684804-9**, caratulada **“F. c/ SILVA ALARCÓN CRISTIAN MATÍAS S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

La defensa de Cristian Matías Silva Alarcón interpone recurso de casación contra la sentencia n° 7147, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable de los delitos de infracción al art. 205 del CP, en función del artículo 4 del DNU 297/2020 y artículo 1 del DNU 408/2020, incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2 primer supuesto del CP). Aquella pena fue unificada, debido a que Silva Alarcón le había sido impuesta una con anterioridad, en la pena única de tres años de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia puesta en crisis por la defensa, en lo pertinente para la solución del recurso planteado, se tuvo por acreditado que en fecha 23 de septiembre de 2020, aproximadamente a las 01.30 hs., cuando personal policial realizaba maniobras dentro del Barrio 26 de Enero de Las Heras, observó a tres personas –dos hombres y una mujer– que circulaban a pie y que, al ver a los efectivos policiales, se dieron a la fuga. Luego de una breve persecución, se logró la aprehensión de uno de los sujetos, a la altura de la manzana 3, casa 3 del barrio mencionado y, al ser individualizado. Éste resultó ser Cristian Matías Silva Alarcón, quien se encontraba en la vía pública en franco incumplimiento del aislamiento ordenado por los Decretos de Necesidad y Urgencia n° 297/2020, art. 4°, art. 2 del Decreto 325-20 y N° 408/2020, art. 1° Decreto 520/2020, DNU 563/2020, 576/2020 y Decreto 815/2020, 847/2020 y 894/20 (Alerta Sanitaria de la Provincia de Mendoza). Al efectuar personal policial el correspondiente palpado de armas, encontró en su poder una pistola calibre 22, marca Erma, color negra con cachas marrones, numero fabril 76638 sin cargador, con una munición calibre 22 marca FM en recámara. Posteriormente, Policía Científica, División

Balística, informó que el arma de fuego remitida cumplía con los requisitos estipulados en la ley de armas 20.429/73, decreto reglamentario 395/75 para las armas de uso civil, como así también que el arma de fuego no era apta para el funcionamiento.

Para así decidir la jueza del Juzgado Penal Colegiado, tomó en consideración el reconocimiento del acusado en razón del acuerdo celebrado por las partes en relación al hecho atribuido, la calificación legal, el monto de la pena acordado, en el marco del procedimiento abreviado solicitado.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

En ocasión de promover el recurso casatorio la defensa del acusado señala como vicios de la sentencia impugnada los previstos en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

En este sentido, refiere que su asistido no comprendió los fines del juicio abreviado llevado a cabo, por lo que no acepta la responsabilidad en los hechos que le fueron requeridos.

Agregó que informaría oralmente, sin embargo, con posterioridad desistió de hacerlo.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al momento de dictaminar en relación con el recurso interpuesto, señala que de la compulsas del expediente digital se desprende que al conceder el recurso la jueza intimó al recurrente a cumplir con los requisitos establecidos en la Acordada 29.051 (art. 3 y 6 del anexo reglamentario), sin que surja de las constancias que el emplazamiento haya sido cumplido.

Así, al evaluar la procedencia formal del recurso planteado considera que no es posible extraer ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia. Entiende que el breve argumento defensivo propuesto no logra autoabastecerse para abrir formalmente el recurso.

En función de lo expuesto, aconseja el rechazo formal del recurso casatorio planteado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del análisis del recurso casatorio, la sentencia puesta en crisis y, fundamentalmente de las constancias de la causa, anticipo opinión en el sentido de que corresponde anular la resolución cuestionada. Ello, en atención a los motivos que paso a exponer.

De forma preliminar, debo señalar que le asiste razón al Procurador General en cuanto a que el agravio formulado por el defensor del acusado no logra autoabastecerse. Por ello, y en principio, no resultaría idóneo para lograr la apertura de la vía recursiva promovida.

Por otra parte, de la reproducción del registro audiovisual del debate se desprende que, contrariamente a lo que afirma el recurrente, Cristian Matías Silva Alarcón fue requerido sobre el procedimiento acordado por su defensor y se le explicó el alcance del mismo (minuto 11.11 del video de fecha 26 de febrero de 2021), de tal manera el agravio expuesto por la defensa no se verifica en el caso analizado.

No obstante, y tal como anticipé del examen de la causa surgen circunstancias, que a mi criterio, ameritan la anulación del acto sentencial recurrido. En este sentido, advierto que uno de los hechos atribuidos a Silva Alarcón consistió en que, al momento de ser aprehendido –en la vía pública– se encontró en su poder una pistola marca Erma, modelo EP 22, calibre .22, Long Rifle, con inscripción numérica «76638», la cual al ser examinada por la División Balística Forense resultó no ser apta para el funcionamiento.

Efectivamente, tal como se desprende del informe Serie «B» N° 1057/20, al verificar el estado de mantenimiento y conservación se detalló que se apreciaban ciertas irregularidades. Al respecto debe destacarse que en aquel informe se menciona que «[l]a cola del disparador no posee tensión, por lo que no acciona ninguna pieza del sistema de percusión» y, en cuanto a las pruebas de funcionamiento, detalla que «ninguno». En función de ello, concluye que «[e]l arma de fuego, en las condiciones remitidas, no es apta para el funcionamiento».

Ahora bien, el defensor del acusado y ahora recurrente, según entiendo estuvo en condiciones de conocer el contenido del informe referido puesto que en ocasión de celebrarse audiencia en fecha 26 de octubre de 2020 se suspendió aquella puesto que el Dr. Rozzi –ya designado defensor de Silva Alarcón– no había podido ver el informe de balística.

En este sentido destaco que, según acta del expediente digitalizado, Silva Alarcón ratificó la designación del profesional que lo representó al momento de llevarse a cabo el debate en que se acordó el juicio abreviado, como también en ocasión de recurrir, en calidad de defensor, el 8 de octubre de 2022. Circunstancia ésta que considero suficiente a los fines de que el profesional compulse, como era su deber, la causa y fundamentalmente los informes de los que se derivaría, o no, la aptitud del objeto atribuido en tenencia a su defendido, a los fines de satisfacer el tipo endilgado.

En este sentido destaco que arma, –conforme el art. 3 inc. 1 decreto 395/75– es «aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia» y, toda vez que el delito atribuido a Silva Alarcón resulta ser de aquellos cuyo bien jurídico es la seguridad pública, la seguridad común para las personas y sus bienes, de manera tal que se protege a la comunidad de los riesgos que representaría la libre circulación y tenencia de armas de fuego (**ver ROMERO VILLANUEVA, Horacio, Código Penal de la Nación y legislación complementaria Anotados con Jurisprudencia, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014 , pág. 927**), entiendo que un arma que no funciona, no es tal a los fines de satisfacer los requisitos del delito en cuestión.

Abona la tesis que postulo doctrina y jurisprudencia. Al respecto, la doctrina ha señalado que resultan objetos de la acción, en relación con el delito de tenencia ilegítima de armas de fuego, «[...] las armas de fuego de uso civil o de guerra (hipótesis conminada con una pena mayor). En cualquier caso, se requiere que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada, ya que si no funciona, o no es apta para ser usada como tal, desaparece toda posibilidad de peligro y la conducta es atípica» (**ver D'Alessio, Andrés (director) – Divito, Mauro (coordinador); Código Penal Comentado y Anotado – Parte Especial (artículos 79 a 306), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 603**).

En el mismo sentido, se ha sostenido que «[a]ún tratándose de delitos de peligro abstracto, las armas tienen que ser aptas o idóneas para poner en peligro la seguridad común (deben ser utilizables); por lo tanto, si el objeto no resulta potencialmente apto para poner en peligro el bien jurídico protegido, su mera tenencia debe quedar al margen de la intervención del derecho penal» (**BUOMPADRE, Jorge E., Tratado de Derecho Penal – Parte Especial 2 –, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo 1 , p. 486**).

Por su parte este Tribunal, con una anterior composición, resolvió en relación con el delito de tenencia de arma de guerra, con consideraciones aplicables al presente caso, que: «[...] se trata de un tipo penal de mero peligro abstracto. [...] Tanto las armas como los materiales tienen que ser utilizables, ya que sólo así pueden amenazar la seguridad común. Los que estructuralmente tienen defectos que no permiten su

empleo o los que han perdido sus propiedades de modo que se hayan transformado en inocuos, no constituyen objetos típicos. [...] . Un arma que no puede ser utilizada, no amenaza esa seguridad común. En cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico» («Lamarca Muñoz», L.S. 301-107).

Así, también pongo de resalto que el informe de balística fue parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público fiscal a tenor del art. 417 *quinquies* del CPP y base de la acusación y del acuerdo que celebraron las partes para llegar al procedimiento de juicio abreviado, no obstante ello, ni en aquellas oportunidades ni al momento de recurrir en casación el defensor, advirtió la falta de funcionamiento del arma cuya tenencia ilegítima se endilgó a su defendido.

Tal inadvertencia no resulta menor. En efecto, el delito endilgado y por el que resultó condenado Cristian Matías Silva Alarcón, previsto por el art. 189 bis del CP, tiene como presupuesto la tenencia ilegítima de un arma de fuego. De tal manera, el objeto que debe «tenerse» debe ser un «arma de fuego». Como expliqué, a partir de la posición doctrinaria y jurisprudencial que comparto, entiendo que el objeto que tenía en su poder el acusado en las presentes actuaciones no resulta idóneo para ser considerado «arma de fuego» y, en consecuencia, la conducta asignada y por la que su defensor pactó un juicio abreviado – junto al otro ilícito atribuido–, no es típica a los fines del art. 189 bis del CP.

Tal situación debió ser advertida por la defensa del acusado, quien no planteó en momento alguno, y de acuerdo con el debido ejercicio del cargo que le fue conferido, la atipicidad de ese delito atribuido. De tal evento, deriva un estado de indefensión de Silva Alarcón en la presente causa. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta al momento de resolver el recurso interpuesto, pese a que no ha sido planteada en esta instancia, puesto que resulta una causal de nulidad absoluta conforme lo prevé el art. 198, inc. 3 del CPP.

Al respecto, debe considerarse que la garantía a la inviolabilidad de la defensa en juicio, asegurada por el art. 18 de la Constitución Nacional –complementada después de la reforma de 1994, según el inc. 22 del art. 75, por la CADH (art. 8.2.h) y el PIDCP (art. 14.5)–, de la que nace el debido proceso e impone la obligación del ejercicio eficaz de esa defensa y brinda al acusado el derecho de estar informado de sus derechos. A partir de ello, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio del acusado sólo se satisface en la medida que esté informado y en condiciones de poder decidir sobre cómo ejercer sus derechos.

En este sentido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara respecto de que «[e]l ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio» (Fallos: 342:122; 311:2502, 237:158; 255:91, 5:459 y 192:152, entre otros). (ver, al respecto y en lo pertinente, mi voto en el precedente «**Guerra Terrones**»).

En síntesis, para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso no basta que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester, además, que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensa técnico (conf. CSJN, Fallos: 310:1934; 327:103; 331:2520) lo que, como se ha explicado, no ha ocurrido en el presente caso.

Por ello, estimo que la situación analizada amerita extraer compulsas de las presentes actuaciones a fin de remitirlas al Colegio de Abogados correspondiente, a sus efectos.

Por lo expuesto y, toda vez que se verifica una situación de nulidad absoluta derivada del estado de indefensión del acusado, corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada
ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular *la Sentencia N° 7147 y sus fundamentos*, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- En atención a las razones señaladas precedentemente corresponde anular *la Sentencia N° 7147 y sus fundamentos*, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Extraer compulsas de las presentes actuaciones y remitirlas al Colegio de Abogados correspondiente, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

2- ARAYA. 24-02-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230224_FcAE.pdf

Lex: Art. 189 bis (2), 6° párrafo del CP.

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra. Figura atenuada. Nulidad de la sentencia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y cuatro meses de prisión** con los beneficios de la ejecución condicional e **inhabilitación especial por cuatro años y ocho meses** para tener y/o portar armas de fuego por considerársele autor penalmente responsable del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal en su figura atenuada (art. 189 bis (2), 6° párrafo del CP).

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF y en consecuencia anular la Sentencia y sus fundamentos, remitiendo los presentes obrados al JPC correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 9241, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Masi. 12-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=456>
- Tejada Trigo. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=947>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06774590-0/1((018502-49564))F. C/ ARAYA EBER P/ PORTACION ILEGITIMA ARMA DE GUERRA (49564/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106030197*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-06774590-0/1** caratulada **“F. c/ ARAYA, Eber Kevin P/ PORTACIÓN ILEGÍTIMA ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 9.241, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de dos años y cuatro meses de prisión con los beneficios de la ejecución condicional e inhabilitación especial por cuatro años y ocho meses para tener y/o portar armas de fuego por considerársele autor penalmente responsable del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal en su figura atenuada (art. 189 bis (2), 6° párrafo del CP) que se le atribuye en la causa N° P-49.564/21.

El pronunciamiento fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio entendió probado, con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria, que *«[e]l 20 de mayo de 2021, aproximadamente a las 20:45 horas, en circunstancias en que personal policial de la Unidad Investigativa de Capital realizaba patrullaje preventivo por la zona de La Favorita, entrevistaron a Eber Kevin Araya en la vía pública frente a un kiosco, en calle 6 Lote 14 de La Favorita, Ciudad de Mendoza, quien tenía dentro del bolso tipo morral que tenía colgado, un arma de fuego tipo revolver calibre 38 corto, color plateado con cachas sintéticas, con inscripción “230514 S&W” con cinco cartuchos calibre 9 mm en el interior del tambor, sin acreditar Eber Kevin Araya autorización legal alguna para su tenencia. Informa posteriormente personal de la División Balística de Policía Científica que el arma secuestrada encuadra en la calificación de arma de fuego de guerra de uso civil condicional de conformidad con la Ley de Armas N° 20.429/73 y su Decreto Reglamentario 395/75, y que la misma funcionó para la ejecución de disparos con los cartuchos que tenía en el interior del tambor»*.

Para así decidir la sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Alicia Del Carmen Guevara, Maximiliano Ezequiel Zingariello y Luis Daniel Esquivel, la declaración del acusado, el acta de procedimiento, el acta de secuestro y, los informes de División Balística Forense y del Registro Nacional de Armas.

Por su parte, y en lo que aquí interesa, la jueza de la instancia anterior consideró que aquellos hechos encuadraban en las previsiones del art. 189 bis, inc. 2, 6° párrafo del CP.

Esto, por considerar que no se acreditó que el acusado portara el arma de fuego con la intención de cometer algún hecho ilícito.

En efecto, la jueza entendió que su accionar al momento de ser sorprendido por personal policial fue correcto, en tanto no se dio a la fuga y reconoció que tenía el arma de fuego en su poder.

Asimismo, la sentenciante hizo referencia que se trataba de un barrio de alta conflictividad social por lo que, según su entender, la portación del arma se encontraba autorizada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

Los motivos de agravio del representante del Ministerio Público Fiscal se enmarcan en las disposiciones del art. 474, inc. 1 del CPP.

Considera errónea la aplicación de la ley penal sustantiva, en tanto sostiene que la conducta desplegada por el acusado encuadra en el tipo de portación ilegal de arma de guerra y no en el de portación ilegal de arma de guerra atenuada, tal como lo consideró la sentenciante.

En efecto, el recurrente refiere que la sola circunstancia de ser un barrio conflictivo en el que vive el encartado, no habilita a persona alguna a portar un arma de fuego sin autorización para ello.

En efecto, sostiene que ponderar ello como elemento justificativo del accionar del acusado, desvirtúa la protección del bien jurídico tutelado por la figura, cual es la seguridad pública.

Asimismo, sostiene que la sentencia recurrida parte de un análisis incorrecto de los elementos configurativos del delito de portación tanto en su modalidad básica como atenuada.

Al respecto, esgrime que resulta errónea la interpretación de la sentenciante en relación a las exigencias del tipo subjetivo de la figura básica del delito de portación de arma de guerra.

Así, sostiene que la jueza afirmó que la figura básica del delito de portación exige la comprobación de la intencionalidad delictiva en su autor.

Sin embargo, el recurrente manifiesta que no surge de la letra de la ley que la comprobación de la finalidad ilícita del autor resulte un elemento constitutivo del tipo subjetivo.

En efecto, sostiene que el delito de portación ilegítima de armas de fuego, en su modalidad básica (art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del Código Penal), se configura cuando el autor lleva consigo en la vía pública un arma de fuego cargada, apta para para el disparo, en condiciones de uso inmediato y sin la debida autorización legal con el conocimiento y voluntad de ello

Por todo lo expuesto, solicita que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, que se anule la sentencia recurrida y se dicte un nuevo pronunciamiento.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción N° 30 de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados, contra la resolución del Juzgado Penal Colegiado N° 2 que condena al acusado por el delito de portación de arma de guerra, sin la debida autorización, en su figura atenuada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe acogerse el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida.

Ello, en tanto considero que, la sentenciante ha motivado la resolución adoptada de manera insuficiente, lo que contraría la disposición del art. 416 inc. 4 del CPP.

En efecto, del análisis de la sentencia cuestionada surge que la jueza de la instancia previa no explicó debidamente en su pronunciamiento la razón por la que se apartó de la figura básica del art. 189 bis inc. 2, 4º párrafo del CP, cuando al momento de ser requisado por personal policial el acusado portaba, sin autorización legal, un arma de fuego tipo revolver calibre .38 corto que le fue encontrado en condiciones de uso inmediato, con cinco cartuchos calibre .9 mm en su interior, mientras se encontraba en la vía pública.

De esta forma, y para entender que aquel comportamiento encuadraba en la figura atenuada del art. 189 bis, inc. 2, 6º párrafo del CP, la sentenciante entendió erróneamente que la zona por la que transitaba Eber Kevin Araya era conocidamente de alta conflictividad social y que al momento de ser sorprendido por personal policial no se dio a la fuga y reconoció que tenía el arma de fuego en su poder.

Según entiendo, esas circunstancias no permiten apartarse de la figura prevista en el art. 189 bis inc. 2, 4º párrafo del CP.

En este sentido, considero que la circunstancia de residir en un barrio o zona de aquellas que se denominan «conflictivas» no habilita a ninguna persona allí residente a tener o portar armas de fuego sin la debida autorización legal.

Son numerosas las personas que viven en barrios o zonas donde se generan situaciones de conflictos y, no por eso, se encuentran armadas ni habilitadas para estarlo.

Por otra parte, de manera totalmente opuesta a la sostenida por la sentenciante, entiendo que tampoco se encuentra acreditada la falta de intención o voluntad del acusado de portar el arma de fuego con fines ilícitos por el hecho de no evadirse al momento de ser individualizado por personal policial y de, espontáneamente, referir que tenía consigo un arma de fuego.

En efecto, la experiencia enseña que no es habitual que una persona, sin intención delictiva, vaya a comprar a un kiosco con un arma de fuego apta para el disparo, menos aún con un revólver calibre .38 mm corto, con cinco cartuchos en su interior calibre 9 mm.

De otra manera, y tal como sostuve en el **precedente «Masi»** (así como en «**Tejada Trigo»**) quedaría fácticamente derogado el delito de portación ilegítima de armas en situaciones como la analizada, y sólo vigente la figura atenuada, que fue plasmada por el legislador como una excepción, restringida al supuesto que resultare «evidente» la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

Por lo expuesto, considero que le asiste razón al recurrente al sostener que no se encuentra justificada en el caso concreto la aplicación de la figura atenuada prevista por el art. 189 bis, inc. 2, 6º párrafo del CP.

En función de las consideraciones expuestas, corresponde dar respuesta positiva a la primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado al que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular la Sentencia N° 9.241 y sus fundamentos dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial. En consecuencia, corresponde remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia anular la Sentencia N° 9.241 y sus fundamentos dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente, a fin que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese.

3- CRUZ SOTO. 24-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230424_FcCSE.pdf

Lex: Art. 189, 34 inc. 3° del CP

Vox: Portación de arma de fuego de uso civil. Valoración de la prueba. Causa de justificación.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal. La pena impuesta **fue unificada** con otra dispuesta por la Sexta Cámara del Crimen en fecha 17/03/2017 en la causa n° P-105854/15 de siete años de prisión cumplimiento efectivo.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 10424, pronunciada por el JPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-06856977-4/1((018502-61422)). F C/ CRUZ SOTO ENZO JONATHAN, CATALDO GONZALEZ, EMANUEL ANDRES, CRUZ MAILEN ANA MARIA P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE USO CIVIL (61422/21) (61422) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106107003*

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06856977-4/1 caratulada **“F. c/ CRUZ SOTO, ENZO JONATHAN, CATALDO GONZÁLEZ, EMANUEL ANDRÉS Y CRUZ SOTO, MAILÉN ANA MARÍA P/ PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN LEGAL*s/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

La defensa de Enzo Jonathan Cruz Soto interpone recurso de casación contra la sentencia n° 10424 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos P-61.422/21. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerársele autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal. La pena impuesta fue unificada con otra dispuesta por la Sexta Cámara del Crimen en fecha 17/03/2017 en la causa n° P-105854/15 de siete años de prisión cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado que *«el día 23 de Junio de 2021, a las 05:07 horas, personal policial que se encontraba realizando maniobras operativas en las movildades n° 3246 y N° 3287, [fue desplazado] por el Centro Estratégico de Operaciones (CEO) a calle Juan B Justo y Mallea de Gutiérrez Maipú, Mendoza, toda vez que del interior de un vehículo marca Renault 19 de color blanco dos sujetos efectuaban disparos de arma de fuego. Seguidamente los actuantes, observan circular por calle Juan B Justo en dirección Este -Oeste, un vehículo conforme las características aportadas por el CEO, dominio RFI-249, impartándole la voz de alto, al tiempo que les realizan señas para que detenga su marcha, haciendo caso omiso a la orden impartida, continuando la misma, deteniendo el vehículo en calle Juan B Justo e Intersección calle Juncal de Maipú, Mendoza. Seguidamente se procede a hacer descender del vehículo a sus ocupantes, Mailén Ana María Cruz Soto, conducía el rodado mientras que en el asiento del acompañante se encontraba Enzo Jonathan Cruz Soto, y en el asiento trasero Andrés Emanuel Cataldo González y, realizaron una requisita en el interior del vehículo, observando entre los dos asientos delanteros debajo del estéreo una guantera interna y en el interior, dos armas de fuego, siendo una de ellas una pistola marca T.A.L.A, calibre 22, long rifle (.22 I.R), inscripción alfanumérica “E39931”, con cargador con cuatro proyectiles; y un revólver marca BAGUAL, calibre .22 largo, con inscripción alfanumérica “186973”, con*

ocho alvéolos y en su interior cinco vainas servidas y dos proyectiles sin percutar, motivo por el cual se procedió a la aprehensión de los sujetos y al secuestro de las armas de fuego. Finalmente personal de Policía Científica informó que las mencionadas armas de fuego funcionaron para la ejecución de disparos y que las mismas encuadran como arma de fuego de uso civil».

Para ello el tribunal valoró entre otros elementos probatorios la declaración testimonial de Juan Gabriel Córdoba Malde, de Agustina Ortiz, Hugo Sebastián Rubino Fredes, José Martínez, Juan Pablo González y Jeremías Jair Peña y demás prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

En este sentido, entiende que la sentencia ha omitido meritar puntos relevantes de las pruebas obrantes en la causa. De tal manera, considera que la motivación es insuficiente, arbitraria y nula de conformidad al art. 416 inc. 4 del CPP.

Por otro lado, encuentra que el vicio sustantivo se evidencia por afectación de normas sustantivas de raigambre constitucional y convencional, la Constitución Nacional, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 7/8 vta., el Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del remedio casatorio intentado. Ello, en tanto considera que la sentencia cuestionada no adolece de falta o errónea fundamentación, ni que su motivación sea absurda o arbitraria. De tal manera, estima que el planteo de la defensa es infundado y no puede prosperar.

En este sentido, advierte que la jueza contó con un plexo probatorio suficiente para arribar a la certeza necesaria sobre la materialidad del hecho investigado y la autoría del encartado en el mismo. Específicamente, refiere que la jueza de grado valoró adecuadamente la declaración del testigo Córdoba Malde, que consideró verosímil en relación con la identificación de los autores del hecho. Destaca, además, que esa declaración fue cotejada con el resto de las declaraciones testimoniales, prueba instrumental y acta de procedimiento respectiva.

Asimismo, considera que resultó adecuada la calificación legal en la que se encuadraron los hechos.

Por lo expuesto, solicita el rechazo del recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Del análisis del recurso interpuesto entiendo surge que la defensa cuestiona, principalmente, la labor de valoración del plexo probatorio llevado a cabo por la jueza de anterior instancia, apartándose de las constancias objetivas del legajo y sin desvirtuar las razones ofrecidas por la magistrada para rechazar los planteos formulados durante el debate oral y, más precisamente, en el momento de los alegatos.

En efecto, advierto en el reclamo casatorio la exposición genérica, sin precisión ni detalle de los motivos de agravios. Esto puede advertirse cuando la defensa afirma que la jueza de la instancia previa abordó los planteos sin fundamentos, que no trató adecuadamente lo relativo al elemento subjetivo del tipo penal enrostrado a Cruz Soto, que la jueza dispuso de manera escueta el rechazo de la causal exculpatoria, desconociendo por completo la prueba.

Ahora bien, no obstante lo hasta aquí sostenido, me avocaré al análisis de los fundamentos del fallo cuestionado, a fin de dar razón al rechazo anticipado a los fines de salvaguardar el derecho a recurrir el fallo y satisfaciendo los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente **«Casal»**.

Del registro de la audiencia oral celebrada el 16 de marzo de 2022 surge que la jueza de sentencia brindó los fundamentos de manera oral y tuvo, como se dijo, por acreditados los hechos que se le atribuían a los acusados. en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que acontecieron.

Para ello, valoró el acta de procedimiento de fs. 1 y 2. Asimismo, las declaraciones testimoniales de los oficiales actuantes José Antonio Martín, y Juan Pablo González, quienes dieron cuenta que el día de los hechos recibieron información del CEO sobre había personas que del interior de un vehículo se encontraban efectuando disparos y, entonces, se dirigieron a calles Juan B. Justo y Mallea de Maipú.

Al constatar un automóvil de similares características a las informadas, les hicieron señas para que detuviera la marcha, orden que efectivamente respetaron en un primer momento pero, luego, haciendo caso omiso, el rodado avanzó hasta detenerse a unos quinientos metros desde el lugar en que se les dio la voz de alto.

En esas circunstancias, hicieron descender a los ocupantes del rodado. Andrés Cataldo iba en la parte trasera izquierda, dijo que él era el propietario del Renault 19, en tanto que Maylén Cruz Soto ocupaba el puesto de conducción y Enzo Cruz Soto iba en la parte delantera, del lado derecho.

Refirieron que al requisar el vehículo entre los dos asientos delanteros debajo del estéreo una guantera interna con un plástico arriba que se encontraba superpuesto hallaron un arma de fuego tipo revolver corto de color plateado con cachas color marrón, con ocho alvéolos, un arma de fuego tipo pistola calibre 22 corto de color gris con cachas negras, con porta cargador, cinco vainas servidas y dos proyectiles sin percutar.

A su vez, resultó de valor relevante para la jueza el registro de la cámara de seguridad n° 44 del CEO que, monitoreadas por los oficiales Lizbeth Mamani y David Bartero, respaldaron fielmente el acta de procedimiento. Ello, en tanto dio cuenta del momento en que personal policial actuante interceptó al Renault 19, así como la actuación policial posterior.

Por otro lado, la jueza valoró la declaración testimonial de Hugo Sebastián Rubino Fredes, testigo de actuación quien dijo, en lo aquí relevante, que vio las armas que se secuestraron a los acusados porque el personal policial se las exhibió cuando estaban en el capot del automóvil y que tenían balas. Agregó que creía que eran de color gris pero que, como era de noche, no recordaba tantos detalles.

También, resultó decisivo el testimonio de Luis Gabriel Córdoba Malde en tanto narró detalladamente y de manera conteste con el plexo probatorio analizado, que el día de los hechos se encontraba durmiendo en la casilla ubicada en la calle Juan B. Justo en el Barrio Antártida Argentina. Aclaró que dormía allí porque cuidada unos vehículos de su propiedad, porque ya le habían sustraído algunos anteriormente.

Específicamente sobre el hecho investigado, señaló que entre las 2 y las 5 hs., vio llegar un Renault 19. En la primera oportunidad, se bajó un hombre del rodado y comenzó a efectuar disparos al aire y, por esa razón, llamó al 911. Detalló que primero se bajó un hombre y luego una mujer. Señaló que tomaban una bebida con alcohol. Luego, el hombre comenzó a efectuar disparos al aire. El testigo pensó que era una pelea porque la mujer le decía cosas. Luego de ello, se retiraron en el auto. En una segunda oportunidad, cerca de las 5 hs., el rodado volvió y ocurrió lo mismo que había sucedido más temprano, por lo que volvió a dar aviso a la policía. Aclaró que en la primera oportunidad iban cuatro personas en el vehículo, dos mujeres y dos hombres y en la segunda oportunidad sólo iban tres que, posteriormente, resultaron ser concretamente los acusados.

A criterio de la jueza de anterior instancia el testimonio de Luis Gabriel Córdoba Malde resultó verosímil y emergió respaldado con el testimonio de Agustina Ortiz. Esta testigo prestó declaración testimonial durante el debate y sostuvo que ese día 23 de junio de 2021 estuvo con los acusados, aproximadamente entre la 1:30 y la 1:45 hs. Expresó que llegaron a la casa de Maylen Cruz Soto, que el vehículo Renault 19 lo conducía Emanuel Catado González y cuando llegaron a la casa de Maylen, Cataldo se bajó, sacó algo de abajo del asiento y luego la testigo escuchó dos disparos. Ella estaba detrás de Enzo Cruz Soto, le dio miedo, se desesperó y quiso ir para su casa, por lo que Maylen Cruz Soto tomó las llaves del rodado y la llevó a su casa. Específicamente aclaró que vio cuando Cataldo sacó el arma debajo del asiento y efectuó dos disparos hacia el descampado.

Al cuadro probatorio referido deben sumarse las declaraciones testimoniales de José Antonio Martín, de Jeremías Peña y Juan Pablo González, auxiliares de policía motorizada que resultaron enteramente coincidentes con la prueba relevada hasta aquí y así fue valorado por la jueza de la instancia previa.

Finalmente, debe tenerse presente el informe de Policía Científica, División Balística, que da cuenta que las armas secuestradas el día del hecho, en las circunstancias reseñadas, resultaron aptas para el disparo. Por su parte, del informe del RENAR surge que ninguno de los acusados se encuentra autorizado para la portación o tenencia de arma de fuego.

En base a lo expuesto, se advierte un sólido caudal de prueba que sustenta la atribución de responsabilidad a Cruz Soto y que ha sido adecuadamente valorado por la jueza de sentencia. Por lo tanto, descartado el agravio dirigido contra la valoración de la prueba y, desde allí, confirmados los extremos fácticos que conformaron los hechos tenidos por históricamente ciertos en la sentencia en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, se vacía –necesariamente– de contenido el segmento de la crítica sustantiva de la impugnación casatoria.

Es que, en este orden, la defensa refiere que Enzo Jonathan Cruz Soto, junto con los demás acusados, causaron un mal para evitar otro mayor inminente al que fueron extraños. Esto, en tanto considera que, como Cataldo González se encontraba en estado de embriaguez, al conocer los demás acusados y por conocer Maylen Cruz Soto y Enzo Jonathan Cruz Soto que aquél tenía armas en el rodado, impidieron la causación de un mal mayor.

Al respecto, debe señalarse que la jueza de anterior instancia consideró débil la teoría del caso propuesta, en tanto la **causa de justificación** invocada desde que en modo alguno quedó acreditada la colisión de bienes que prevé la norma del art. 34, inc. 3 del CP. Expresamente sostuvo que «[...] *no advierto cuál sería el daño inminente, que no sea una mera especulación dialéctica que Cataldo podría haber matado a alguien, porque en realidad evitaron que matara a alguien. En la base de la norma existe una colisión de*

intereses. Salvar el mayor en riesgo inminente y además debe acreditarse la necesidad de sacrificar el bien menor, aspecto que de ninguna manera se encuentra probado» (registro audio visual, audiencia 16 de marzo de 2022, de 1:23:31 a 1:25:57).

En definitiva, de las razones expuestas surge que la sentencia puesta en crisis no adolece de los defectos que alega la defensa. Ello, en tanto, y como señalé, las apreciaciones formuladas en esta instancia no resultan ajustadas a las constancias de la causa, por lo que no ha logrado ser desvirtuado el razonamiento de la jueza de la instancia anterior que fundamente su decisión.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de Enzo Jonathan Cruz Soto.
- 2.- Imponer las costas a la vencida diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

4- BUENANUEVA. 02-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcBMA.pdf

Lex: Art. 186 inc. 4 y art. 42 del CP. Art. 38 de la Ley 9106.

Vox: Incendio. Peligro de muerte. Tentativa. Nulidad. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena única de **tres años y seis meses de prisión** por el delito de incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa, (art. 186 inc. 4 y art. 42 del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** considera que la impugnación resulta parcialmente procedente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 179/191 por la defensa del acusado remitiendo las actuaciones al tribunal para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1972, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vega Ríos. 26-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181226_FcVRR.pdf
- Torres Surget. 03-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180503_FcTSD.pdf
- Riquelme Valdés. 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcRVC.pdf

Parágrafo destacada.

Asimismo, se ha referido que «una sentencia condenatoria que imponga al condenado una pena superior a la que fuera pretendida por el órgano acusador, configura una situación de indefensión para el sometido a proceso, que viola sus derechos constitucionales; situación que no puede ser tolerada dentro del marco de un sistema acusatorio de corte adversarial como el que rige nuestro proceso penal local» (ver en lo pertinente, «Riquelme Valdés»).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-05425685-4/1((038601-60397))

FC/ BUENANUEVA MANUEL ADRIAN P/ INCENDIO AGRAVADO POR EL PELIGRO DE MUERTE ALGUNA PERSONA EN GRADO DE TENTATIVA (P- 60397/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

105602891

En Mendoza, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil veintitrés reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-05425685-4/1** caratulada **“F. c/ BUENANUEVA AVALLAY, MANUEL ADRIAN P/ INCENDIO AGRAVADO POR EL PELIGRO DE MUERTE PARA ALGUNA PERSONA EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN”**.

La defensa de Manuel Adrián Buenanueva Avallay interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.972, y sus fundamentos vertidos en forma oral, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerársele autor penalmente responsable del delito de incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa, previsto y penado por el art. 186 inc. 4 y art. 42 del Código Penal, que se le atribuyó en el marco de los autos n° P-60.937/17, la que se unificó con la impuesta previamente en los autos n° P-57.313/13 y P-11.873/19 en la pena única de tres años y seis meses de prisión.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La sentencia antes reseñada tuvo por acreditado que *«[e]l día 21 de julio de 2017, siendo las 03:00 horas aproximadamente, el Sr. Buenanueva Avallay ingresó a su domicilio [ubicado en calle Alvear n° 1231, Barrio Cita, de Palmira, San Martín] y, previo discutir con su pareja, ingresó a la habitación donde la misma se encontraba durmiendo en la cama matrimonial junto a sus dos hijos, al menor Noa, que es hijo biológico del acusado, y a la niña Chiara, y roció con nafta un canasto que se encontraba con ropa sucia, y luego prendió fuego. Esto motivó que la denunciante [...] María Alejandra Vera Olivares saliera de la habitación junto con los niños, y concurriera a la casa de los progenitores del Señor [Buenanueva Avallay], que vivían dentro del mismo lote, a solicitar auxilio, y que luego ellos acudieron a la vivienda, específicamente el papá del Sr. Buenanueva [...] y apagara, en conjunto o en asocio con el imputado, el fuego que había producido»* (v. registros audiovisuales, audiencia del 25/06/2020, mins. 00:01:37/00:02:57).

Para así resolver, la jueza tuvo en consideración la declaración testimonial de María Alejandra Vera Olivares, de Eduardo Capdevila, y del acusado en ejercicio de su derecho de defensa material. Plexo

probatorio que incluyó, además, la prueba instrumental ofrecida por las partes durante la audiencia preliminar, e incorporada debidamente al juicio, entre la que se destaca el informe técnico de fs. 82.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado formula su impugnación a tenor de lo previsto por ambos incisos del art. 474 del CPP, por considerar que la sentencia arriba individualizada adolece de vicios sustanciales y de procedimiento que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Como primer motivo de agravio sustancial, la defensa señala que el tribunal de la instancia previa aplicó erróneamente el derecho penal sustantivo. Ello, por cuanto las constancias probatorias de la causa impiden encuadrar los hechos investigados del modo en que lo hizo, esto es, bajo el delito de incendio agravado en grado de tentativa.

En ese sentido, refiere que el delito de incendio requiere que el fuego (foco ígneo) genere un peligro común que, además, presente las siguientes características: a) indeterminación, es decir, que debe recaer sobre cosas no consideradas como bienes jurídicos individuales, sino como pertenecientes a cualquier ciudadano o persona en el sentido de indeterminación previa; b) difundibilidad; c) imposibilidad de contención del medio empleado para producirlo; y, d) constatación de la existencia de peligro concreto y real, no meramente potencial o abstracto. Desde su posición, señala que ninguno de estos aspectos se verifican en el caso de autos.

Aporta jurisprudencia acerca de las características planteadas, como la necesaria conciencia del autor del incendio de que su conducta es apta para crear un peligro común mediante el fuego y al propio tiempo, que el fuego, librado a su acción devastadora, cree un peligro cierto y concreto a las personas o a los bienes. Además, que resulta necesario que el fuego se haya comunicado, esto es, que adquiera poder autónomo que escape al contralor de quienes lo encendieron. Ello, por cuanto si el fuego es de escasa magnitud, y puede ser apagado por quien lo inició, no existiría peligro común para los bienes que exige la figura delictiva en cuestión.

Expresa que la fundamentación de la sentenciante, al decir que el hecho quedó en grado de tentativa porque la víctima salió a pedir ayuda y entonces el acusado tuvo que apagar el fuego que había iniciado, es decir, que tuvo que hacerlo por razones ajenas a su voluntad, no se condice con las pruebas, que impiden observar la potencialidad en la combustión como para escapar a la voluntad del agente y generar así un peligro serio y concreto que amenace el bien común. Ello en tanto, la declaración de la denunciante demuestra que el acusado roció nafta sobre un canasto, no vació su contenido, y que afectó un objeto fácilmente removible, lo que le permitió apagarlo antes que llegara su pareja con sus suegros. Agrega que el fuego no habría estado intencionalmente dirigido en forma indeterminada en cuanto a las personas, sino que el acusado sólo habría querido asustarlos o intimidarlos.

En la misma línea, destaca la defensa el informe de bomberos incorporado en autos, donde se concluye que se trató de un principio de incendio intencional, que no alcanzó a desarrollarse porque fue detectado en forma temprana, y sofocado a tiempo. Aunado a ello, aprecia en el mismo sentido la declaración durante el debate prestada por el agente que realizó ese informe, cuando explicó que, por las características del fuego, no generó peligro para los moradores de la vivienda, ya que nunca escapó al control de quien lo inició.

Por ello, estima que los elementos probatorios de valor decisivo obrantes en autos indican que la correcta calificación jurídica del hecho investigado es bajo la figura del delito de daño, previsto y penado por el art.

183 del CP.

Dentro del mismo segmento de vicios sustanciales, el recurrente advierte que se han aplicado erróneamente normas penales en la unificación de condena realizada en la sentencia impugnada.

En este punto, refiere que, del mismo modo en que lo entendió el representante del Ministerio Público Fiscal al formular sus alegatos de clausura, la presente causa debió ser resuelta junto con las demás causas que tenía el acusado al dictarse la primera condena en fecha 15 de marzo de 2019 –causas P-11.873/19 y P-57.313/13–, porque el hecho aquí investigado y juzgado fue cometido con anterioridad a esa primera condenación. De tal modo, la violación a las reglas del concurso determinaba que el caso debiera resolverse como un concurso real de delitos, que se unificaran ambas condenas –y no penas como lo hizo la sentenciante– y que se condenara al acusado a la pena única de tres años de prisión de ejecución condicional, conforme el pedido de penalidad formulado por la acusación pública.

Sostiene que debieron respetarse las reglas del concurso real de delitos, máxime porque, además que verificarse que el presente delito se había cometido antes del dictado de la primera condena, el acusado no tenía otra condena previa, y la pena mínima mayor del delito que aquí nos ocupa era inferior a la condena oportunamente impuesta. Ello, sumado a que las circunstancias agravantes y atenuantes de los hechos por los que resultó previamente condenado el acusado, que permitían la aplicación de una penalidad condicional, como resultó del acuerdo alcanzado para la tramitación y resolución de aquellas causas mediante un juicio abreviado.

Agrega que el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal local marca un límite a la actividad jurisdiccional de imposición de pena, que impide la aplicación de una pena mayor que la solicitada por la acusación en el juicio. Pues cualquier intento por superar esa pretensión, incurre en un ejercicio jurisdiccional *extra o ultra petita*, que vulnera la prohibición de la *reformatio in peius*.

Como agravio formal, la defensa del acusado sostiene que la motivación de la sentencia es notoriamente contradictoria, porque la sentenciante considera que el accionar de Buenanueva Avallay se dirigió contra personas individualmente consideradas, y no como un accionar que afecte bienes y personas indeterminadas, es decir, la seguridad común o bien común. Aunque luego ese razonamiento se contradice con la decisión judicial de encuadrar el caso en el delito de incendio agravado.

En razón de lo expuesto, entiende que la pieza impugnada se encuentra viciada en su motivación, lo que determina su nulidad a los términos del art. 416 inc. 4 del CPP.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista en relación con el recurso interpuesto, el Procurador General considera que la impugnación resulta parcialmente procedente.

Manifiesta que la crítica defensiva referida a la calificación jurídica del hecho no debe ser admitida en esta instancia.

Advierte que todos los elementos típicos que exige para su configuración el delito de incendio agravado han quedado debidamente comprobados en autos.

Por un lado, en cuanto a la indeterminabilidad sobre las cosas y personas afectadas, aprecia que hubo posibilidad cierta de expansibilidad del fuego que dolosamente inició el acusado, dado que podría haber afectado a cualquier miembro de su familia o a las viviendas aledañas si el fuego se salía de control. Ello,

a su criterio, demuestra que hubo peligro para la seguridad común.

Por otro lado, estima que existió peligro real y concreto, que se anuló –y por ello el delito quedó en grado de tentativa– luego que la pareja del acusado huyera del lugar, junto con sus hijos, en busca de ayuda. Considera, por su parte, que la reacción de apagar el fuego que fue adecuadamente interpretada por la sentenciante, en tanto la descartó como un supuesto de desistimiento voluntario.

Niega la existencia del vicio formal de motivación contradictoria alegado por el recurrente, referido a la indeterminabilidad del alcance de la acción dolosa.

En este punto, señala que fue el acusado quien inició el fuego, rociando con nafta sobre ropa que, de por sí, era inflamable. Lo que pudo afectar no sólo a su mujer, sino también a su propio hijo, a su «hija del corazón» –como lo refiere el acusado–, e inclusive, a otras personas ajenas a la vivienda si el foco ígneo se salía de control.

Sin perjuicio de ello, advierte que le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone sobre la aplicación de pena y la unificación practicada.

Sostiene que en el caso se presenta un supuesto de violación a las reglas del concurso real de delitos, puesto que todos los hechos atribuidos debieron ser juzgados simultáneamente. Por ello, no se trata de un caso de unificación de penas sino de condenas.

Refiere que le asistía razón a la acusación pública cuando, adaptando la situación a la violación de las reglas del concurso real, solicitó una pena de tres años de prisión de ejecución condicional. Básicamente, por entender que se trataba la presente causa de un delito de incendio agravado, pero en grado de tentativa, por lo que si se lo hubiera juzgado en forma simultánea con los demás hechos, no se habría apartado de una condena de ejecución condicional.

No obstante ello, la sentenciante condenó por el presente delito a la pena de dos años y seis meses de prisión, y unificó en tres años y seis meses de prisión.

De este modo, y más allá de no considerar la violación de las reglas del concurso real, el tribunal de la instancia previa ha resuelto respecto de la pena en forma *extra y ultra petita* en relación con el monto y la modalidad de pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal interviniente, vulnerando de ese modo los principios de bilateralidad, contradicción, defensa en juicio y de debido proceso. Cita en su respaldo, jurisprudencia de esta Corte.

Por todo ello, estima que debe hacerse lugar a la presentación casatoria articulada, sólo en cuanto a la imposición de pena y unificación se refiere, debiendo anularse la sentencia exclusivamente con relación con la imposición de la pena, correspondiendo la remisión al tribunal subrogante a fin de que proceda a determinarla nuevamente.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de informar oralmente el recurso, la defensa del acusado y el representante del Ministerio Público Fiscal expresaron sus respectivos argumentos, los que han sido digitalmente registrados en el soporte de audio y video correspondiente.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento debo adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, corresponde admitir parcialmente el recurso de casación formulado por la defensa de Manuel Adrian Buenanueva Avallay. Ello, por las razones que a continuación paso a exponer.

5.1.- Dejando de lado momentáneamente la crítica referida a la unificación de pena practicada por el tribunal de la instancia anterior –agravio sobre el cual me pronunciaré detallada y separadamente en su oportunidad, dada su incidencia determinante en la solución al caso que aquí se propicia– se advierte que el recurrente centra sus cuestionamientos en torno a dos líneas argumentales.

En primer lugar, en cuanto a que la resolución judicial presenta una motivación arbitraria y contradictoria, derivada de la errónea valoración de la prueba.

En segundo lugar, que la calificación jurídica bajo la cual el tribunal de la instancia previa decidió condenar a Buenanueva Avallay –incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa– también es errónea y considera que la pertinente era la figura penal de daño.

No obstante ello, con la reserva efectuada anteriormente, cabe mencionar que si bien la defensa aborda de manera separada los vicios que considera sustanciales de aquellos vinculados a la presunta afectación de aspectos formales, a poco de ingresar en su análisis se advierte que ambos podrían fundirse en uno sólo.

Ello en tanto, la pretensión defensiva de calificar la conducta delictiva enrostrada a su representado dentro del tipo de daño depende de verificar un déficit probatorio sobre los presupuestos fácticos requeridos para calificar los hechos de la manera en que lo hace la resolución impugnada.

En consecuencia, advertida esa íntima vinculación entre las razones invocadas en este tramo de la impugnación defensiva, estimo que ambos agravios decantan en un mismo planteo que debe ser resuelto en forma conjunta: ¿Es adecuado el razonamiento judicial de la instancia previa aplicado a la valoración de la prueba para sostener, como válido, que en la presente causa concurren todos los elementos que exige la figura penal en la que fueron calificados los hechos?

Según entiendo, el interrogante debe ser contestado de manera afirmativa. Ello, en la medida en que no se verifican vicios o defectos en el razonamiento referido que ameriten su descalificación como acto procesal válido. Inversamente a lo que hoy propone la defensa del acusado en este tramo de su escrito casatorio, cada una de las premisas utilizadas por la sentenciante para justificar el análisis fáctico y jurídico de los hechos resultan la emergente necesaria de la adecuada ponderación del material probatorio producido y debidamente incorporado a la causa durante el debate. En función de ello, la calificación jurídica de los hechos resulta correcta.

En este orden, no se observan contradicciones ni oposiciones lógicas entre las afirmaciones que se derivan de tales premisas, lo que también refuerza el valor de la conclusión aquí censurada, sobre la concurrencia en el caso de los elementos que requiere la figura penal del incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa.

Esencialmente, que la conducta del acusado representó en los hechos un potencial peligro común sobre bienes y personas indeterminadas, que materialmente no se concretó por la interrupción del curso causal determinada por circunstancias ajenas a la voluntad del causante, que ocurrieron en forma previa a que el foco ígneo fuese sofocado.

Ante todo, debe señalarse que la defensa no discute la materialidad de los hechos que el tribunal de la

instancia anterior consideró acreditada. Con lo cual, no se encuentra resistido ni controvertido que Buenanueva Avallay, en horas de la madrugada, ingresó a la habitación –de aproximadamente tres metros cuadrados de superficie– donde se encontraba pernoctando su pareja junto a dos menores, uno de ellos, de dos años y diez meses de edad –hijo de la pareja– y otro de once años de edad, portando una botella de plástico que contenía nafta.

Acto seguido, roció con ese líquido altamente inflamable partes del dormitorio e inició, con un encendedor, un foco ígneo que provocó la incineración de varias prendas de vestir que se encontraba dentro de un canasto metálico, de la cortina de una ventana y el ahumamiento de esta última.

Frente a este cuadro de situación, la denunciante salió al exterior de la habitación junto con los menores, dirigiéndose a la casa que habitaban sus suegros, ubicada al frente del mismo inmueble, a quienes les solicitó auxilio. Como consecuencia de ese comportamiento de la denunciante, el acusado y su padre sofocaron el incendio.

A esa conclusión subyace un adecuado proceso de valoración probatoria, que encuentra en la declaración de la denunciante y del personal de bomberos que realizó el informe respectivo, dos elementos cargosos determinantes.

En ese orden, María Alejandra Vera fue contundente y coincidente a lo largo de todas sus intervenciones a lo largo del proceso, describiendo de idéntica forma la dinámica que asumieron los hechos investigados (v. al respecto, acta de denuncia de fs. 01/03, acta de ampliación de denuncia de fs. 52/53 vta., fs. 71/ y vta.). Piezas que fueron ofrecidas como prueba por el representante del Ministerio Público Fiscal (v. fs. 134 y vta.) y luego incorporadas al debate como prueba instrumental conforme da cuenta el acta de la audiencia realizada (fs. 171).

Asimismo, como bien puede apreciarse de las constancias audiovisuales respectivas, estas declaraciones han sido ratificadas por la dicente en el marco de la audiencia de debate, oportunidad en la cual, de manera espontánea, pero también a instancia de preguntas de las partes litigantes, expuso detalles relevantes sobre las circunstancias espaciales del hecho, además del comportamiento del acusado, que se corresponden lógicamente y racionalmente con sus declaraciones durante la investigación penal preparatoria (v. registro audiovisual, audiencia del día 20/02/20, a partir de 00:10:09).

En particular, interesa aquí destacar que describió la composición de la habitación siniestrada, particularmente la ubicación de la cama, de la ventana y del canasto con ropa. Esta información resulta determinante para graficar el cuadro de situación en el que se desarrollaron los hechos juzgados, reveladores del nivel de peligrosidad que concretamente representó y generó el comportamiento del acusado respecto de bienes y personas indeterminadas.

Al respecto, la testigo señaló que el extremo posterior de la cama matrimonial lindaba con la ventana y su cortina, existiendo entre ambas una separación aproximada de dos baldosas, y que el canasto con ropa se encontraba en el piso de la abertura.

Precisamente, es esta la zona que roció con nafta el acusado –maniobras que la declarante incluso describió con ademanes–, y donde luego inició, mediante el uso de un encendedor, el foco ígneo que alcanzó a afectar la cortina de la ventana, además de prendas de vestir que ese encontraban dentro del referido canasto y la zona inferior del colchón (v. en particular, min. 00:14:56/00:15:45, min. 00:34:02/00:35:40, y min. 00:37:10/00:37:20). Todo lo cual se desarrolló encontrándose la víctima, junto

con sus hijos menores, en el interior de la habitación siniestrada, y el acusado obstruyendo la puerta de egreso del lugar (00:36:20).

En ese sentido, coincido con la sentenciante cuando aprecia estos extremos como indicadores fácticos de la potencialidad en la combustión, al decir que rociar con nafta un canasto con ropa altamente inflamable, que se encuentra dentro de una habitación pequeña con tres personas durmiendo, dos de ellas menores de edad, crea indiscutiblemente un peligro común que recayó no solamente sobre esas personas, y los bienes que allí se encontraban, sino también, para el resto de los moradores del inmueble (v. fundamentos, min. 00:13:10/00:14:00). Ese fuego, de haberse propagado, hubiese generado un peligro con aptitud para afectar la seguridad pública (v. fundamentos, min. 00:15:04/00:15:50).

Ello verifica, en el caso concreto, la exigencia de indeterminabilidad del incendio, esto es, por la posibilidad cierta de expandibilidad del fuego que dolosamente inició el acusado y, desde allí, la concreta creación de un peligro para la seguridad común.

Por otra parte, en la misma dirección probatoria se inscribe el informe técnico elaborado por el Sargento 1° Eduardo Capdevila, de la Delegación Bomberos Zona Este, cuyo contenido ha sido valorado en la sentencia junto con la declaración posterior durante el juicio.

Conforme se desprende del informe mencionado, el agente señaló que se trató de un *«principio de incendio»* que se produjo sobre el *«costado Oeste de la ventana del dormitorio, sobre ropa varias que se ubicaban sobre un mueble, lugar este donde se observa la mayor cantidad de restos carbonosos y ahumamiento de la ventana»*, que –hipotéticamente– se inició por la *«acción humana [desplegada] con la intención de causar fuego, no pudiendo encontrar el elemento utilizado para la ignición, que fue arrojado sobre las ropas en estado de incandescencia capaz de vencer la resistencia al fuego de los elementos combustionados [...]»*. Para concluir en que *«el presente hecho reviste características de corte intencional»* (fs. 82, incorporado también como prueba instrumental al debate).

Luego de ratificar los términos contenidos en el informe individualizado precedentemente, y ante preguntas de la defensa referidas a la existencia de riesgo de vida como producto del incendio provocado por el acusado, y los daños verificados, el actuante afirmó que si el fuego se hubiera propagado, podría haberse incendiado la habitación en cuestión, aclarando que ello no ocurrió porque el foco ígneo no se desarrolló ya que fue sofocado a tiempo (v. audiencia del día 08/06/22, min. 00:12:53/00:22:00).

Todo este acervo probatorio corrobora las afirmaciones de la sentenciante en cuanto a la magnitud y potencialidad del fuego iniciado por el acusado en la habitación donde pernoctaban su pareja y los dos menores de edad, en tanto surgen de la comprobar un comportamiento con capacidad potencial para generar un peligro de vida común (v. fundamentos, min. 00:15.50).

En función de lo expuesto, considero que no se verifican en el razonamiento jurisdiccional impugnado ningún tipo de irregularidad en el análisis valorativo del material probatorio por parte del tribunal de la instancia previa. Así, el argumento defensivo por el cual se plantean contradicciones entre, por un lado, la prueba producida y, por otro, las conclusiones efectuadas en ese terreno en la sentencia, carece de todo sustento en autos.

Debe decirse, además, que no existe ningún dato que surja del plexo valorado que desacredite, como conclusión razonada de los hechos, que el foco ígneo iniciado por el acusado en la habitación en la que se encontraban su pareja y dos menores de edad, fue potencialmente peligroso para bienes y personas

indeterminadas, y que no alcanzó a propagarse –ni, por ende, a consumarse en términos de perfeccionamiento típico– por causas ajenas a la voluntad del causante.

En efecto, como adecuadamente explica la sentenciante en los fundamentos del fallo, la interrupción del curso causal de los acontecimientos se originó en la conducta desarrollada por las propias víctimas de autos, esto es, por la reacción asumida por la propia denunciante y sus hijos quienes, ante el peligro real y concreto sobre su vida, lograron retirarse del lugar siniestrado en procura de ayuda. Fue precisamente ésta circunstancia posterior al inicio del incendio, que se aprecia como absolutamente ajena a la voluntad delictiva del acusado, la que determinó que el incendio fuera sofocado, resultando indistinto en términos de calificación típica, que ello haya obedecido a la conducta de Buenanueva Avallay junto a su padre – fallecido a la fecha del debate– (v. fundamentos, min. 00:08:03/00:08:40).

Por todo ello, y sobre la base de los hechos acreditados a partir de la valoración del plexo probatorio incorporado al debate, entiendo que la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta en la sentencia, se encuentra debidamente encuadrada bajo el delito de incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa (arts. 186 inc. 4 y 42 del CP.). Ello, en tanto el foco ígneo iniciado dolosamente por el acusado Buenanueva Avallay tuvo la potencialidad concreta de expansión, y la consecuente creación de un peligro para personas y/o para bienes indeterminados, que no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del causante.

5.2.- Ahora bien, superados los cuestionamientos defensivos referidos con la motivación del acto sentencial en cuanto a la calificación legal de los hechos que han constituido el objeto del presente proceso, corresponde ahora tratar el agravio casatorio mediante el cual se discute la unificación de pena practicada en la sentencia.

En este tramo del recurso, la defensa sostiene que el tribunal de la instancia anterior incurrió en una errónea aplicación del derecho penal sustantivo, que lo condujo a desconocer que en el presente caso se verifica un supuesto de violación a las reglas del concurso real de delitos, en los términos del art. 55 del CP, y, desde allí, unificar incorrectamente condenas –y no penas–, aplicando al acusado un monto de pena que, cualitativa y cuantitativamente, resulta más gravoso que el que fuera solicitado por el Ministerio Público Fiscal al formular sus alegatos de clausura del debate oral.

Como bien lo adelantara al comienzo del presente acápite, considero que le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone. Veamos.

En primer lugar, cabe señalar que el representante del Ministerio Público Fiscal, al tiempo de formular sus alegatos de clausura del debate oral, luego de evaluar las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, solicitó que Buenanueva Avallay fuese condenado por los hechos aquí investigados a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional.

Asimismo, solicitó que esa penalidad se integre con la pena impuesta mediante Sentencia N° 911 emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de la causa n° P-11.873/19, que condenó al acusado a la pena de tres años de prisión, también de cumplimiento condicional, unificándose ambos pronunciamientos en la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional.

Para ello, señaló que se habían violado las reglas del concurso real de delitos a favor del acusado, porque los hechos que conforman el objeto del presente caso, ocurridos durante el mes de julio del año 2017,

debieron ser juzgados en aquella oportunidad. Además, refirió que el acusado debía ser considerado como autor primario, y porque además el delito de incendio quedó en grado de tentativa. (v. audiencia del día 18/06/20, segunda parte, min. 00:24:40/00:30.12).

Este tramo de los alegatos de la acusación fue compartido por la defensa del acusado, quien subsidiariamente petitionó al tribunal que, en caso de considerar acreditados los extremos típicos del delito de incendio agravado en grado de tentativa, y a los fines de no violar las reglas del concurso, impusiera a su representado el mismo monto de pena solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, esto es, a la pena única de tres años de prisión de ejecución condicional.

Por su parte, la defensa subsidiariamente a su planteo de solicitó que, para el caso en que el tribunal considerara reunidos los elementos típicos de la figura del incendio en grado de tentativa, se condenara a su representado al mismo monto de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal, para no violar las reglas del concurso, la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

En segundo lugar, y conforme se desprende de la sentencia impugnada, la sentenciante resolvió: «I).- *CONDENAR a Manuel Adrián Buenanueva Avallay, ya filiado, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, demás accesorias legales y pago de costas, como autor penalmente responsable del delito de INCENDIO AGRAVADO POR EL PELIGRO DE MUERTE PARA ALGUNA PERSONA EN GRADO DE TENTATIVA - Causa N° p-60.937/17 [...].* II).- *UNIFICAR la presente con la Sentencia N° 910 de fecha 15 de marzo de 2019, dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, sin alterar los hechos allí contenidos, REVOCANDO la CONDICIONALIDAD en ella dispuesta y, en consecuencia, CONDENAR a Manuel Adrián Buenanueva Avallay, ya filiado, a la pena única de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, pago de costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable de los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE CALIFICADO POR EL APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON LA VÍCTIMA -causa P-57.313/13-, INCENDIO AGRAVADO POR EL PELIGRO DE MUERTE PARA ALGUNA PERSONA EN GRADO DE TENTATIVA -causa P-60.937/17-, LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA PREEXISTENTE Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO -causa n° 11.873/19- TODOS LOS HECHOS EN CONCURSO REAL [...]. Quedan, de tal manera, unificadas la presente sentencia con la Sentencia N° 910, de fecha 15 de marzo de 2019, dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial (art. 58 del Código Penal)».*

Para así decidir, consideró que «*como indicó el Ministerio Público Fiscal al momento de formular sus alegatos, esta causa, estos hechos, han sido anteriores a los hechos por los cuales el Sr. Buenanueva fue juzgado en la sentencia 911. En realidad, técnicamente es respecto de uno de los hechos por los cuales fue juzgado en la sentencia 911. Porque en la sentencia [causa] 57.313, que es la causa por la cual se lo condena a Buenanueva por el delito de abuso sexual, esta causa es anterior a la del incendio. Es decir, la sentencia 911 produce el juzgamiento respecto de dos causas, un hecho anterior al incendio, y un hecho posterior. El hecho anterior es de la causa 57.313 por abuso sexual simple agravado por el vínculo. Y un hecho posterior, del año 2019, en la sentencia [causa] 11.873/19. Por esas dos causas, el Dr. Arnal condenó al imputado a la pena de tres años. Yo voy a proceder a unificar estas dos causas, con la causa anterior, y voy a aplicar una pena única de tres años y seis meses de prisión al imputado*» (v. fundamentos, min. 00:23:30/00:24:50).

De lo reseñado. emerge con claridad el vicio denunciado puesto que –efectivamente– al procederse a la unificación, la jueza de la instancia previa ha incurrido en vicios al proceder a la unificación impugnada.

Concretamente, por la inobservancia de la existencia de un caso de violación a las reglas del concurso material de delitos, y por la aplicación al acusado de una penalidad que supera los límites de lo peticionado por la parte acusadora. Todo lo cual, como se verá, ha vulnerado garantías del acusado, y fulmina de nulidad lo así resuelto. Veamos.

Por un lado, liminarmente se observa que le asiste razón a la defensa cuando señala que las constancias de la causa determinan que se trata de un caso de unificación de condenas por violación a las reglas del concurso de delitos. Ello, por cuanto el hecho por el cual ha sido condenado en los presentes autos Buenanueva Avallay se produjo en fecha 21 de julio del año 2.017, es decir, antes que se dictara la Sentencia N° 911, pronunciada en fecha 15 de marzo del año 2.019 por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, y mediante la cual condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión bajo la modalidad de ejecución condicional.

En este sentido, conviene recordar que, como lo he analizado con anterioridad a esta oportunidad, los distintos hechos delictivos debieron ser juzgados en un único juicio en el cual se debió fijar y aplicar una única penalidad. Frente a esta hipótesis procesal, la unificación de condenas produce que la desaparición de la primera condena –junto con sus efectos–, considerándose la sentencia unificadora como única (ver en lo pertinente, «**Vega Ríos**»).

Precisamente ese fue el temperamento que adoptó el representante del Ministerio Público Fiscal al concretar su pretensión punitiva, oportunidad en la que consideró que el acusado, por el delito de incendio agravado en grado de tentativa, debía ser condenado a la pena de tres años de prisión bajo la modalidad de cumplimiento condicional.

Así, en cuanto al monto, brindó los motivos que lo determinaban a apartarse del mínimo legal, mientras que, en lo que tiene que ver con la modalidad de ejecución –condicional–, estimó que si bien Buenanueva Avallay registraba una condena previa, se trataría de un caso de violación de las reglas del concurso de delitos. Con lo cual, ésta sería su primera condena a pena privativa de libertad por la cual, si todos los hechos se hubieran juzgado en forma simultánea, no se habría apartado de una condena condicional.

Pero éste no es el único vicio que adolece el resolutivo cuestionado. En efecto, además de no haber observado la violación a las reglas del concurso real de delitos, comparto con el Procurador General cuando advierte que se verifica un caso de sentencia *extra petita*.

Al respecto, tiene dicho esta Sala que *«la petición de pena en el caso concreto forma parte de la acusación, entendida esta como etapa fundamental del debido proceso penal, de manera que la completa correspondencia que demanda el principio de congruencia entre la sentencia y las circunstancias tenidas en cuenta por el órgano acusador también recae sobre el requerimiento punitivo. A ello debe sumarse la circunstancia de que cualquier pena que exceda el pedido de la acusación coloca al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, de manera que se vulnera también la prohibición de la reformatio in pejus»* (ver en lo pertinente, «**Torres Surget**»).

Asimismo, se ha referido que *«una sentencia condenatoria que imponga al condenado una pena superior a la que fuera pretendida por el órgano acusador, configura una situación de indefensión para el sometido a proceso, que viola sus derechos constitucionales; situación que no puede ser tolerada dentro del marco de un sistema acusatorio de corte adversarial como el que rige nuestro proceso penal local»* (ver en lo pertinente, «**Riquelme Valdés**»).

Ahora bien, conforme con la postura citada, entiendo que la sentencia condenatoria emitida por el tribunal de la instancia anterior ha vulnerado el derecho de defensa en juicio del acusado Manuel Adrián Buenanueva Avallay. Ello ocurrió en dos planos.

Primero, porque si bien se lo condena en la presente causa a una penalidad inferior a la que fuera solicitada por la acusación, lo cierto es que al hacerlo modificó infundadamente la modalidad de ejecución solicitada, imponiendo una pena cuantitativamente menor, aunque cualitativamente más gravosa. Recordemos en este punto que la fiscalía solicitó que se lo condene a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional por el delito cometido, y la sentencia le impuso la pena de dos años y seis meses de prisión en efectivo (pto. I de la sentencia atacada).

En este sentido, se ha sostenido que *«la individualización de la pena y, por consiguiente, la unificación de ellas debe estar suficientemente motivada, es decir, que el Tribunal exponga claramente y de modo suficiente las circunstancias y motivos que lo condujeron a imponer la sanción en una medida determinada. Esto es absolutamente imprescindible, ya que, de lo contrario, sería imposible saber en qué medida el juez observó el Derecho y ponderó adecuadamente las circunstancias del caso para guiar de modo correcto su decisión. Como se advierte, la fundamentación constituye entonces un presupuesto del control y de la tutela judicial efectiva»* (ver, en lo pertinente, **«Dávila Maldonado»**).

El segundo de estos planos se concreta en la determinación y posterior imposición de una pena unificada, cuyo monto excedió el límite establecido en la acusación. Aquí se observa que mientras el representante del Ministerio Público Fiscal requirió una pena única de prisión de tres años de cumplimiento condicional, el tribunal de la instancia previa decidió revocar la condicionalidad de una pena anterior –como si se tratara de un supuesto de unificación de penas–, y unificó ambas sanciones en la pena única de tres años y seis meses de prisión.

Tal error conduce, sin duda, a la anulación de lo resuelto en relación con este aspecto analizado, al vulnerarse garantías de raigambre constitucional vinculadas con el debido proceso legal y la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

Por las razones expuestas precedentemente, considero que corresponde responder de manera parcialmente afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 179/191 por la defensa del acusado Manuel Adrián Buenanueva Avallay y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 1972, sólo respecto de determinación judicial de la pena por el delito juzgado en los presentes obrados (resolutivo I), así como de la unificación practicada (resolutivo II), y la parte respectiva de los fundamentos de la misma.

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al tribunal para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6.730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento

previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena aplicable para el delito juzgado en las presentes actuaciones, así como también, la que resulte de la unificación de esa condena con la impuesta mediante Sentencia N° 911 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en la causa n° P-57.313/13 y su acumulada n° P-11.873/19.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 179/191 por la defensa del acusado Manuel Adrián Buenanueva Avallay
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal para que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable al acusado. En tal sentido, resultando en este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones–, corresponde en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena aplicable para el delito juzgado en las presentes actuaciones, así como también, la que resulte de la unificación de esa condena con la impuesta mediante Sentencia N° 911 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en la causa n° P-57.313/13 y su acumulada n° P-11.873/19.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva federal del caso.

Regístrese. Notifíquese. Dr. Valerio. Dr. Adaro. Dr. Palermo no suscribe por encontrarse de licencia.

5- AMORES PROSPITTI. 04-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230504_FcAPA.pdf

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2, 1º párrafo del CP. Art. 216, 217 del CPP.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Competencia. Buena fe procesal. Lógica adversarial.

Summa:

El **TPC** condenó a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4704, pronunciada por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- González Sosa.
- Almonte. 29-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf

b-CIDH

Parágrafos destacados.

En este sentido, he sostenido que «[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia (ver «Cruz Caporiccio» y más recientemente «González Sosa»).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio. (Disidencia)

Fallo:

CUIJ: 13-05740801-9/1((038501-94151)) F.C/ AMORES PROSPITTI ALBERTO DOMINGO
P/TENENCIA ILEGAL DE ARMA (94151/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN
105925922

En Mendoza, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-05740801-9/1**, caratulada **“F. c/ AMORES PROSPITTI S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. MARIO D. ADARO**; segundo, **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

Alberto Domingo Amores Prospitti en ejercicio de su propia defensa interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.704, y sus fundamentos, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2, primer párrafo del CP) en los autos P-94151/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- La resolución recurrida

El juez de la instancia previa tuvo por acreditado que «el día 15 de noviembre de 2018, siendo aproximadamente las 17.10 hs., personal de la Unidad Investigativa Rivadavia-Junín, practica un allanamiento dispuesto por el Magistrado en turno del Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, en el marco del Expte. N° P-89.069/18 en el domicilio de Alberto Domingo Amores Prospitti, sito en Av. España 131 de la Ciudad de Rivadavia y halló en el interior de la vivienda un arma de fuego tipo pistola calibre .22, marca Tala con una munición calibre .22 en boca S' S' y tres más en el cargador colocado, para cuya tenencia Alberto Domingo Amores Prospitti no se encontraba legalmente autorizado».

Para decidir en tal sentido, el magistrado sentenciante valoró las declaraciones brindadas por Oscar Germán Alcano y Cintia Pamela Ripari, el informe de RENAR/ANMAC y el acta de secuestro del arma de fuego, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

Por su parte, el hecho, tal como se anticipó, fue calificado como tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, 2° inc., 1° párr. del CP).

II.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El acusado, ejerciendo su defensa, considera que, en función del art. 474, inc. 1 CPP, la resolución referida padece vicios que ameritan se case la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento.

En primer término, sostiene que el juez de la instancia previa subsumió los hechos en una figura penal, pero se trataría de una contravención. Ello en tanto, quedó demostrado que el arma ingresó al domicilio donde fue encontrada con anterioridad al 4 de mayo del año 2004 cuando entró en vigencia la ley 25.886. Previa a la sanción de esta ley la tenencia de armas se encontraba regida por el art. 42 bis de la ley 20.429 y era considerada una contravención.

En segundo término, pone de relieve que el arma de fuego era un obsequio y se había olvidado que ella estaba guardada en el cajón.

III.- El dictamen del señor Procurador General

Después de analizar los agravios expuestos por la defensa, el Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa. Ello, en tanto se encuentra suficientemente probada la materialidad del hecho y la autoría del acusado.

A su vez, considera válida la calificación legal dada a los hechos y descarta que el desconocimiento invocado pueda tener alguna relevancia en la solución del caso. Ello, en tanto el arma era apta para el disparo y se encontraba cargada con proyectiles.

Finalmente, sostiene que cada una de las alegaciones defensivas fueron debidamente respondidas por el tribunal de juicio, tal cual se desprende de las constancias audiovisuales.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por el acusado en ejercicio de su propia defensa debe ser rechazado. Paso a explicarlo.

La defensa traza una estrategia argumentativa doble que, por un lado, postula la prescripción de la acción penal por tratarse de un hecho que sería previo a la reforma de ley 25.886 del año 2004, cuando el comportamiento era considerado una contravención y no un delito penal. Por otro lado, el acusado sostiene que el arma de fuego era un obsequio, que se había olvidado de ella y que no tenía intención de utilizarla.

De manera preliminar, debe decirse que ambos planteamientos fueron contestados por el juez de la instancia anterior al momento de formular los fundamentos de la sentencia.

Respecto del primero de ellos, el juez de la instancia previa puso de relieve que el análisis de los cambios legislativos en relación con el carácter del ilícito –en tanto delito o contravención– devenía irrelevantes si se tiene en cuenta que la tenencia de armas es un comportamiento peligroso que se extendió en el tiempo con posterioridad al momento de la reforma del año 2004 (ver, al respecto, fundamentos del 6 de mayo de 2021).

Al razonamiento del tribunal de juicio subyace una idea que ya es conocida por la doctrina y, según entiendo, permite contestar en concreto el agravio defensivo. Me refiero a que en los delitos de peligro el contenido de injusto reside en la probabilidad de producir un daño. En el delito de tenencia ilegítima de

armas de fuego, la acción típica comienza con la tenencia del arma y finaliza cuando esta cesa, de tal manera que es permanente mientras dura aquella situación.

En el caso analizado, el peligro referido se verificó en el momento en que se produjo el allanamiento, tal cual se constató por el personal policial interviniente, quien comprobó que se encontraba en un cajón del escritorio al alcance de cualquier persona y con proyectiles en el cargador (véase acta de allanamiento en formato digital).

En cuanto a la validez del allanamiento, que no ha sido puesta en tela de juicio por la defensa, corresponde su abordaje en atención a las consideraciones expuestas por mis colegas de Sala en la audiencia de deliberación. En este sentido, comparto el criterio del doctor Omar Palermo, que volcará en el voto que me sucede, al cual adhiero.

En virtud de lo anterior, estimo que la versión del acusado según la cual el arma haya fue un obsequio recibido en el año 1999 cuando la tenencia ilegítima de armas de uso civil era considerada una contravención, en nada afecta el hecho de que con posterioridad al año 2004 el acusado continuó generando un estado de peligro imputable (conforme lo manifestado en el recurso de casación). De tal manera, este primer agravio expuesto por la defensa no puede prosperar.

Dicho esto, corresponde abordar, el argumento de la defensa vinculado a que el arma hallada se trataba de un objeto olvidado. Bien, esta alegación del propio acusado no alcanza para afirmar que puede haber existido un error en la tenencia del arma de fuego que permitiese excluir el dolo que exige la figura penal imputada.

Esto es así, habida cuenta del lugar en que fue encontrada el arma de fuego –dentro de un cajón en el escritorio de una de las habitaciones–, que era apta para el disparo y que, además, se encontraba con proyectiles en el cargador. A ello, debe sumarse que el acusado no se encontraba autorizado, como legítimo usuario, para la tenencia del arma en cuestión.

De tal manera, la experiencia común torna irracional la hipótesis defensiva del acusado según la cual podía ignorar u olvidar la existencia la pistola secuestrada cuando se encontraba en un lugar de fácil acceso.

En suma, no se advierte arbitrariedad alguna en la valoración por parte del juez de la instancia previa respecto de la valoración de la prueba obrante en la causa respecto de la materialidad del hecho y de la autoría del acusado, como tampoco de la aplicación del tipo penal atribuido al caso analizado.

En otro orden, no puedo dejar de señalar que de la compulsa de los presentes autos como del expediente N° 89.069/18, advierto que los operadores del derecho no tuvieron la necesaria perspectiva de género en el tratamiento de las causas.

En efecto, y en lo pertinente a las presentes actuaciones, debo destacar que el acusado en razón de su profesión de abogado ejerció su propia defensa y, como consecuencia de ello, interrogó en el debate a C.R. en su calidad de testigo.

No obstante el derecho que le asistió al acusado de ejercer su propia autodefensa, el juez de la instancia previa y el fiscal debieron considerar al momento de admitir el ejercicio de este derecho, el grado de vulnerabilidad en que se encontraba la testigo en razón, principalmente, de los antecedentes de violencia por razones de género que se desprenden de las actuaciones en sede de familia.

En este sentido, no debe soslayarse que el Tercer Juzgado de Familia de Rivadavia en virtud de la presentación realizada por C.R., ordenó la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento respecto del

acusado (autos N°10.084). En esa oportunidad, C.R. manifestó que sufrió distintos tipos de violencia por parte de Amores Prospitti durante toda la relación de pareja.

De este modo, entiendo que al permitirse que el propio acusado interrogara a C.R. implicó el desconocimiento de la desigualdad de poder existente entre el acusado –que ejercía su propia defensa- y C.R., quien fue examinada en el debate por Amores Prospitti sobre aspectos de su propia personalidad y de las costumbres y hábitos que C.R. había podido observar durante la convivencia con el acusado (ver registros audiovisuales, día 6/05/21, a partir del minuto 6:02). Ello, -según advierto- más allá de poner en duda lo expresado por la testigo en ese marco, la colocó en una situación de revictimización, lo que también puede considerarse como una situación de violencia institucional.

Asimismo, y vinculado a los autos N° 89.069/18 antes referidos, cabe señalar que como consecuencia de los hechos de violencia denunciados por C.R, el Juzgado de familia remitió compulsas penales a fin de que el Ministerio Público Fiscal investigue la posible comisión de algún delito por parte de Amores Prospitti.

Luego de avocarse el fiscal a la investigación del delito de lesiones leves dolosas contra el acusado Amores Prospitti, se citó a la víctima C.R., quien, si bien no negó los hechos denunciados en tal oportunidad, manifestó su voluntad de no proseguir con la causa en contra de Amores Prospitti, alegando que había restablecido el vínculo con el acusado.

De este modo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenó el archivo de la causa por considerar que no existía delito alguno por investigar (ver fs. 28, expediente N° 89.069/18).

En este punto, debo señalar dos observaciones a la actuación del fiscal. En primer orden, el archivo –sin más- de la causa ante el desistimiento de la víctima de instar la acción penal por el delito de amenazas simples o amenazas coactivas en contexto de violencia de género, sin considerar los antecedentes de violencia, su carácter cíclico y la posibilidad de que estas circunstancias le impidieran a C.R. tomar decisiones de manera autónoma.

En este sentido, he sostenido que *«[e]n un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia (ver «Cruz Caporiccio» y más recientemente «González Sosa»).*

En otros términos, resulta necesario para la defensa de los derechos de las mujeres inmersas en una situación de violencia por razones de género, que los distintos operadores del derecho conozcan las implicancias del ciclo de violencia, es decir, las consecuencias de las relaciones asimétricas de poder propias de los contextos de violencia de género.

Asimismo, y como he señalado en **«González Sosa»**, *«[n]o debe tampoco soslayarse la posición de desventaja procesal para el ejercicio real de sus derechos humanos, en que pueden estar posicionadas mujeres denunciadoras de hechos de violencias de pareja encuadrables en delitos penales, que prestan declaración sin el patrocinio letrado de profesionales del derecho especializados/as en perspectiva de género [...]. Estas circunstancias influyen en el ánimo, las emociones y el recuerdo de detalles de mujeres denunciadoras al momento de recordar y poder explicar los hechos de violencias, sobre todo cuando*

tienen hijos e hijas de corta edad y en común con el acusado que ha sido privado de libertad».

En este sentido, cabe recordar que la obligación de proporcionar patrocinio letrado gratuito a mujeres denunciadas por hechos de violencia por razones de género que encuadran en ilícito penales –como en el presente caso- no solo surge de los estándares internacionales en materia de género –en particular del *derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación y tutela judicial efectiva*- sino también en los arts. 3 inciso g), **10.2.c y 25 de la ley 26.485; art. 30 de la ley 8.008; art. 4 y c.c. de la ley 8.653. Así -por ejemplo- el art. 10.2.c del Dec. Regl.1011/2010** dispone: *«Los servicios integrales especializados en violencia de género en el primer nivel de atención, deberán estar constituidos por profesionales con experiencia en el tema y sus actividades deberán ser llevadas a cabo en forma coordinada conforme los estándares internacionales y regionales en materia de prevención y asistencia integral de las mujeres víctimas»*, y el art. 30 último párrafo de la ley 8.008 establece que los/las abogados/as oficiales de la Oficina del Querrelante Particular patrocinarán a las personas víctimas en delitos por violencia de género.

En definitiva, entiendo que el Ministerio Público Fiscal debió considerar los aspectos señalados a efectos de valorar la existencia de un interés jurídico del Estado en la prosecución de este clase de hechos que habilite la excepción prevista en el **art. 72 segundo párrafo, inc. b del CP**.

En segundo orden, también cabe destacar que en sede del juzgado de familia C.R. manifestó que durante la convivencia sufrió todo tipo de violencia (cachetadas, golpes de puño, privación de la libertad, amenazas, humillaciones y gritos), y aclaró que después de la ruptura de la pareja el acusado continuó *«agrediéndola mediante gritos, insultos y amenazas, y que ella nunca radicó la denuncia debido a que el mismo la amenazaba en reiteradas oportunidades»* (ver fs. 2 y vta. del expediente 89.069/18).

Sin embargo, el fiscal -más allá de proceder de manera inmediata al archivo de la causa por el delito de lesiones leves dolosas-, no se avocó a la investigación de la posible comisión del delito de amenazas simples o amenazas coactivas en contexto de violencia de género, omitiendo de este modo cumplir con el compromiso convencional de prevenir, investigar y sancionar hechos de violencia contra la mujer por razones de género.

Conforme a ello, estimo que el representante del Ministerio Público Fiscal debió considerar el marco normativo que define nuevas políticas criminales para este sector vulnerable de la población, al establecer la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer.

En esta misma línea, art. 7° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de *Belém do Pará*, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la **Ley N° 24.632/96**, en su artículo 7, estipula en tal sentido que los Estados Partes convienen en que deben: *«b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», «d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad», y «f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos».*

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa

inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa en el art. 2 que: «*Los Estados Partes ...se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*».

En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (**CEDAW**), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] *i- La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas [...]*» (Recomendación general nº 35).

En definitiva, entiendo que el acceso a justicia con perspectiva de género, implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado.

Por lo tanto, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Si bien adhiero al voto que antecede, tanto en su conclusión como en los argumentos que la preceden, me interesa realizar unas breves consideraciones adicionales en relación con el caso bajo análisis.

En particular, y en línea con lo dicho en «**Almonte Sánchez**», considero que en casos como el presente debe primar la preservación de las garantías constitucionales tanto de la población como de la persona sometida a proceso, tarea que, en el marco del sistema adversarial, corresponde al órgano acusador y a los órganos jurisdiccionales encargados del control de su accionar.

Una de las cuestiones a elucidar en el marco del trámite de la causa, que si bien no ha sido objeto de cuestionamiento por parte de la defensa, debe ser abordada en razón del sentido de las posturas sostenidas al momento de deliberar sobre la procedencia del recurso interpuesto, tiene que ver con la validez de la actividad procesal que condujo al hallazgo del arma de fuego en el domicilio de Amores Prospitti.

Respecto de la orden de allanamiento adelantado que la considero válida y suficientemente fundada en las constancias de la causa y en la letra de la ley. En consecuencia, también considero sujetas a derecho las derivaciones del hallazgo que condujeron a la condena que en esta instancia se condena.

Es que no debe perderse de vista que el Derecho penal no es un ordenamiento jurídico estanco que avanza al margen de las circunstancias que lo rodean, en este caso, la causa de exclusión del hogar y prohibición de acercamiento iniciada contra el acusado en el Tercer Juzgado de Familia de la Ciudad de Rivadavia (autos N° 10.084/18). Allí C.R. denunció que era víctima de violencia de género haciendo referencia a diversos actos de violencia física y psíquica. Fue en el marco de esta denuncia que se dejó constancia de que la denunciante manifestó que Amores Prospitti tenía un revolver y una escopeta. Cabe decir que la

suegra del acusado declaró en el mismo sentido, en relación con la existencia de un arma de fuego que el acusado habría utilizado para amenazar a su marido.

Estas circunstancias justificaron la solicitud del Tercer Juzgado de Familia de la Ciudad de Rivadavia al Ministerio Público Fiscal para que investigase si Amores Prospitti había cometido algún delito, lo que originó la causa P-89.069/18 caratulada «*F. en Av. Lesiones Leves Dolosas*», en la cual, entre otras medidas, se dictó la orden de allanamiento que permitió el hallazgo del arma.

Esta orden fue debidamente fundada pues, si bien es cierto que al momento de ser citada declarar en sede penal, la denunciante parece arrepentirse –en tanto expresó que no recordaba la existencia del arma y haberse olvidado de algunos tramos del hecho– esta actitud bien podría deberse al ciclo de violencia de género que padecen las víctimas de esta clase de hostigamientos. Es por ello que el órgano acusador estuvo en lo correcto al momento de priorizar las manifestaciones de la denunciante –y su madre– al de declarar en la Justicia de Familia.

Pero volvamos a la orden de allanamiento; esta contiene tanto los hechos denunciados por C.R. –en los que refirió ser víctima de cachetadas, golpes de puño, privación de libertad y amenazas, entre otros– como los hechos denunciados por la madre de C.R. en relación con una amenaza con arma para con su marido. En este marco, el agente fiscal ordenó secuestrar todo tipo de arma de fuego. Esta medida fue autorizada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 y la orden fue librada, el arma de fuego hallada, secuestrada y, habida cuenta de ello, iniciada la causa P-94.151/18 en función de la cual ha sido condenado Amores Prospitti.

Esta actividad jurisdiccional es válida, pues se ha cumplido con lo prescripto por los arts. 216, 217 y 331 del CPP. Pero, además de ello, como bien expone mi colega preopinante, porque no puede interpretarse la labor del órgano acusador y los órganos jurisdiccionales al margen de los estándares internacionales en materia de género y, en especial, la ley 26.485 de protección integral para preservar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Allí se establecen diversas medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

El allanamiento en cuestión responde a aquellos fines, pues su objeto –el secuestro del arma de fuego– hizo posible *hacia atrás* avanzar sobre el hecho denunciado por C.R. y su madre y, *hacia adelante*, evitar posibles nuevos episodios de violencia. En suma, en el presente caso, no solo se ha cumplido con la letra de la ley, sino que, además se lo ha hecho de acuerdo con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y, a su vez, se ha explicitado el fundamento material de la medida, deviniendo racional y proporcional de acuerdo con las circunstancias en las que se dictó.

Con base en lo anterior, y en línea con mi colega preopinante, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación incoado y confirmar la sentencia condenatoria.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO EN DISIDENCIA DIJO:

Después de analizar las constancias obrantes en la causa y las circunstancias en las que fuera realizado el allanamiento en el que se secuestró el arma de fuego, considero que corresponde declarar la nulidad de la medida probatoria realizada durante la investigación penal preparatoria y, en consecuencia, de todos los actos procesales consecutivos que de ella dependan. Me explico.

a.- Consideraciones preliminares sobre los alcances de la competencia revisora del Tribunal en función de casación

Me parece importante recordar que la competencia de este Tribunal en materia de revisión casatoria resulta limitada, en principio, por los agravios expresados por el recurrente al canalizar su voluntad recursiva.

Esto por cuanto, salvo cuando se trate de supuestos donde se aprecien en esta instancia extraordinaria violaciones a garantías constitucionales, lo cierto es que, en función de la **lógica adversarial** que caracteriza nuestro modelo de enjuiciamiento penal local, no es posible que este cuerpo prescinda y no brinde una acabada respuesta a todos y cada uno de los reales y efectivos motivos de impugnación que han sido invocados por aquella parte que se considera agraviada por la decisión adoptada.

En ese sentido, constituye un deber del impugnante interponer ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada el escrito recursivo correspondiente, en el cual deberá indicar, separadamente, cada uno de los motivos que sustentan su pretensión impugnativa, con indicación expresa de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, así como la aplicación que se pretende (art. 480 del CPP).

De tal modo, siendo éstos los únicos cuestionamientos que habilitan y limitan la etapa extraordinaria de revisión -dado que es el acto de interposición del recurso la única instancia en la que resulta posible indicar agravios casatorios- y, por ende, los que deben contar con una razonada respuesta de parte de quienes tenemos, dentro de esos límites materiales de competencia, la facultad y el deber legal de resolver en el caso concreto, no constituye labor de este Cuerpo superar esos márgenes de la impugnación. Sea supliendo errores u omisiones, sea mejorando los recursos presentados en forma deficiente, sea, en definitiva, sometiendo a consideración y resolución aspectos de la decisión recurrida que no han sido materia de impugnación por la parte que ostenta el legítimo interés en su revisión (art. 449 del CPP). La naturaleza excepcional y restrictiva de esta instancia extraordinaria es la que impide –salvo supuestos excepcionales- una actuación *extra petita* por parte del Tribunal revisor (ver, en lo pertinente, mi voto en la causa **«Jofré»**, con cita extraída del **precedente «Acuña»**).

Ahora bien, formulada esa aclaración preliminar, debo también recordar que, frente a esa regla, que en principio acota la competencia del tribunal de alzada a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios (art. 462 CPP), existe una excepción, que habilita la posibilidad que se pueda examinar una resolución que es materia de impugnación extraordinaria, respecto de un agravio que no se planteó o, en su caso, sobre el cual se denegó su recurso.

Esa situación ocurre cuando se detectan nulidades en los actos del proceso que implican violación de normas constitucionales estrictamente vinculadas con el debido proceso legal, lo que nos sumerge en el ámbito de las nulidades absolutas mencionadas en el art. 198, incisos 1 a 3 del Código Procesal Penal, o cuando así se establezcan expresamente, conforme lo previsto en el art. 199 inciso 3 del mismo cuerpo normativo. Pues en esos casos nos encontramos frente a actividad procesal que se realizó inobservando garantías constitucionales que impactan sobre los más elementales principios y derechos que hacen al debido proceso legal. Ello determina que, por la trascendencia del vicio invalidante, aun cuando se trate de nulidades que no fueron invocadas por la parte afectada, el Tribunal revisor *deba* declararlas de oficio, lo que puede hacer en cualquier estado y grado de proceso (art. 199 último párrafo del Código Procesal Penal) (ver, en lo pertinente, «Almonte Sánchez»).

Entiendo que esta es la situación que se presenta en autos, donde el acto procesal que dio origen al proceso que culminó con el dictado de la sentencia condenatoria cuestionada por la defensa del acusado, se realizó incumpliendo las exigencias que expresamente la ley procesal ha previsto como condición de validez y eficacia jurídica. Me estoy refiriendo, concretamente, al allanamiento realizado en el domicilio de Amores Prospitti, donde se produjo el hallazgo del arma de fuego para cuya tenencia no se encontraba autorizado -elemento objetivo base de la imputación delictiva-.

Como es sabido, el derecho a la intimidad de las personas es una garantía constitucional contemplada en los arts. 18 y 19 CN, de la que se derivan, a su vez, una multiplicidad de derechos individuales, entre los que se encuentra la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CN). Por su parte, la Constitución de Mendoza también protege el domicilio al disponer que «[e]l domicilio es inviolable y sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de juez competente o de autoridad sanitaria o municipal por razón de salubridad pública. La ley determinará los casos y forma de practicarse el allanamiento. La orden deberá ser motivada y determinada, haciéndose responsable en caso contrario, tanto al que la expida, como al que la ejecute» (art. 14).

Esta garantía constitucional se encuentra limitada cuando «*resulta necesario en el curso de la investigación o del juicio, ingresar a determinado lugar a los fines de obtener algún elemento de prueba, constatar y registrar rastros del delito, para proceder a la detención del imputado o realizar alguna inspección judicial, etc.*» (Jauchen, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 79). Su regulación específica se encuentra en cada uno de los códigos procesales provinciales. Sobre ello volveré en el apartado c del presente voto.

De tal manera, y como síntesis de lo dicho, advertida la violación de una garantía fundamental del acusado, corresponde ingresar en el análisis de la cuestión y declarar la nulidad absoluta respectiva.

b.- Antecedentes relevantes de la presente causa

Conforme se desprende de la compulsa correspondiente, en el marco de una causa por exclusión del hogar y prohibición de acercamiento iniciada contra el acusado en el Tercer Juzgado de Familia de la Ciudad de Rivadavia (autos N° 10.084/18), la denunciante C.R. manifestó que sufrió violencia durante toda la relación de pareja (cachetadas, golpes de puño, privación de su libertad, amenazas, humillaciones, gritos y violencia simbólica). Asimismo, en el acta correspondiente también se dejó constancia que la dicente afirmó que el acusado tenía un revólver y una escopeta, que a veces los tenía en su casa, y otras en su estudio jurídico, aunque no aportó otros datos sobre la descripción de esos elementos ni de su ubicación.

Esa información es abonada por la declaración de la progenitora de la denunciante, quien declaró en el mismo sentido y expresó que tenía conocimiento «*de [la existencia de] un arma de fuego con la cual, aquél [por Amores Propitti] amenazó a su marido*» (véase expte. digital).

A partir de aquí, el juez del Tercer Juzgado de Familia de la Ciudad de Rivadavia solicitó que el Ministerio Público Fiscal investigase si Amores Prospitti había cometido algún delito. Anoticiado el fiscal en turno, se avocó a la investigación y se originaron los autos P-89.069/18 caratulado «*F. en Av. Lesiones Leves Dolosas*».

En el marco de la investigación desarrollada en esas actuaciones, el Ayudante Fiscal interviniente ordenó una serie de medidas. Así, en cuanto aquí resulta relevante, las siguientes: (a) en fecha 31 de octubre de 2.018, ordenó la citación de la víctima para que comparezca ante la Oficina Fiscal de Rivadavia; (b); en fecha 6 de noviembre de 2.018, solicitó que personal de la Unidad Investigativa Departamental de

Rivadavia-Junín individualice al presunto autor del hecho denunciado y que demarque su domicilio para un posible allanamiento; y, finalmente, (c), en fecha 14 de noviembre de 2.018, solicitó orden de allanamiento a los términos del art. 217 del Código Procesal Penal en el domicilio de Amores Prospitti.

En ese orden, por su incidencia en la solución del caso, me interesa centrarme en dos de ellas: primero, en la citación y posterior comparecencia de la víctima (i); segundo, en la solicitud de allanamiento y su realización (ii). Veamos.

(i) En virtud de la citación cursada, la denunciante C.R. compareció a la Fiscalía interviniente el día 6 de noviembre del año 2.018.

En esa oportunidad, luego de ser interrogada sobre múltiples cuestiones, la dicente dijo lo siguiente: «*A principios de este año fui al Juzgado de Familia de Rivadavia a fin de pedir la exclusión de hogar y me dijeron que no podían hacer nada porque los hechos eran viejos. En el mes de agosto [del mismo año] busqué una abogada y ella me ayudó para que en el Juzgado de Familia me escucharan, entonces me dieron un turno y me tomaron declaración [cuyo contenido sustancial fuera mencionado con anterioridad]. Luego me otorgaron la exclusión de hogar y la prohibición de acercamiento, de la cual mi ex pareja fue notificado el día 2 de octubre de 2.018*».

Posteriormente, luego de manifestar su voluntad de no realizar denuncia, de explicar los motivos de esa decisión, y descartar todo tipo de coacción para ello, fue consultada para que diga si necesitaba contar con alguna medida de protección por parte del Juzgado de Familia o del personal policial. Ante ello, la dicente dijo que: «*No, porque desde que excluyeron a mi ex pareja de mi casa, no he tenido ningún problema con él, mis hijas lo ven, pero él no las pasa a buscar por mi casa, además él me pasa el dinero para todos los gastos de mis hijas e impuestos de la casa y me lo envía con ellas. Así que nosotros no tenemos ningún tipo de contacto*».

Finalmente, C.R. fue interrogada directamente sobre la tenencia de armas de fuego por parte de Amores Profitti, y sobre la posible utilización de su parte en hechos anteriores. Sobre lo primero, dijo: «*Actualmente no sé si tiene armas de fuego, pero hace diez años atrás aproximadamente, cuando vivíamos en calle España 131 de Rivadavia, observé dentro del placard y detrás del televisor, en el dormitorio, un revólver mediano, con mango marrón de madera y caño plateado y en el estudio contable que está ubicado en la misma dirección, tenía una escopeta de madera con caño en color negro. El revólver luego lo guardó en el estudio y después lo llevaba en el auto, pero luego que nos cambiamos de casa, hace doce o trece años aproximadamente, no volvía a ver dichas armas*». Sobre lo segundo, negó que su ex pareja hubiera utilizado armas en hechos anteriores, aunque paralelamente afirmó que «***hace diecisiete años atrás aproximadamente***» había amenazado a su padre con un revólver (el destacado me pertenece).

(ii) Al solicitar el allanamiento del domicilio particular de Amores Prospitti, el agente fiscal describió los hechos investigados en los siguientes términos: «*el día 6 de setiembre de 2018, Mirtha de Lourdes Luna declaró en sede del Tercer Juzgado de Familia de la ciudad de Rivadavia, en el marco de los autos n° 10.084/18, en los cuales su hija C.P.R. requirió de la titular del Juzgado disponga la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento por violencia familiar por parte de su ex pareja Alberto Domingo Amores. En el acto, la deponente manifestó tener conocimiento de que el sindicado Amores posee al menos un arma de fuego y que, incluso en alguna oportunidad, la habría utilizado para amenazar al cónyuge de la declarante*».

En cuanto a los elementos a secuestrar, se señala que debían secuestrarse «*todo tipo de arma de fuego*

aun cuya legítima tenencia pueda tenerse por acreditada [...]».

Finalmente, en cuanto tiene que ver con los motivos que justifican la pertinencia de la medida solicitada, el agente fiscal señaló que *«[...] habiendo tomado conocimiento de lo manifestado por la señora Mirta Lourdes Luna, se requirió a la UID Rivadavia-Junín procediera a la demarcación de la vivienda del sindicado Amores, al efecto de corroborar la tenencia o no de armas de fuego por su parte y, en su caso, el secuestro de la misma preventivamente, dado el marco de violencia de género e intrafamiliar manifestado en los autos originarios [...]».*

El Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial autorizó la medida, y libró la orden de allanamiento correspondiente, considerando que resultaba útil para el esclarecimiento de los hechos descriptos.

Así fue que el día 15 de noviembre de 2018, siendo aproximadamente las 17.10 hs., personal de la Unidad Investigativa Rivadavia-Junín, practicó el allanamiento dispuesto y halló en el interior de la vivienda de Amores Prospitti un arma de fuego tipo pistola calibre .22, marca «Tala», con una munición calibre .22 en boca y tres más en el cargador colocado. Ello, sin la correspondiente autorización legal. Luego de solicitar directivas al Ayudante Fiscal en turno, se procedió al secuestro del arma y el traslado de su tenedor, lo que dio origen a los autos P- 94.151/18 caratulados *«F. c/ Amores Prospitti s/ tenencia ilegal de arma».*

c.- Sobre el derecho aplicable

Referidas las circunstancias que originaron la causa en tratamiento en esta instancia, debe referirse que el art. 216 CPP establece en su párrafo primero que *«si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el tribunal o fiscal de instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar»* (el destacado me pertenece).

En su párrafo tercero, a su vez, el art. 216 determina que *«Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del ministerio público competente».*

El art. 217, por su parte, regula el registro que debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, esto es, el allanamiento de morada. Entre otros aspectos formales, la norma determina las particularidades de la orden en casos de urgencia relacionados con delitos graves o cuando se considere que peligra el orden público.

Tal como se explicará en el apartado siguiente, en lo que hace a la solución del caso, también es pertinente recordar lo prescripto por el art. 331 CPP conforme el cual el fiscal de instrucción al recibir la denuncia deberá avocarse a la investigación determinando los hechos y su calificación legal.

d- Aplicación de las consideraciones precedentes al caso

Conforme lo señalado anteriormente, y como adelantara, corresponde declarar la nulidad del allanamiento practicado en fecha 14 de noviembre de 2018 en el domicilio sito en Av. España 131 del

departamento de Rivadavia, únicamente en relación con sus efectos penales en la presente causa.

Conforme surge de la compulsa de las presentes actuaciones a la luz del derecho vigente, la génesis del vicio nulificante se detecta ya en el avoque de fs. 4 del Expte. P-89069/18 del 31 de octubre de 2018. Su lectura demuestra que en ese acto procesal -decreto- no se respeta lo reglado por el art. 331 del CPP en orden a la determinación del hecho a investigarse y el derecho aplicable, dado que únicamente se hace referencia a *«avocarse a la instrucción de la presente causa a fin de investigar el hecho traído a conocimiento [...]. Investíguese el daño producido por el delito a (sic) posibles autores y partícipes. Adóptese las medidas útiles»*.

La irregularidad detectada se trasladó a la solicitud de allanamiento realizada por el representante del Ministerio Público Fiscal, donde tampoco se individualizó correctamente el hecho ilícito a investigar, y se omiten circunstancias esenciales y relevantes jurídicamente. Aquí recordemos que fue en el marco de la presunta investigación por el delito de lesiones leves dolosas donde el agente fiscal consideró, a partir de las manifestaciones efectuadas por C.R. en el ámbito de la justicia de familia cuando pidió la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento por violencia de género de parte de su ex pareja -el hoy acusado-, existían motivos para proceder al secuestro preventivo de todo tipo de arma de fuego, aún cuya legítima tenencia pueda tenerse por acreditada, en el domicilio de Amores Prospitti.

Entiendo que si bien los agentes fiscales pueden practicar actos de prueba a fin de coleccionar elementos que -luego- darán -o no- base a sus requerimientos, lo que requiere autorización de la judicatura cuando la naturaleza de la medida -por los derechos y garantías implicados- lo imponga, lo cierto es que deben tratarse de actos probatorios vinculados con el hecho que constituye el objeto de la investigación criminal en curso. Pues precisamente será esa vinculación, que debe estar suficientemente motivada y concisamente fundada por el órgano requirente, es la que permite vincular tanto personas, como instrumentos o efectos de *ese* -y no otro- delito. De ahí que la determinación precisa y circunstanciada del hecho investigado, con los alcances y limitaciones que surgen de la etapa procesal transitada, es determinante en dos sentidos: primero, para validar *ex ante* la utilidad y pertinencia de la medida y, en su caso, contar con la autorización jurisdiccional correspondiente; segundo, para luego valorar jurídicamente sus resultados, y las consecuencias de los mismos -posible imputación de delitos, secuestros, detenciones-.

Finalmente, y como corolario de esa secuencia viciada, la ausencia de individualización del hecho ilícito a investigar también se comprueba en la orden de allanamiento emitida por el tribunal interviniente, en cuya virtud se autorizó el *«secuestro de todo tipo de arma de fuego aun cuya legítima tenencia pueda tenerse por acreditada»*,

Considero que las irregularidades detectadas en los actos procesales anteriormente mencionados, inciden directamente en la validez, a los fines del proceso penal, del allanamiento practicado y, especialmente, en el hallazgo y posterior secuestro del arma de fuego que, a la postre, determinó la imputación al acusado del delito por el que resultó condenado mediante la sentencia aquí impugnada. Fundamentalmente, porque no resulta posible establecer una vinculación penal entre el hecho ilícito investigado -por ausencia de individualización- con la medida probatoria practicada y su resultado.

Repárese en este punto que, como ha quedado reflejado en las breves referencias efectuadas a las constancias de autos, en ningún caso puede decirse que los hechos a los que se refirió C.R. en el ámbito de la Justicia de Familia -al expresar las razones que la llevaban a solicitar las medidas de exclusión del

hogar y prohibición de acercamiento del hoy acusado- y ante el Ayudante Fiscal interviniente -cuando fue citada en el marco de los autos n° P-89.069/18- a los fines que radique la denuncia correspondiente-, se vinculen de algún modo razonable con la tenencia de armas de fuego. Por un lado, desde que no hay una sola mención de su parte que indique que su ex pareja utilizó armas para ejercer algún tipo de violencia contra ella. Sólo dijo conocer que Amores Prospitti tenía un revolver y una escopeta, que los ubicaba indistintamente en su domicilio particular o en su estudio jurídico. Por otro lado, cuando fue expresamente consultada al respecto, aseguró que ese conocimiento sobre la tenencia de armas de su ex pareja no era actualizado, sino que se correspondía con un tiempo anterior, al que ubicó entre doce y tres años atrás aproximadamente, esto es, cuando la pareja se cambió de casa.

Lo mismo sucede con la declaración de la progenitora de C.R., cuyos dichos fueron especialmente considerados por el representante del Ministerio Público Fiscal para solicitar el allanamiento en cuestión. Pues, en el fuero de Familia, la dicente dijo que sabía que Amores Prospitti tenía un arma de fuego, con la que incluso había amenazado a su marido. Sin embargo, no solo no pudo aportar ningún otro dato sobre la supuesta arma, sino que tampoco pudo identificar cuándo habrían tenido lugar esas amenazas. Por su parte, cuando declaró en la causa penal n° P-89.069/18-, también se refirió al mismo acontecimiento, situándolo temporalmente para cuando su hijo -de nombre Emanuel- tenía entre «doce o trece años»; oportunidad en la que aclaró que, en la actualidad, esto es, cuando declaró, su hijo tenía treinta y cinco años de edad. Lo que ubica a las amenazas con armas del acusado hacia su marido en un contexto temporal de más de veinte años con los hechos que se investigaron en los autos referidos.

No obstante ello, no puede soslayarse que el agente fiscal interviniente parece hacerse cargo de la falta de relación entre los hechos que narró C.R. en el ámbito de la justicia de familia con el allanamiento del domicilio del acusado. En especial, cuando al expresar los motivos por los cuales solicita esa medida probatoria ante el órgano jurisdiccional competente -quien, en idénticos términos, la autoriza-, hace hincapié en la necesidad que se proceda al secuestro *preventivo* de armas de fuego bajo la tenencia del acusado.

Con lo cual, el objeto de la medida –secuestro de todo tipo de arma, aun cuya tenencia fuera legítima- ha respondido expresamente a una finalidad preventiva, que si bien se justifica dentro del marco de lo prescripto por la ley 26.485 –en tanto norma que faculta al juez a tomar medidas preventivas urgentes (véase art. 26)- por los indicadores de violencia de género que aparecen mencionados en el relato de C.R., cuestión que no es objeto del recurso, ni competencia de este Tribunal analizar, excede su finalidad en el ámbito de lo estrictamente penal.

Por todo lo hasta aquí examinado, debe declararse la nulidad absoluta parcial, en cuanto a sus efectos penales, de la medida de allanamiento practicada en el domicilio sito en Av. España 131 del departamento de Rivadavia y todo lo actuado en consecuencia (arts. 216, 217 en función de los arts.197, 199 tercer párrafo y 203 primer párrafo, todos del Código Procesal Penal).

e.- La buena fe procesal de los litigantes

Como corolario de lo expuesto, debe decirse que en el modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio-adversarial (ver, en lo pertinente, entre otros, «Mercado Carrizo», «Colaiacovo», «Alaniz Rojas»), existe un deber reforzado de buena fe procesal de las partes. Esa consideración tiene una especial relevancia en el presente caso, por cuanto se advierte que el representante del Ministerio Público Fiscal que intervino durante la etapa de la investigación penal preparatoria, no se ha conducido adecuadamente.

Lo afirmado en el párrafo precedente se observa al compulsar la solicitud de allanamiento realizada al órgano jurisdiccional competente. Esencialmente, porque al momento de motivar ese pedido y describir el hecho investigado en el formulario correspondiente, refiere que la progenitora de C.R. había dicho en el expediente tramitado en la Justicia de Familia, que tenía conocimiento que Amores Prospitti tenía un arma de fuego, que la había utilizado **«en alguna oportunidad»** para amenazar a su marido.

Entiendo que esa descripción indeterminada del hecho investigado, con omisión de datos esenciales, que fundó el pedido para que se allanara el domicilio del encausado, y cuya lectura determinó el conocimiento del juez interviniente para autorizar la medida solicitada, no se correspondía íntegramente con la información que, en esa etapa procesal, ya constaba en la causa penal a disposición del agente fiscal.

Así, en cuanto tiene que ver con las supuestas amenazas del acusado para con el marido de la madre de C.R., se comprueba que al momento de solicitarse el allanamiento en cuestión, lo que ocurrió en fecha 14 de noviembre de 2.018, esta última –C.R.- ya había declarado en sede fiscal, oportunidad en la que refirió que Amores Prospitti había ejercido violencia contra su padre **«a quien, hace 17 años atrás aproximadamente, lo amenazó con el revólver, sacándolo del estudio jurídico»** (el destacado me pertenece).

Lo mismo cabe mencionar sobre la tenencia de arma de fuego del acusado, por cuanto C.R., en esa misma ocasión, afirmó que desde que se mudaron de vivienda, lo que había ocurrido **«hace 12 o 13 años aproximadamente, no volvía a ver dichas armas»** (el destacado me pertenece).

De ahí que estimo conveniente poner en conocimiento del señor Procurador General ante esta Suprema Corte de Justicia del contenido del presente voto, a los fines que estime corresponder.

f.- Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar la Sentencia N° 4704 y sus fundamentos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Alberto Domingo Amores Prospitti en ejercicio de su propia defensa y confirmar la Sentencia N° 4704 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

6- RODRIGUEZ PEREZ. 08-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230508_FcRPC.pdf

Lex: Art. 189 bis, inc. 2, 4° párrafo; art. 55; art. 239, 1° supuesto; art. 54 y art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 8° del CP

Vox: Portación. Arma de fuego de guerra de uso civil condicional. Resistencia a la autoridad. Concurso ideal. Lesiones leves dolosas agravadas por la condición del sujeto pasivo. Figura atenuada.

Summa:

El **JPC** condenó al nombrado a la pena de **cuatro años y dos meses de prisión** como autor responsable del delito de portación sin la debida autorización legal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves dolosas agravadas por la condición del sujeto pasivo (art. 189 bis, inc. 2, 4to. párr.; art. 55; art. 239, primer supuesto; art. 54 y art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 8vo., todos del CP) que se le atribuye en la causa n° P-36739/22 La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 11337, pronunciada por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Masi. 12-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201112_FcMasi.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio. (Licencia)

Fallo:

CUIJ: 13-06926373-3/1((018501-36739)) F. C/ RODRIGUEZ PEREZ, CLAUDIO ALEJANDRO P/ PORTACIÓN SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN LEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL EN CONCURSO REAL CON RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS POR LA CONDICIÓN DEL SUJETO PASIVO (ART. 189 BIS INCISO 2, 4TO. PÁRRAFO, ART. 55, ART. 239 PRIMER SUPUESTO, ART. 54 Y ART. 92 EN FUNCIÓN DEL ART. 89 Y 80 INC. 8° DEL CÓDIGO PENAL) (36739) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

106171970

En Mendoza, a los ocho días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-06926373-3/1, caratulada "F. C/ RODRÍGUEZ PÉREZ S/ CASACIÓN".

La defensa técnica de Claudio Alejandro Rodríguez Pérez interpone recurso de casación (véase expte. digital) contra la Sentencia N° 11.337 y sus fundamentos, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción condenó al nombrado a la pena de cuatro años y dos meses de prisión como autor responsable del delito de portación sin la debida autorización legal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves dolosas agravadas por la condición del sujeto pasivo (art. 189 *bis*, inc. 2, 4to. párr.; art. 55; art. 239, primer supuesto; art. 54 y art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 8vo., todos del CP) que se le atribuye en la causa n° P-36739/22.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**; segundo, **DR. MARIO D. ADARO** y tercero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado que el «[...] *que para fecha 9 de abril de 2022, siendo la hora 09:00 aproximadamente, personal policial a cargo del móvil 3278 se hallaba en maniobras operativas y observa al ahora identificado Claudio Alejandro Rodríguez Pérez caminando portando una mochila en su espalda de color negro por calle Besares de Chacras de Coria, Lujan de Cuyo en dirección norte-sur. Motivo por el cual proceden a detenerlo en su circulación a los fines de la identificación correspondiente. Seguidamente los efectivos le solicitan su documentación personal, momento en el cual, Rodríguez Pérez se da a la fuga corriendo por calle Besares siendo perseguido sin perderlo de vista por el Oficial Subayudante Gómez quien le solicita que se detenga haciendo caso omiso, dándole igualmente*

alcance, momento en el cual se produce un forcejeo entre ambos y el autor del hecho se despoja de su mochila y arroja golpes de puño y golpes con los codos al efectivo el cual resulta lesionado con escoriación y edema de mano y muñeca derecha, escoriación y edema de rodilla derecha y edema de tobillo derecho. Lesiones que poseen tiempo de curación menor a un mes según lo informado por el Cuerpo Médico Forense. Seguidamente, Rodríguez Pérez finalmente es aprehendido y al observar el interior de la mochila de color negro con detalles en rojo la misma contenía en su interior un arma de fuego tipo revolver calibre 38 Special marca Trocaola con cinco cartuchos en su interior, motivo por el cual se procede al secuestro de dicho elemento y al traslado del autor del hecho a disposición de la Oficina Fiscal N° 15. Posteriormente, se recepciona informe de la sección Balística de Policía científica el cual indica que el arma funcionó para la ejecución de disparos y el encuadre legal de la misma es de arma de guerra de uso civil condicional» (véase audiencia del día 1 de julio de 2022).

Para decidir en tal sentido, la jueza valoró, entre los principales elementos, el informe de policía científica, el acta de procedimiento, el acta de secuestro, los testimonios del personal policial interviniente, el descargo del acusado.

2.- El recurso de casación de la defensa

La defensa interpone su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP y sostiene que el hecho sería encuadrable en la previsión del art. 189 bis, apartado. 2º, sexto párrafo, CP, esto es, una portación atenuada.

Ello, en tanto la razón del ilícito radicaría en evitar agresiones contra su persona, dado que su vivienda «se encuentra próxima a un barrio muy peligroso y había sido víctima de múltiples intentos de robos».

A su vez, en el marco de lo prescripto por el art. 474, inc. 2 del CPP opone que no se habría acreditado la portación ilegítima de arma de guerra, sino únicamente una portación, puesto que las personas que realizaron el informe que refiere que el arma era un calibre .38 nunca comparecieron a juicio, por lo que no pudo existir control de la defensa en la producción de la prueba.

Solicita, en consecuencia, se revoque la condena dictada y se modifique en función de la pena aplicable por la aplicación del art. 189 bis, apartado 2º, sexto párrafo CP y se le imponga a su defendido la pena de tres años de prisión en efectivo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y convalidar en su totalidad la sentencia impugnada (véase expte. digital).

Una vez resumidos los agravios vertidos por la defensa, considera que si bien el recurso procede formalmente, debe ser rechazado en el fondo.

El Procurador pone de relieve que los agravios casatorios constituyen una reiteración de lo alegado por la defensa en la etapa del plenario y que estas cuestiones fueron debidamente rebatidas por el juez de la instancia anterior.

No obstante, los argumentos esgrimidos no poseen la entidad suficiente para hacer decaer la validez de la sentencia, constituyendo únicamente una mera discrepancia con el razonamiento del tribunal de juicio. Así, la situación de inseguridad alegada no justifica la circulación por la vía pública con un arma de guerra cargada en condiciones inmediatas de uso.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto, y en adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria.

La defensa articula su recurso con base en dos argumentos. Por un lado, postula que el acusado habría llevado a cabo un comportamiento subsumible en la figura de la portación atenuada, pues por las circunstancias del hecho y sus condiciones personales, sería evidente que no tenía intención de utilizar el arma con fines ilícitos. Por otro lado, sostiene que no se habría acreditado el calibre del arma de fuego, por lo que solo se lo podría condenar por portación de arma de fuego de uso civil.

El recurso de la defensa presenta los agravios con una claridad expositiva que coadyuva a su análisis. Sin embargo, frente a esta virtud inicial, se opone, tal como lo advierte el Procurador General, que no se trata sino de una reedición de las tomas de posturas explicitadas en la etapa de los alegatos, las cuales ya fueron respondidas –a mi entender correctamente– por la jueza sentenciante y que la defensa no logra desvirtuar en esta instancia.

a.- En relación con el primer tramo de la teoría del caso de la defensa, este es, que estaríamos ante una portación ilegítima atenuada –ya que el acusado no habría actuado motivado por la comisión futura de delitos, sino que aquella se explicaría en razones de seguridad personal– entiendo que esta visión de los hechos no alcanza para hacer decaer la hipótesis de la acusación validada en la sentencia del tribunal de juicio.

En efecto, la defensa se limita a articular en abstracto que la vivienda de Rodríguez Pérez se encuentra próxima a un barrio peligroso y que, además, el nombrado habría sido víctima de múltiples intentos de robo. Sin embargo, en ningún momento la defensa explica por qué razón la portación del arma se encontraba amparada por la específica situación en la que actuó el acusado.

Como es sabido, en el ámbito de la justificación se otorga un permiso de manera excepcional de acuerdo con un contexto para llevar a cabo el tipo penal, por regla prohibido. Por eso, es necesario dar buenas razones que cancelen la prohibición vigente en tanto pauta de orientación general para abrir paso a la justificación de ese comportamiento de manera particular.

Por otro lado, debe señalarse el tribunal de juicio descartó que existiese una agresión actual que justificase la portación de un arma de guerra en condiciones de uso inmediato. A su vez, la jueza de la instancia anterior destacó que el contexto de inseguridad ciudadana al que hace referencia la defensa no supera el que puede experimentar cualquier persona, no justificándose, en consecuencia, el comportamiento del acusado (audiencia de fundamentos, min. 00:40:00).

En suma, del análisis de los registros audiovisuales de las audiencias practicadas, de la compulsión de la prueba obrante en la causa y del atento seguimiento del razonamiento de la jueza sentenciante, surge acreditado con el grado de convicción exigido por esta instancia los elementos objetivos y subjetivos requeridos por la figura contenida en el art. 189 *bis*, apartado 2º, cuarto párrafo del CP (audiencia de fundamentos, 00:32:00).

b.- Resta analizar si se encuentra debidamente acreditado el calibre del arma de fuego que portaba el

acusado. Este extremo del hecho es puesto en duda por la defensa con el fin de conseguir que la imputación se desplace de la figura calificada a la figura simple, a partir del objeto del delito. Dicho de otro modo, al cuestionar la prueba sobre la existencia del arma de guerra, la defensa busca que se cambie la calificación del hecho a una portación de arma de fuego de uso civil.

Para la defensa, no se habría acreditado la portación ilegítima de arma de guerra, sino únicamente una portación de un arma de fuego, puesto que el personal de Policía Científica, División Balística Forense, que realizó el informe y verificó que el arma era un calibre .38, nunca compareció al juicio, por lo que no pudo existir control de la defensa en la producción de la prueba.

Respecto de lo anterior, considero que la idea de que aquella prueba sería nula no puede asumirse. Por un lado, la defensa olvida que frente a remedios tan drásticos como los que sugiere adoptar es necesario brindar buenas razones que justifiquen el recurso a una anulación de las actuaciones. En tal sentido, debe decirse que la defensa tampoco explica de qué manera el proceso de análisis realizado por Policía Científica conllevó la alteración del arma de fuego analizada o de sus municiones.

En segundo, lugar, comparto con la jueza de la instancia previa la consideración según la cual, en el momento procesal oportuno, la defensa adhirió a la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal, sin oponerse o realizar salvedad alguna en relación con el informe referido y no ofreció la declaración del personal de Policía Científica para el debate.

c.- Conforme lo anterior, considero que se ha alcanzado el grado de certeza requerido para tener por acreditados los hechos que constituyen el objeto de la acusación en relación con el acusado. Asimismo, estos hechos se han encuadrado correctamente en las figuras legales *supra* referidas, circunstancia de la que se deriva que la pena a aplicar oscila correctamente entre los mínimos y máximos establecidos al aplicarse el agravante receptado por el art. 189 *bis*, apartado 2º, cuarto párrafo del CP en relación con la clase de arma de fuego que se portaba (arma de guerra). De acuerdo con ello, no resulta procedente la pretensión de la defensa de calificar el hecho como portación de arma de fuego de uso civil, ni aplicar la atenuante del art. 189 *bis*, apartado 2º, sexto párrafo del CP.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde confirmar la sentencia condenatoria.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Si bien adhiero a la solución del voto preopinante, me interesa dejar a salvo los pormenores de mi criterio respecto de los casos en los que se pretende justificar una portación ilegítima de arma de fuego con base en el contexto de inseguridad ciudadana atribuido a algunos barrios de la provincia.

En casos como el presente no deben perderse de vista los esfuerzos por parte de los Estados en el desarme de la población civil, entre ellos, los llevados a cabo por la Agencia Nacional de Materiales Controlados y su Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego. *«Este tipo de programas representan una apertura a la participación ciudadana para la disminución del uso de armas en el país. Ello, a mi modo de ver, contribuye a mejorar el desarrollo de nuestra sociedad. La violencia armada, en cualquiera de sus*

expresiones, genera graves consecuencias para los ciudadanos: aumenta la violencia de género y en muchas ocasiones obliga a mujeres a huir de sus hogares; incrementa la violencia en los ámbitos escolares; aniquila infraestructuras y servicios sociales y sanitarios; fomenta el crimen organizado» (véase «Masi»).

Por lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada al acuerdo.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Claudio Alejandro Rodríguez Pérez y convalidar la sentencia condenatoria n° 11.337 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Dr. Valerio. Licencia.

7- RIVES HERNANDES. 17-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	PCC M	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230517_FcRHS.pdf

Lex: Art. 149 primer párrafo primer supuesto, 189 bis apartado segundo primer párrafo, 89 y 55 del CP

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Lesiones leves dolosas. Amenazas simples. Concurso real. Unidad de la prueba.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena única de de un **año de prisión en suspenso**, en forma conjunta con el pago de la **multa** de pesos mil (\$1000) –en un solo pago en el Banco Nación–, por considerárselo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil y lesiones leves dolosas en tres hechos independientes en concurso real (arts. 149 primer párrafo primer supuesto, 189 bis apartado segundo primer párrafo, 89 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 367, pronunciada por el JPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Rojas Garrido
- Toro Mendoza. 15-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf
- González, Daniel
- Toledo Pereyra. 22-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230222_FcTPM.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06821934-9/1((028502-70887)) F C/ RIVES HERNANDEZ SERGIO DANIEL P/ AMENAZAS, TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y LESIONES LEVES (70887/21) (70887) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106074203*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06821934-9/1 caratulada “F. c/ RIVES HERNANDEZ, SERGIO DANIEL P/ AMENAZAS, TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y LESIONES LEVES S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Sergio Daniel Rives Hernández interpone recurso de casación contra la sentencia n° 367, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de General Alvear. Ello, en tanto se condena a aquél, en la causa N° P-70.887/21, a la pena de un año de prisión en suspenso, en forma conjunta con el pago de la multa de pesos mil (\$1000) –en un solo pago en el Banco Nación–, por considerársele autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil y lesiones leves dolosas en tres hechos independientes en concurso real (arts. 149 primer párrafo primer supuesto, 189 bis apartado segundo primer párrafo, 89 y 55 del CP).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio, en lo que aquí interesa, entendió probado que «[e]l 18 de julio de 2021, siendo las 17:30 horas aproximadamente, en circunstancias en que Marcela Haydee Rives se encontraba en el patio de su vivienda, sita en calle Apague s/n del distrito de Villa Atuel, San Rafael, Mendoza, en compañía de su esposo, Raimundo Daniel Bustos, es que comenzó a escuchar agresiones verbales de parte de su hermano, el acusado Sergio Daniel Rives Hernández, quien encontrándose en la vivienda colindante de propiedad de su madre, le manifestó que los iba a matar, que les iba a prender fuego a la casa, manifestaciones éstas que fueron idóneas para crear un estado de temor en las víctimas, para luego el acusado tomar un rifle calibre 22, marca Maheli, con carabina automática con cargador con cinco proyectiles en su interior, arma de fuego apta para el disparo y que el acusado tenía sin la debida autorización para ello. Marcela Haydee Rives intenta quitarle el arma, dando origen a un forcejeo, siendo agredida con un golpe de puño que le propina el acusado en la mano derecha, resultado con dicho accionar lesionada con “excoriaciones con sangrado en ambas manos (palma) sin poder precisar evolución, con un día IPT, sin riesgo vida, ni desfiguración de rostro”».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de prueba más importantes, las declaraciones de Marcela Rives Hernández, de Dora Esther Hernández, de Raimundo Daniel Bustos y del médico Nicolás Beresiarte.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone su recurso de acuerdo a las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP.

En cuanto a la valoración probatoria realizada en la instancia anterior, la defensa considera que el sentenciante realizó una incorrecta ponderación, en tanto no explicó por qué razón creyó en la versión de los testigos de cargo y, por el contrario, descreyó de la versión de la testigo Dora Esther Hernández.

De tal manera, sostiene que la sentencia que cuestiona adolece de motivación parcializada e incompleta. Así, la defensa considera que el relato de la testigo Dora Esther Hernández no es parcializado como afirmó el juez de sentencia.

Al respecto, manifiesta que tanto el acusado como la víctima son sus hijos. Agrega que el sentenciante no especificó de qué manera Dora Esther Hernández pudo haber mentido beneficiando a un hijo y perjudicando a otro, siendo, que, según su entender, a quien presuntamente perjudicaba con su relato era a su hija Marcela Rives Hernández, con quien tenía mayor relación en tanto vivía en su domicilio. Con relación al arma de fuego, la defensa refiere que Dora Esther Hernández manifestó que era de su esposo y, que al momento de la discusión, no vio que su hijo Sergio Rives Hernández utilizara el arma para amenazar a su hija Marcela Rives Hernández. Estima que nada de esto fue valorado por el sentenciante sino que, por el contrario, sólo se limitó a copiarlo en sus fundamentos sin darle el alcance meritorio que se exige.

Por otro lado, la defensa expresa que Marcela Rives Hernández y su esposo Daniel Bustos negaron haber agredido y lesionado al acusado. Sin embargo, considera que estos faltaron a la verdad en sus declaraciones, en tanto el acusado se encontraba lesionado, lo que resultó acreditado con el certificado del médico Pirani, en el que se le constató escoriaciones en brazo derecho, codo izquierdo y en cuello y se le realizaron curaciones. Agrega que, del mismo modo, dejó constancia la oficial de policía a fs. 14. La defensa advierte que el juez no se refirió a estos informes en los fundamentos. Al respecto, considera que ambos testigos tenían la intención que el acusado no se acercara más a ellos. Además, alude que el juez hizo referencia a dos circunstancias que, según su entender, no fueron así.

En primer lugar, en cuanto refirió que las partes no controvirtieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el hecho investigado ocurrió.

Al respecto, la defensa sostiene que la discusión principal en el debate resultó acerca de las circunstancias de modo en que se produjeron los hechos.

En segundo lugar, respecto a que hizo referencia en los fundamentos a la fotografías del arma de fs. 17 como prueba documental incorporada y, que el arma poseía elementos que pueden ocasionar las lesiones como las que sufrió la denunciante, esto es el alza y el ion.

Sin embargo, la defensa alude, por un lado, que tal prueba no fue incorporada al debate y, por el otro lado, con respecto a los elementos del arma con los que la denunciante podría haberse lastimado, estima que esto no puede ser materia de valoración, en tanto no fue dicho por ningún testigo y porque durante el debate no se observó el arma de fuego.

En función de ello, el juez no podría determinar que la lesión se produjo con determinadas partes del arma cuando ella no fue vista personalmente.

En cuanto a las normas erróneamente aplicadas, la defensa señala, con respecto al delito de amenazas simples, que debió ser probado fehacientemente y no por meros indicios o simples manifestaciones de las partes, en tanto sostuvo que los testigos Marcela Rives Hernández y Daniel Bustos mintieron en su declaración, por lo que también pudieron mentir en las amenazas.

Además, considera que no corresponde encuadrar el hecho en el contexto de violencia de género, por lo que no sería aplicable la amplitud probatoria con que se valora estos casos, particularmente la especial ponderación del testimonio de la víctima.

Con relación al **delito de lesiones**, estima que no se pudo determinar, con el grado de certeza que exige el dictado de una sentencia condenatoria, que las lesiones en la mano de Marcela Rives se produjeron como consecuencia de la acción del acusado.

Por lo tanto, estima que existe una indeterminación en el modo en que se produjeron las lesiones, debiendo aplicarse el art. 2 del CP.

Por último, en cuanto al **delito de tenencia**, sostiene que todos los testigos reconocieron que el arma pertenecía **al padre del acusado**.

Incluso éste en su defensa material presentó ante el tribunal una cédula de autorización de tenencia del arma a nombre de su padre Antonio Francisco Rives con los datos del arma en cuestión.

Al respecto, considera que esto tampoco fue valorado por el sentenciante, en tanto tendría que haberse imputado por tenencia de arma a todos los integrantes del grupo familiar que vivían en el domicilio.

Por el contrario, sólo atribuyó el delito al acusado porque así lo requirió el fiscal, sin dar fundamentos de su decisión.

De esta manera, la defensa advierte que el juez para decidir como lo hizo no sólo omitió valorar prueba dirimente, sino que además fundó su decisión con apreciaciones arbitrarias e, inclusive, con prueba que no fue ofrecida por las partes, como es la fotografía de fs. 17, vulnerando así las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas y las garantías constitucionales atinentes a la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

Por lo tanto, considera que no se arribó a la certeza que se requiere para dictar una sentencia condenatoria en ninguno de los tres delitos. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, considera que debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

Estima que las críticas efectuadas son infundadas y que los agravios son los mismos que se esgrimieron por la defensa en los alegatos.

Advierte que el recurrente tiende a desmembrar los elementos probatorios, sacándolos del contexto de razonamiento unívoco de todo el material probatorio, es decir, pretende separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda de la autoría del acusado; elementos que, según su entender, han sido tratados en forma conjunta por el tribunal.

Por las razones expuestas, considera que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa considero oportuno adelantar que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos de la sentencia cuestionada, así como el recurso interpuesto, entiendo que la primera se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la defensa no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante. Paso a explicarlo.

Si bien la defensa plantea su impugnación en función del art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, lo cierto es que sus planteos se vinculan con la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia previa.

En efecto, del análisis del recurso surge que la defensa cuestiona el mérito que realizó el juez de la instancia previa de las pruebas obrantes en autos, particularmente del modo en que fueron valoradas las

declaraciones de Dora Esther Hernández Narváez, Marcela Haydee Rives Hernández y Raimundo Daniel Bustos Cartes.

Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que el sentenciante consideró, acertadamente, que la testigo Dora Esther Hernández Narváez intentó, con su declaración, tratar de deslindar de responsabilidad tanto al acusado como a la víctima, situación atendible en tanto ambos son sus hijos y el conflicto se produjo en el seno familiar.

Así, la testigo manifestó que la discusión entre sus hijos existió, pero que no escuchó qué se dijeron, cargando las tintas sobre el esposo de su hija, Raimundo Daniel Bustos Cartes.

También reconoció la existencia del arma de fuego y señaló que era de propiedad de su difunto esposo y que la tenía guardada debajo del colchón de su cama pero, sin embargo, refirió que al momento de la discusión no observó que el acusado tuviera el arma en su poder.

Además, expresó que no vio las lesiones en los dedos de ambas manos de su hija, pero que sí la vio vendada. En segundo lugar, en cuanto a la declaración de Marcela Haydee Rives Hernández, el juez de la instancia anterior concluyó que dio un relato circunstanciado de cómo se fueron dando los hechos.

Así, se advierte que los dichos de la víctima resultaron relevantes para el juzgador a fin de determinar la dinámica del hecho investigado y la intervención del acusado.

Ello, por cuanto manifestó que se encontraba con su marido en el patio trasero de su vivienda, cuando escucharon gritos e insultos que provenían del interior de la casa de su madre, colindante a la suya.

Indicó que al principio ignoraron esos gritos, pero luego al darse cuenta que se dirigían hacia ella, se acercó a la ventana de la habitación en la que dormía su hermano Sergio Daniel Rives Hernández, y éste, tras insultarlos con un arma de fuego en la mano, les manifestó que los iba a matar y que quemaría la casa. En ese momento, la víctima intentó sacarle el arma de fuego y que en el forcejeo fue lesionada con las irregularidades del caño del arma en cuestión.

Además, dijo que el acusado le golpeó una de sus muñecas provocándole una lesión. Asimismo, en confirmación que la versión de su madre quería deslindar de responsabilidad al acusado, la víctima manifestó que en ese momento su madre estaba cerca de su hermano y que les gritó que se fueran porque les iba a disparar.

Por lo tanto, de esta declaración surge que Dora Esther Hernández Narváez, al encontrarse cerca del acusado al momento del hecho, escuchó los dichos de Sergio Daniel Rives Hernández hacia la víctima y, además, vio que tenía el arma de fuego en la mano, en tanto le expresó a su hija y esposo que se retiraran porque el acusado les iba a disparar.

Igualmente, se advierte que la declaración de Raimundo Daniel Bustos Cartes es coincidente con lo manifestado por su esposa Marcela Haydee Rives Hernández. En este sentido, refirió que Sergio Daniel Rives Hernández comenzó con insultos y amenazas, les manifestó que los iba a matar, que les iba a quemar la casa. El testigo también expresó que el acusado les exhibió un arma de fuego desde la ventana y que ese arma la utilizaba muy asiduamente al disparar tiros en el fondo de la propiedad.

En relación con el cuestionamiento referido a la falta de incorporación como prueba de la fotografía del arma de fs. 17 se advierte que, si bien el sentenciante consideró que las lesiones de la víctima se encontraban probadas con la mencionada fotografía, que efectivamente no fue incorporada al debate, lo cierto es que tal prueba no resulta en nada relevante para sostener la acusación.

Ello, debido al sólido caudal probatorio de cargo que existe en la causa.

En otras palabras, suprimida mentalmente aquella fotografía en nada varía el resultado de la valoración realizada en la instancia previa para tener por acreditadas las lesiones de la víctima. En tal sentido, estimo

que las lesiones se encuentran debidamente acreditadas, en primer lugar, por la declaración de Marcela Haydee Rives Hernández, quien refirió que su hermano le dio un golpe en una de sus muñecas y que en el intento de sacarle el arma de fuego, también resultó lesionada y, en segundo lugar, por las pruebas instrumentales que sí fueron incorporadas al debate.

En este orden, del acta de visu realizada en la Oficina Fiscal, consta que a simple vista la víctima tenía una inflamación en la muñeca derecha, como así también un corte en el dedo meñique, en el anular y en el dedo del medio de la mano derecha y el de la mano izquierda. Por el otro lado, del informe realizado por Rebeca Machuca, enfermera del centro de salud de Villa Atuel, surge que la víctima presentaba cortes en los tres dedos miembros superior derecho y un corte en el dedo de la mano izquierda.

Por último, del informe del médico Nicolás Beresiarte del Cuerpo Médico Forense, se desprende que presentaba excoriaciones con sangrado en ambas manos (palmas). De tal manera, el agravio de la defensa expresado en el sentido señalado no debe prosperar.

En otro orden, considero que tampoco resultan procedentes los agravios referidos a que: 1) el acusado presentaba lesiones, 2) las partes no contrvirtieron las circunstancias de modo, y, 3) no se encuentran probados los delitos de amenazas simples, lesiones y tenencia. Ello, en tanto la defensa no explica concretamente cual es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica como la inclusión, en el razonamiento del juzgador, haría variar la solución adoptada. No obstante ello, estos cuestionamientos no permiten en modo alguno desvincular al acusado como autor de los hechos que fueran calificados como amenazas, lesiones y tenencia, atento al sólido caudal probatorio que sostiene la acusación y que fue valorado debidamente por el juez de la instancia anterior, entre cuyos elementos de prueba los que se encuentran las ya referidas declaraciones de Marcela Haydee Rives Hernández, Raimundo Daniel Bustos Cartes, Dora Esther Hernández, el acta de visu y los informes del centro de salud de Villa Atuel y el del médico Beresiarte del Cuerpo Médico Forense, que acreditaron las lesiones de la víctima.

En cuanto a lo manifestado por la defensa, que se tendría que haber acusado por el delito de tenencia ilegal a todos los integrantes del grupo familiar que vivían en el domicilio, considero que tal agravio no debe prosperar. Al respecto, se encuentra acreditado, a partir de la declaración de Marcela Haydee Rives Hernández y de Raimundo Daniel Bustos Cartes, que quien tenía al momento del hecho el arma de fuego en cuestión era Sergio Daniel Rives Hernández, razón por la cual no puede prosperar la pretensión de la defensa según la cual debió atribuirse a todos los integrantes del grupo familiar aquella tenencia. Por último, se advierte que el sentenciante no encuadró el hecho en un contexto de violencia de género, tal como refiere la defensa.

De todo lo expuesto, se advierte que la defensa parcializa la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

Debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta – véase «**Rojas Garrido**», «**González, Daniel**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

En el mismo sentido, se ha sostenido que «el **sistema de la sana crítica racional** se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba** e impone como regla de la consideración de la

prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» – véase «**Toro Mendoza**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, referidos a que no se encuentra acreditado que el acusado sea el autor del hecho, en tanto de la adecuada valoración de los elementos de prueba por parte del juez de la instancia anterior, la que se advierte integral, contextualizada y conforme a las reglas de la sana crítica racional, surge la existencia material de los hechos atribuidos al acusado, así como su autoría. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por Sergio Daniel Rives Hernández.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

8- MIYICAY SILVA. 22-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcMSC.pdf

Lex: 189 bis apartado segundo 1° párrafo del CP. Art. 217, 219 del CPP.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Nulidad registro domiciliario. Derecho de exclusión. Allanamiento. Consentimiento informado.

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado. La jueza entendió que el ingreso del personal policial al interior de la cabaña donde se encontraba el acusado –lugar en el que fue hallada y secuestrada el arma de fuego en cuestión–, resultó irregular y violatorio de la garantía constitucional que tutela la inviolabilidad del domicilio porque: a) no existió orden judicial previa; b) no hubo consentimiento válido de quien era titular del derecho de exclusión que autorizara el ingreso sin orden; y, c) no se trató de una de las situaciones de excepción que autoriza el ordenamiento jurídico.

El **MPF** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2164, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- «Fiorentino»(Fallos 306:1752)
- «Adriazola»(Fallos 324:3764)
- «Ventura» (Fallos 328:149).

b-SCJM

- Murcia Luero. 21-03-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180321_FcMLM.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-04766966-3/1((018502-51501)) FC/ MIYICAY SILVA CESAR EDUARDO P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA (51501) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104845183*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04766966-3/1 caratulada “F. c/ MIYICAY SILVA, CESAR EDUARDO P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL S/ CASACIÓN”.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2164 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se declaró la nulidad del registro domiciliario realizado en las presentes actuaciones, y se dispuso en consecuencia la absolución del acusado respecto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional que se le atribuye en el marco de los autos n° P-51.501/18.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, la jueza de la instancia anterior absolvió a César Eduardo Miyicay Silva del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional luego de **declarar la nulidad absoluta** del registro domiciliario realizado en autos.

En este orden, debe destacarse que según audiencia de acusación, a César Eduardo Miyicay Silva se le atribuyó que «[e]l día 24 de junio del 2018, siendo las 11:15 hs. aproximadamente, personal policial de Comisaría Potrerillos, siendo previamente autorizados por el encargado del Complejo de Cabañas “Los Troncos”, ubicados en Avenida Los Cóndores, El Carmelo, de El Salto, Potrerillos, Luján de Cuyo, y en presencia del mismo, realizaron registro en el domicilio antes mencionado, donde hallaron debajo de la almohada de la habitación matrimonial ocupada por CESAR EDUARDO MIYICAY SILVA, un arma de fuego Bersa mini Thunder calibre 40 mm la que una vez periciada resultó ser apta para el disparo, siendo su encuadre legal arma de guerra de uso civil condicional». Para llegar a la solución absolutoria, la jueza acogió el planteo preliminar efectuado por la defensa del acusado en los alegatos de clausura, y declaró la nulidad del registro domiciliario practicado, cuyo resultado dio inicio a las presentes actuaciones. Asimismo, declaró la nulidad de todos los actos posteriores consecuencia de aquel registro.

Así, conforme se desprende de los fundamentos bajo revisión, la jueza entendió que el ingreso del personal policial al interior de la cabaña donde se encontraba el acusado –lugar en el que fue hallada y secuestrada el arma de fuego en cuestión–, resultó irregular y violatorio de la garantía constitucional que tutela la inviolabilidad del domicilio porque: a) no existió orden judicial previa; b) no hubo consentimiento válido de quien era titular del derecho de exclusión que autorizara el ingreso sin orden; y, c) no se trató de una de las situaciones de excepción que autoriza el ordenamiento jurídico.

2.- El recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal

El Fiscal de la Unidad Fiscal de Delitos no Especializados formula su impugnación a tenor de lo previsto en el art. 474, inc. 2 de CPP, esto es, por considerar que la sentencia que absuelve al acusado del hecho investigado adolece de vicios formales que descalifican esa decisión como acto jurisdiccional válido.

En concreto, refiere que el tribunal de la instancia previa ha inobservado las normas que el rito penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, emitiendo una resolución que carece de debida fundamentación, porque se aparta de las constancias de la causa relativas a la legalidad de la intervención policial.

Expresa que se encuentra probado en autos que el personal que intervino en el procedimiento, y que realizó el registro domiciliario anulado por la jueza de la instancia previa, no actuó de manera irregular.

Por el contrario, subraya que los actuantes se constituyeron en la cabaña en la que se encontraba el acusado junto a otras personas luego de ser alertados por un individuo que les solicitó ayuda, quien les refirió que había sido amenazado por otros dos sujetos con armas de fuego, los que se encontraban en la morada que sería luego registrada, ubicada dentro de un complejo de cabañas. Refiere que, previo a ingresar en la cabaña en cuestión, los agentes pidieron autorización para ello.

Para lo cual, luego de golpear la puerta principal, escucharon una voz que, desde el interior, les dijo que ingresaran. Todo lo cual se desarrolló sin mediar ningún tipo de coacción ni intimidación de aquéllos.

Indica que si bien no se conoce con claridad cuál fue la persona que otorgó efectivamente ese consentimiento, sí se encuentra acreditado que se trató de uno de sus moradores, por lo cual tenía derecho de exclusión de ese ámbito de intimidad y reserva. Manifiesta que la legalidad de la actuación policial también se encuentra justificada al comprobarse la existencia de una situación de urgencia, que se presentó ante la toma de conocimiento de la presencia de individuos que portaban las armas de fuego. Ello generó, en los hechos, la necesidad de actuar para neutralizar el mal mayor para los moradores de la cabaña o para terceros. Considera que ese cuadro de situación justifica la labor de las fuerzas de seguridad a los términos del art. 152 del CP, en cuanto establece una especial causa de justificación para estos casos. Cuestiona que la jurisprudencia utilizada por la jueza de la instancia previa para fundar su resolución. Sostiene que no es posible aplicar en autos los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el **fallo «Fiorentino»** porque las circunstancias de ese caso difieren absolutamente con el presente. En especial, porque se emitió dentro de una situación institucional nacional muy diferente a la actual.

Como contrapartida, considera que el caso jurisprudencial que más se ajusta al hecho en estudio es el resuelto por aquel mismo tribunal en la **causa «Adriazola»**. Como derivación de esa posición jurisprudencial, refiere que la jueza exigió un requisito para el registro domiciliario que no se encuentra previsto en la normativa sustantiva ni adjetiva, ni sustentado en la doctrina o en la jurisprudencia imperante.

Señala que cuando una persona, desde afuera, golpea y pide permiso para ingresar a su vivienda, su morador se encuentra legitimado de impedir el ingreso, o sea, se pueda negar a que cruce el umbral sin necesidad de explicitar los motivos al efecto.

Por otra parte, expone que las nulidades son, por regla general, de carácter relativo, regidas por el principio de especificidad y de interpretación restrictiva.

Por lo cual, aún en el caso de nulidades absolutas o de las taxativamente previstas en la ley, debe verificarse la existencia de un perjuicio real, concreto y de imposible reparación ulterior que

efectivamente vulnera las garantías constitucionales y el derecho de defensa para su aplicación sobre actos procesales.

Ello impide que sean invocadas por el solo beneficio de la ley. Entiende que ese carácter relativo de las nulidades procesales determina que la inobservancia de requisitos formales que no esté expresamente conminada con aquella sanción penal, como sucede en el caso de autos, no torna per se ilegítima o nula la prueba, sino que afecta su eficacia demostrativa, la que se verá reforzada por las restantes pruebas acumuladas a la causa.

Concluye que la jueza ha parcializado los hechos, ha valorado una versión de ellos que resulta desajustada a los transcritos en el acta policial, y ha solicitado un requisito no previsto legal ni constitucionalmente para validar la actuación policial.

Así, el **consentimiento para ingresar a la cabaña fue válidamente prestado por uno de sus moradores**, aún cuando no se haya podido identificar quién fue la persona que permitió ese ingreso que, a la postre, suprimió un eventual delito posterior, al quedar demostrado que efectivamente uno de los residentes de la cabaña tenía en su poder un arma de fuego cargada y apta para el disparo.

Por todo ello, solicita se revoque la sentencia de impugnada, se dicte una nueva que valide el acta de procedimiento y, sin reenvío, condene al acusado por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, previsto y penado por el art. 189 bis, inc. 2, segundo párrafo del CP que se le atribuye en las presentes actuaciones.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia n° 2164 y sus fundamentos mediante la cual, como se dijo, se absolvió a César Eduardo Miyicay Silva del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional, en la causa n° P-51.501/18.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser rechazado. En resumidas cuentas, el recurrente considera que la anulación del registro domiciliario resuelta por la jueza de la instancia previa como cuestión previa en la sentencia impugnada, y que a la postre determinó la absolución del acusado respecto del delito atribuido, no se ajusta a las constancias probatorias incorporadas a la causa.

Esto, por cuanto y a su criterio, aquellas constancias convalidan el actuar policial en el procedimiento en cuestión al demostrar que no se vulneró ninguna garantía constitucional, como erróneamente lo refiere el decisorio impugnado. Ello, en dos sentidos. Primero, porque el acta del procedimiento realizado el 24 de junio de 2018 y los testimonios de los policías actuantes acreditan, en su conjunto, que el ingreso en una de las cabañas –específicamente, la n° 7– del complejo «Los Troncos», ubicado sito en Avenida Los Cóndores, El Carmelo, de El Salto, Potrerillos, Luján de Cuyo, que dio lugar al registro de la misma y posterior hallazgo y secuestro del arma de fuego cuya tenencia ilegal se le endilga a Miyicay Silva, fue válidamente autorizado por uno de los moradores del lugar, es decir, por quien resultó titular del derecho de exclusión.

Por lo tanto, a falta de orden de allanamiento, la voluntad de autorizar el ingreso expresado por uno de los moradores del lugar, impide considerar que el procedimiento policial en cuestión vulneró la garantía

constitucional que tutela el domicilio. Segundo, porque, además, las constancias de la causa revelan la existencia de una situación de urgencia que exigía la actuación policial para evitar un mal grave para los mismos moradores del referido lugar, como también, para terceros. Sobre este extremo, el recurrente destaca que se encuentra acreditado que los agentes policiales actuaron porque un individuo los alertó de la existencia de armas de fuego en poder de individuos que se alojaban en el lugar registrado. Por lo tanto, se trataría de uno de los casos de excepción previsto en la legislación de fondo (art. 152 del CP). Ahora bien, pese al esfuerzo demostrado por el recurrente durante el desarrollo de todo el proceso para defender la legalidad de la actuación de las fuerzas de seguridad y, por ende, la inexistencia de vulneración a garantías constitucionales que, incluso, llegó a contar con la ratificación judicial durante una etapa del proceso (v. audiencia preliminar del día 21/08/18, conf. planilla de fs. 17 del leg. n° P-51501/18), entiendo que en esta instancia su planteo no puede recibir acogida favorable.

Ello, desde que ninguno de los argumentos propuestos para sustentar su pretensión impugnativa cuentan con respaldo en las constancias comprobadas de la causa, las que han sido debidamente analizadas por la jueza de la instancia previa en la resolución cuestionada. En efecto, e inversamente a la pretensión del recurrente, se comprueba que el tribunal de la instancia previa no se apartó del análisis de la prueba que conforma el plexo probatorio que acompaña la causa.

Tampoco se observa la parcialización de los hechos denunciada en el escrito recursivo, ni mucho menos que se omitiera considerar elementos que decisivamente determinen una resolución distinta a la que se adoptó en la sentencia cuestionada.

Por el contrario, estos cuestionamientos que hoy presenta el representante del Ministerio Público Fiscal a modo de agravio casatorio, son una reedición de los argumentos que ofreció al cierre del debate en sus alegatos para rechazar la cuestión previa planteada por la defensa del acusado, consistente en el pedido de anulación del registro domiciliario realizado por las fuerzas de seguridad y, por su vinculación, de todos los actos procesales que son su consecuencia.

Argumentos que han sido debida y prolijamente abordados por la jueza de la instancia previa y expresados en una resolución que no admite fisuras, como se analizará en lo que sigue. En este sentido, considero que le asiste razón a jueza cuando afirma que la actuación policial en el marco del procedimiento anulado **–registro domiciliario– adolece de un vicio grave que necesariamente determina su anulación**. Ello, por dos razones.

La primera, porque a la inexistencia de orden escrita y previa emanada de autoridad competente que habilite el registro del lugar, se le suma que no hubo un consentimiento expreso e inequívoco, además de libre y voluntario, prestado por alguno de los moradores del lugar registrado que autorizara liminarmente el ingreso.

La segunda, porque el caso no puede ser asimilado a aquellos donde la ley tolera excepcionalmente eludir el cumplimiento de esas formalidades, sin que ello conlleve una violación a la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio (art. 152 del CP, art. 217 ss. y cc. del CPP).

Sobre ello, amplió y desarrollo separadamente en lo que sigue. a.- Para comprobar en autos la ausencia de consentimiento en el ingreso de la policía a la cabaña registrada, la jueza es clara cuando identifica en forma abstracta las condiciones que deben verificarse para validar un registro domiciliario, en aquellos casos donde **–como en el sub iudice–**, esa actuación policial no está precedida de una orden escrita y fundada emanada de la autoridad judicial competente, como lo exige el art. 216 del rito penal.

La misma claridad y contundencia se observa en esa resolución a través del repaso de su fundamentación, cuando se particularizan esos requisitos, extendiéndolos sobre las circunstancias comprobadas de la causa

para, desde allí, concluir en la inexistencia de un consentimiento válidamente expresado de alguno de los individuos titulares del derecho de exclusión en el caso en cuestión.

Es precisamente sobre este aspecto crítico donde la jueza de la instancia previa pone énfasis para anular el registro domiciliario realizado en el marco de las presentes actuaciones, y que resulta ser la pieza angular del plexo probatorio que sustenta la acusación fiscal. Para ello, analiza íntegramente los testimonios rendidos en debate por parte del personal policial –Gustavo Antonio Arenas, Julio César Villalobos y de Anabel Valdivieso–, cuyos términos son confrontados con los testimonios de Sergio Romero Díaz y Rodrigo Quinteros –sujetos aprehendidos y requisados como consecuencia de las manifestaciones de Fernando Marías Rivas Estay momentos previos al registro domiciliario, quien luego radicó la denuncia que diera origen a los autos n° P-51.501/18–, y de Luis Fernando Luna –encargado del complejo «Los Troncos», en el que se encuentra la cabaña que fuera registrada–.

Luego de cotejar toda la información proveniente de las declaraciones de esos testigos, la sentenciante consideró determinante de la irregularidad del procedimiento policial, que ninguno del personal policial actuante aportó información que permitiera identificar cuál fue la persona que autorizó el ingreso.

Sobre ello, la jueza destaca que si bien aquéllos coincidieron al describir que accedieron a la morada luego de golpear la puerta de ingreso y escuchar desde su interior una voz que les dijo «pasen», ninguno pudo individualizar al sujeto que emitió esa expresión, ni tampoco existió coincidencia entre ellos acerca de si se trataba de una voz femenina o masculina.

A ello, agregó que Romero Díaz y Quinteros tampoco aportaron datos al respecto, y que sus manifestaciones ratifican que no es posible identificar a la persona que autorizó el ingreso al lugar ocupado por los moradores. Asimismo, Luis Fernando Luna desdijo con sus declaraciones a los agentes policiales, dado que afirmó no haber participado del ingreso a la cabaña, y que sólo accedió al interior de la misma luego que la policía concluyó el procedimiento, observando que arriba de una mesa se encontraba el arma en cuestión, junto con otros elementos (v. fundamentos, pág. 11/13).

A partir de sus relatos, la jueza concluyó en que, en esas condiciones, no se encontraba acreditado que el supuesto consentimiento considerado por los uniformados –contenido y expresado, según los testigos, a través de aquella única expresión verbal que provino desde el interior de la morada registrada– cumpla con los presupuestos y requisitos que, en el caso, permita validar el acceso sin orden judicial previa y fundada al lugar tutelado constitucionalmente. Seguidamente, y en la misma dirección, el razonamiento de la jueza refiere que esa expresión verbal tampoco puede ser considerada como válida para autorizar el ingreso y posterior registro del lugar, desde que la información que le habrían suministrado previamente los actuantes a los moradores no aparece como precisa ni completa.

Al respecto, la sentencia destaca que no se les informó a esos individuos, entre otros aspectos, que ante la ausencia de orden judicial, sus ocupantes podían negar el pretendido ingreso, en ejercicio de su derecho de exclusión para impedir que se vulnere el ámbito de intimidad de la morada habitada (v. fundamentos, pág. 12).

Llegados a este punto, advierto que el análisis referido en los párrafos anteriores me persuade a confirmar el razonamiento jurisdiccional en el mismo sentido que lo hizo el tribunal de la instancia previa. Recordemos que el procedimiento policial realizado que consistió, como se ha dicho, en el registro de una cabaña y el posterior secuestro del interior de la misma de ciertos elementos, entre ellos de un arma de fuego, que resulta la base probatoria por la cual se le atribuye al acusado el delito enrostrado, constituye una actuación de las fuerzas de seguridad mediante la cual los actuantes ingresan en una esfera que, por regla constitucional, resulta inviolable. Por lo tanto, para que el registro pueda ser considerado legalmente

válido y, en su caso, su resultado permita sustentar una imputación delictiva, debe sortearse satisfactoriamente el test constitucional, de manera tal que se descarte la afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. **Esa revisión constitucional exige necesariamente comprobar la existencia de una orden jurisdiccional previa.**

En su defecto, que medió un consentimiento expreso, consiente, libre y voluntario del titular del derecho de exclusión que, debidamente informado sobre los alcances de la medida, autorice el ingreso del personal policial al lugar que se trate.

Por último, ante la ausencia de orden previa y de consentimiento, es necesario verificar que estamos ante una de las excepciones previstas en la ley. En cuanto tiene que ver con el consentimiento que prestan los moradores o responsables del domicilio –titulares, por ello, del derecho de exclusión–, advierto también que el análisis efectuado por la jueza de la instancia previa se ajusta adecuadamente a los criterios elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Particularmente, en cuanto tiene que ver las características y cualidades que debe presentar ese **consentimiento para justificar el registro domiciliario sin orden judicial (ver, en lo pertinente, «Fiorentino» (Fallos 306:1752), «Adriazola» (Fallos 324:3764) y «Ventura» (Fallos 328:149).**

En este último fallo, nuestro Máximo Tribunal ratifica que no hay consentimiento sin la información adecuada que libre de error a quien concede que sea allanado su domicilio sin una orden judicial.

Me interesa destacar, en este sentido, la necesidad que el **consentimiento sea informado**, lo que exige que el funcionario policial actuante indique al ocupante del domicilio registrado: cuál es el hecho ilícito que lo llevó a ese lugar, cuáles son las circunstancias que lo llevan a sospechar que en ese lugar encontraría algún elemento de interés para su investigación, informarle sobre la posibilidad de revocar el consentimiento durante la diligencia y, sobre todo, la facultad de negarse a que accedan a su domicilio sin orden judicial.

Aspectos cuyo particular análisis determinó, como lo señalara anteriormente, que la jueza de la instancia previa concluyera en negar la existencia de un consentimiento válido que, otorgado por alguno de los moradores de la cabaña registrada, permita validar el registro domiciliario en cuestión.

De tal manera, si no hubo orden, ni consentimiento válido y, además, no nos encontramos frente a un caso excepcional previsto por la ley, el registro domiciliario adolece ab initio de un vicio que lo descalifica como acto procesal válido.

b.- En el caso analizado, a la ausencia de orden jurisdiccional previa y de consentimiento para el ingreso por parte de quien tenía el derecho de exclusión, la jueza de la instancia previa justificó, en base a las circunstancias del caso, la ausencia de concurrencia de una situación de urgencia que legitimara el obrar policial en los términos anteriormente descriptos.

En este tramo, luego de analizar los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal en sus alegatos –los que han sido nuevamente reproducidos por esa parte en esta instancia extraordinaria–, la jueza del tribunal de juicio consideró que el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos, impedía acreditar una situación que justificara que los agentes de la policía ingresaran en el lugar registrado sin contar previamente con una orden jurisdiccional fundada y sin un consentimiento válido del titular del derecho de exclusión.

Para ello, destacó dos aspectos. Por un lado, que al momento del procedimiento, Fernando Matías Rivas Estay, que había alertado a la policía sobre una agresión previa por parte de dos individuos junto a los cuales se encontraba previamente en el interior de una cabaña, se encontraba a resguardo en el interior de un móvil policial, lejos de la cabaña en cuestión, y custodiado por fuerzas de seguridad. Por otro lado,

que en ese mismo pasaje temporal, los sujetos que según el denunciante fueron los autores de las amenazas con armas de fuego, habían sido individualizados, requisados y trasladados a la Comisaría del lugar (v. fundamentos, pág. 13/14).

De ahí que, acertadamente en mi criterio, se descartó la concurrencia de la especial causa de justificación prevista en el art. 152 del CP.

Ello, por cuanto no existen elementos que acrediten la existencia de un mal grave que deba ser anulado o suprimido mediante el necesario actuar de los agentes de seguridad. No surge de la denuncia de Fernando Matías Rivas Estay, del acta de procedimiento, ni de las declaraciones testimoniales rendidas durante el proceso, la presencia de elementos que, razonablemente, puedan interpretarse como determinantes de una «situación de urgencia» que provocara el deber de actuar del modo en que efectivamente lo hicieron los actuantes.

Por el contrario, como bien lo menciona jueza de la instancia previa en la sentencia cuestionada, incluso existió un lapso entre la toma de conocimiento de la situación y la concreta actuación policial durante el cual se pudo pedir directivas al órgano competente, de modo tal de contar –en su caso–, con la orden de registro o de allanamiento de domicilio como lo exige la ley.

En otras palabras, no se verifican en autos los extremos de necesidad que impedían proceder de acuerdo a la ley, sea recabando la pertinente orden jurisdiccional o el consentimiento informado de parte de alguno de los moradores del lugar.

Asimismo, al analizar el agravio de la defensa, vinculado con la irregularidad del acta de procedimiento por la firma de un testigo civil de actuación, de conformidad con el art. 174 del Código Procesal Penal, la sentenciante valoró que, más allá de ello, Luis Fernando Luna – encargado del complejo de cabañas, y cuyo nombre aparece mencionado en el acta respectiva como testigo de actuación– negó categóricamente haber ingresado junto con el personal policial a la cabaña registrada, y afirmó que su participación fue una vez que la policía estaba ya en el interior de la misma, donde observó que el arma secuestrada estaba sobre la mesa.

Es decir, que mediante sus respuestas el testigo negó haber presenciado el momento del secuestro. Circunstancias que fueron apreciadas por la jueza a quo para concluir en que ese testigo no pudo dar fe del contenido del acta, por cuanto desmintió en el debate los dichos de los funcionarios policiales. Además de que no firmó el acta.

Sobre la ausencia de firma del testigo de actuación, conviene recordar que al respecto este Tribunal ha sostenido en forma pacífica que las nulidades no constituyen un fin en sí mismo, sino que su función se orienta dentro de un proceso a proteger derechos y garantías. De este modo, un defecto formal patente en un acta procesal no es condición suficiente sino necesaria para declarar su nulidad.

Además, debe demostrarse en qué modo ese incumplimiento contribuyó a la afectación de un derecho o garantía protegido por ella.

De tal manera, la ausencia de firma de un testigo de actuación no resulta en sí misma una condición que ponga en crisis la validez del acta (ver, al respecto y en lo pertinente, «**Murcia Lucero**»).

En razón de lo todo expuesto, al comprobarse que el registro domiciliario se realizó (a) sin una orden jurisdiccional previa, escrita y fundada, (b) que no existió consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el lugar donde se encontraba el acusado, y que, (c) finalmente, no se verifican los extremos fácticos que identifiquen la situación del caso con un supuesto de urgencia o de inminencia de peligro de un grave mal para los moradores del lugar o para terceros (art. 152 del CP), o con ninguna de las excepciones previstas en el ordenamiento procesal (arts. 216 a 219 del CPP), comparto

con la jueza de la instancia previa en que la actuación policial que da cuenta el acta de procedimiento de fecha realizada en fecha 24 de junio del año 2.018, así como también, todos los actos consecutivos que dependientes de aquéllos, son nulos, de nulidad absoluta (arts. 216, 217 en función de los arts. 197, 199 tercer párrafo y 203 primer párrafo, todos del CPP).

Ello por cuanto se han inobservado disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad que, en el presente caso, implicó una violación de normas constitucionales (art. 18 de la CN).

c.- Como corolario de lo expuesto, y dado que resulta uno de los puntos de agravio señalados en el escrito casatorio, se observa que la jurisprudencia utilizada por la jueza de la instancia previa para analizar ciertos aspectos del caso, particularmente en lo que tiene que ver con ciertos parámetros señalados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en **la causa «Fiorentino» (Fallos 306:1752)**, además de su pertinencia con la temática abordada en la resolución cuestionada, no resulta contradictoria con aquella cuya aplicación indica el recurrente –«Adriazola»–.

Dicho en otras palabras, no se observa, ni tampoco esa parte logra demostrar o fundar adecuadamente, cuál sería el impacto decisivo que, en la resolución impugnada, podría provocar un cambio en la jurisprudencia aplicada.

Es que si bien la jueza utiliza un determinado pasaje de aquel fallo –considerando n° 8 del voto del doctor Enrique **Santiago Petracchi**–, lo cierto es que lo hace cuando examina las condiciones o requisitos que, de acuerdo con ese criterio, debe reunir **el consentimiento del interesado** para que quepa admitirlo como justificante válido del ingreso de agentes de policía en la morada sin orden escrita de autoridad competente, y sin que se configuren las situaciones de emergencia contempladas por las leyes procesales. No se advierte vicio alguno en esa interpretación jurisprudencial, y mucho menos arbitrariedad en su aplicación en los presentes.

De modo que el cuestionamiento recursivo se observa, particularmente en este punto, como una mera discrepancia, que no desvirtúa la validez del razonamiento realizado en la sentencia por la jueza de la instancia anterior. Por ello, entiendo que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

9- ROMERO. 22-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC AFG	PCC IE M	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230522_FcRSC.pdf

Lex: 189 bis inc. 2, párrafos 1°, 2° y 7° y 54 del CP.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Arma de fuego de guerra. Licencia vencida. Tipicidad. Conocimiento efectivo. Reglas de atribución del conocimiento. Dolo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial** para la tenencia de arma de fuego por el término de **cuatro años y seis meses y multa de dos mil pesos** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso ideal con tenencia ilegal de arma de guerra (arts. 189 bis inc. 2, párrafos 1°, 2° y 7° y 54 del CP).

La **Defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2164, pronunciada por el TPC N° 2-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Fiordelisi. 07-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181107_FcFRJ.pdf
- Chacón Azeglio. 15-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180815_FcCAL.pdf

Doctrina citada

Andrés D' Alessio, Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, T.II, pag. 603, año 2004.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo. (Disidencia)

Fallo:

CUIJ: 13-05349356-9/1((038601-22711)) FC/ ROMERO SERGIO CLAUDIO P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL EN CONCURSO IDEAL CON TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105520930*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05349356-9/1 caratulada “F. C/ ROMERO, SERGIO CLAUDIO P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL EN CONCURSO IDEAL CON TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN”. La defensa de Sergio Claudio Romero Coz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1869, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para la **tenencia de arma de fuego por el término de cuatro años y seis meses y multa de dos mil pesos** por considerársele autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso ideal con tenencia ilegal de arma de guerra (arts. 189 bis inc. 2, párrafos 1°, 2° y 7° y 54 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-22.711/18.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[e]l día 20 de marzo de 2018, siendo aproximadamente las 13:00 horas, en el interior de una camioneta, marca Toyota, modelo Hilux, tipo Pick Up, dominio CNA-569, conducida por el ciudadano Sergio Claudio Romero, transportaba en calidad de tenedor en el interior de un bolso tipo de mano, de color verde, el cual se ubicaba en la caja trasera de la camioneta, una pistola marca Bersa S.A., modelo Tunder 9 Pro, calibre 9mm, número de serie 927780, con un cargador colocado con 5 municiones; mientras que sobre el asiento trasero de dicho vehículo se encontró un rifle, marca Bataan, modelo Super 54, calibre 22mm, con número de serie 19901, con el cargador separado con 6 municiones del mismo calibre, con una mira colocada de 4x40, marca Tasco, de color negro, con un estuche de color negro cerrado. No aportando el encartado documentación legal que acredite su legítima tenencia».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones de Elbio Normando Gerónimo, Franco Gabriel Luna, Mauricio Javier Romero, Nestor Leandro Blanco Miranda, Oscar Rosales y Héctor Domingo Rosales Ponce; la declaración del acusado; el acta de procedimiento, el acta de secuestro de las armas y de la credencia de legítimo usuario vencida a nombre del acusado; informe del RE.N.AR y, informe de Policía Científica, División Balística.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones de los incs. 1 y 2 del art. 474 del CPP. El recurrente solicita que se declare la nulidad de la sentencia y se absuelva al acusado por las siguientes razones.

En primer lugar, esgrime la ausencia de tipicidad objetiva en la conducta del acusado, en tanto argumenta que tener una credencial de legítimo usuario vencida al momento de su aprehensión, no implica la comisión de un delito sino una infracción administrativa.

Considera que no se encuentra acreditado objetivamente que el acusado, con su conducta, haya puesto en peligro el bien jurídico protegido, esto es la seguridad pública o la seguridad común.

En efecto, sostiene que la ausencia de lesividad del bien jurídico protegido se encuentra acreditada por las condiciones en las cuales las armas eran transportadas, por los conocimientos del acusado sobre armas de fuego y la actividad para la cual utilizaba las armas. En segundo lugar, la recurrente también refiere la ausencia de tipicidad subjetiva.

En efecto, sostiene que el acusado, al momento que personal de Gendarmería le solicitara la documentación del vehículo, les manifestó espontáneamente que traía consigo armas de fuego en el vehículo.

Por lo que, afirma que existe una evidente contradicción por parte del juzgador, en tanto, por un lado, manifestó que el acusado había manifestado espontáneamente que traía armas y, por el otro, expresó que actuó con dolo respecto al conocimiento que su credencial estaba vencida.

Al respecto, considera que una persona conocedora de las condiciones en que las armas deben ser transportadas, tanto física como documentalmente, no podría indicarle a las fuerzas de control que se encontraba transportando armas, sabiendo que su credencial de usuario se encontraba vencida.

De esta manera, afirma que el acusado creyó que tenía su credencial de legítimo usuario en condiciones pues, de lo contrario, otro habría sido su proceder y, seguramente, no habría manifestado en forma espontánea ante las autoridades de control que traía armas consigo.

Asimismo, la recurrente refiere que el acusado transportaba el arma de fuego de uso civil para su reempadronamiento, en tanto, sostiene que se exige la presencia física del arma para ser verificada por la ANMAC o un tercero autorizado, quienes constatan el estado del arma, largo del caño y la numeración correspondiente, entre otras cosas, lo que no puede hacerse sin tener ante sí el arma en cuestión.

Refiere que el sentenciante descrea de la versión del acusado, en cuanto al reempadronamiento del arma de fuego carabina, marca Bataan, calibre 22, de propiedad de su padre fallecido, en tanto, sostiene que el juez afirmó que quedó desvirtuada por la declaración de Mauricio Romero, hermano del acusado.

Sin embargo, la recurrente considera, en cuanto al desconocimiento de Mauricio Romero de la existencia de la referida arma, que no se sabe cómo o cuál era la relación de éste con su padre o que tuviera un detalle de las armas que éste poseía, en tanto, sostiene que se encuentra acreditado que toda la familia tenía armas de distinto tipo en su poder.

Asimismo, señala que Héctor Blanco, puestero del campo donde concurría el acusado, manifestó que desconocía la existencia del arma de fuego en cuestión y que existía una casilla cerrada, a la cual sólo tenía acceso el acusado y su padre, por lo que no sabía si allí existía algún arma. Sostiene que ésta última cuestión fue omitida por el sentenciante. Afirma que de haberse valorado la prueba en forma completa y no fragmentada, se acreditaría el fin recreativo y deportivo de la tenencia de las armas de fuego, en tanto, sostiene que el acusado es un legítimo usuario de armas de más de veinte años, que tenía la credencial vencida meses antes; asimismo, que le manifestó espontáneamente a personal policial que llevaba consigo las armas de fuego y, por último, que no presenta antecedente penales.

En tercer lugar, considera que la pena impuesta resultó excesiva. Al respecto, estima que el único agravante a considerar era que su licencia de legítimo usuario se encontraba vencida por unos meses, por

lo que considera que no existe motivo alguno para apartarse de los mínimos legales establecidos. Sostiene que se encuentra acreditado que las condiciones en que las armas eran trasladadas cumplían con la normativa vigente, que el arma de uso civil condicional de propiedad de Mauricio Romano tenía la documentación en regla, que el arma de uso civil se trasladaba para su reempadronamiento y las actividades que el acusado desarrollaba con las armas en San Luis donde su padre poseía una propiedad. Por último, hace referencia que el juez adoptó una serie de reglas de conducta sin pedido del Ministerio Público Fiscal y sin vista a la defensa, violando, según su parecer, el contradictorio.

Así, menciona que fijó como regla de conducta la de abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes en lugares públicos, medida que resulta, a su entender, totalmente infundada. Ello, en tanto, sostiene que no existe ninguna constancia objetiva en el expediente que acredite que el acusado tenga algún problema con bebidas alcohólicas o con estupefacientes y, tampoco se acreditó que el hecho concurriera mediando dichas circunstancias. Hace reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, consecuentemente, debe convalidarse en su totalidad la sentencia impugnada.

En efecto, considera que el sentenciante contó con un plexo probatorio suficiente para llegar a la certeza requerida en ese estadio procesal para condenar al acusado. Estima que la resolución atacada es acertada y no adolece de vicios susceptibles de ser corregidos mediante el remedio casatorio. Afirma que los intentos efectuados por la defensa para desincriminar al acusado resultan vanos ya que las pruebas colectadas, valoradas en su conjunto, permiten arribar a la conclusión a la que llegó el sentenciante, es decir, que Sergio Romero conocía que tenía en su poder las armas de fuego, las cuales funcionaban para la ejecución de disparos y no que contaba con la debida autorización legal para su tenencia. En cuanto al agravio dirigido a cuestionar la pena impuesta, sostiene que el monto de la misma no aparece como desproporcionado ni arbitrario, sino que se ajusta en cuanto al tipo y cantidad a la prevista en abstracto para los delitos por los que resultó condenado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto por la defensa considero que corresponde su rechazo.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por la recurrente no logran conmover la conclusión a la que llegó el sentenciante.

De manera preliminar, debe resaltarse que si bien la defensa sostiene que los motivos del recurso de casación interpuesto se enmarcan también en las disposiciones del inc. 1 del art. 474 del CPP, del planteo surge que el eje central de la impugnación no gira en torno exclusivamente de una cuestión sustancial de aplicación del derecho.

En efecto, la defensa refiere, por un lado, la **ausencia de tipicidad objetiva** en la conducta del acusado, en tanto considera que tener una credencial de legítimo usuario vencida no implica la comisión de un delito sino una infracción administrativa y, por el otro, la ausencia de tipicidad subjetiva.

Al respecto, sostiene que la tenencia de las armas por parte del acusado tenía un fin recreativo y deportivo. Asimismo, afirma que el acusado creyó que tenía su credencial de legítimo usuario en debidas

condiciones y que transportaba el rifle, marca Bataan, calibre 22mm (de propiedad de su padre) para su reempadronamiento.

Por último, refiere que la pena impuesta resultó excesiva y que el sentenciante adoptó una serie de reglas de conducta sin pedido del Ministerio Público Fiscal y sin vista a la defensa.

Particularmente, sobre una de las reglas impuestas, entiende que no resulta procedente debido a que no guarda relación con el hecho ni se encuentra acreditado que el acusado tuviera algún problema con el consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes. Al respecto, entiendo que, con excepción a la imposición de esta última regla de conducta, los argumentos no resultan procedentes. Paso a explicarlo. Tal como a continuación desarrollaré considero que existen elementos de relevancia para asignarle razón al sentenciante en sus conclusiones respecto de la existencia material del hecho y de la intervención de Sergio Claudio Romero en él.

Particularmente, las declaraciones testimoniales de personal de Gendarmería Nacional que intervinieron en el procedimiento, Mauricio Javier Romero (hermano del acusado) y demás testigos que declararon durante el debate.

Por ello, estimo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones que sólo evidencian una mera discrepancia con la labor de valoración de la prueba por parte del juez de la instancia previa, la que no logra ser desvirtuada.

En primer lugar, haré referencia al agravio dirigido a cuestionar, por un lado, la ausencia de tipicidad y, por el otro, la ausencia de dolo del delito endilgado.

En efecto, en cuanto a la tipicidad, se advierte que el juez de la instancia anterior analizó detalladamente que la conducta del encartado reunía el requisito que exige el tipo penal en relación al bien jurídico tutelado.

En tal sentido, el juez indicó que: **«a) Sujeto activo:** puede ser cualquiera que carezca de la autorización legal para la tenencia de las armas de fuego de que se trate [...] la tenencia debe ser flagrante porque sólo así se pone en peligro la seguridad común. Puede ser a nombre propio o de un tercero [...]. [e] **Elemento normativo:** lo constituye la ausencia de la “debida autorización legal”. La tenencia legítima de armas de fuego de uso civil y de guerra se acredita a través de la credencial correspondiente y se encuentra regulada en los arts. 14 y 29 de la ley 20.429, arts. 53, 90 y ss. del decreto 395/75, y resoluciones del Ministerio de Defensa y del Registro Nacional de Armas de acuerdo a los arts. 2 de la ley 24.490 y 3 del decreto 232/94. Dado que el delito requiere que el tenedor carezca de autorización legal [...]. d) **Objetos de la acción:** son las armas de fuego de uso civil o de guerra (hipótesis conminada con una pena mayor). En cualquier caso, se requiere que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada [...]. Las figuras penales en examen se tratan de delitos de peligro abstracto y se consuman con la sola acción de tener el objeto careciendo de autorización, o de seguir teniéndolo después de vencida la misma. **(Andrés D’Alessio, Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, T.II, pag. 603, año 2004)» (ver fundamentos, fs. 134 y vta.).**

En efecto, el sentenciante acertadamente consideró que, la sola tenencia de armas de fuego sin la debida autorización legal pone en riesgo la seguridad común de la sociedad, siendo relevante, además, el hecho de transportarlas de una provincia a otra.

Al respecto, se encuentra acreditado que, Sergio Romero transportó al menos un arma de guerra de la provincia de Mendoza hacia la provincia de San Luis y luego dos armas, una de guerra y otra de uso civil, desde la provincia de San Luis hacia la provincia de Mendoza, sin contar con la debida autorización legal para la tenencia de las mismas.

Asimismo, el juez refirió aquello que esta Sala sostuvo en el **precedente «Fiordelisi»**, referido a la cuestión del vencimiento de una autorización de legítimo usuario de armas de fuego.

En este sentido, tal como refiere el juez de la instancia anterior, no existen dudas que la licencia de legítimo usuario vencida equivale a la no autorización legal, lo que configura el tipo legal de los delitos atribuidos al acusado.

Luego, en cuanto al aspecto subjetivo del delito, el sentenciante también analizó detalladamente que no se encontraba acreditada la versión del acusado, esto es, que no advirtió que su licencia de legítimo usuario de arma de fuego se encontraba vencida y que la tenencia tenía un fin recreativo y deportivo.

Así, con respecto a la pistola marca Bersa 9mm, perteneciente al hermano del encartado –Mauricio Javier Romero–, el sentenciante refiere que la normativa vigente autoriza el préstamo de armas entre legítimos usuarios, siempre y cuando no se encuentre vencida, para su titular, la credencial de tenencia.

Así, el **decreto 395/75** establece en el último párrafo del artículo 62 que: «Cuando el tenedor no fuere propietario del arma de guerra que obra en su poder, se le exigirá además la credencial que lo acredite como legítimo usuario».

Adviértase que en autos el acusado no contaba con licencia vigente lo que, como se dijo, tornó ilegal su tenencia y, para justificarla argumentó que sólo traía el arma desde la provincia de San Luis. Sin embargo, tal como lo refiere el sentenciante, esta versión fue desvirtuada por la declaración del propio hermano del acusado, quien si bien en un principio intentó validar aquélla, aclaró que el arma se la había prestado antes del viaje. De esta manera, el acusado pretendió ocultar que había transportado, previamente, el arma de fuego de su hermano de la provincia de Mendoza a la de San Luis.

De esta manera, tal como lo refiere acertadamente el juez de la instancia anterior, lo referido pone en evidencia el actuar doloso del acusado, en tanto conocía los recaudos que se debían tomar para transportar armas de fuego de una provincia a otra, al ser legítimo usuario desde hacía más de veinte años, según consta en el informe de RENAR.

En igual sentido, se advierte respecto del arma de fuego carabina marca Bataan, calibre 22. Así, el acusado alegó que ese arma pertenecía a su padre y, que la traía para reempadronarla. Esta versión, tal como refiere el sentenciante, no podía ser de recibo.

Esto por cuanto los arts. 102 y 110 del decreto 395/75 disponen que se deben cumplir los mismos requisitos que establece el art. 86 para el transporte del arma. Asimismo, el art. 33 de la ley 20.429 establece que «[e]l transporte individual deberá efectuarse en todos los casos, acompañada el arma del correspondiente certificado de tenencia».

Asimismo, respecto a la posesión de armas, el mencionado decreto dispone en su art. 146 que: «Las personas físicas que posean por cualquier título armas de fuego, munición, sus componentes, incluyendo repuestos, matrices o cualquier elemento específicamente utilizable para su fabricación, deberán proceder a su declaración ante la autoridad policial con jurisdicción en su domicilio, dentro del término de NOVENTA (90) días corridos a contar de la fecha de entrada en vigencia de la presente reglamentación». Por su parte, el art. 148 establece que: «Quedan expresamente exceptuados de la obligación que imponen los artículos 146 y 147, los legítimos usuarios comprendidos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 53 de la presente reglamentación». Debe agregarse que el art. 149 determina que: «La autoridad interviniente designará al presentante depositario del material declarado hasta tanto regularice su tenencia, salvo el caso que conociere antecedentes concretos que aconsejen lo contrario. En ningún caso el material deberá ser entregado o exhibido a la autoridad ante la cual se efectúe la declaración,

salvo disposición expresa en contrario. El duplicado del formulario que deberá presentarse ante la autoridad policial obrará como autorización provisoria de tenencia, hasta tanto el Registro Nacional de Armas acuerde o deniegue la misma». Por último, la ley 20.429 en su artículo 34 dispone que: «Todo tenedor, por cualquier título, de armas de uso civil, está obligado a su denuncia dentro del plazo y con las formalidades que establezca la reglamentación. El incumplimiento de tal obligación hará pasible al infractor de las sanciones previstas en esta ley». De lo expuesto surge que, tal como lo afirma el juez de la instancia anterior, el principal tramite que debió acreditar el acusado para validar su versión, es la constancia de denuncia de la posesión del arma de fuego, a fin que la autoridad de control y fiscalización otorgara las correspondientes autorizaciones. Tramite que el acusado nunca realizo.

Además, se advierte que, dentro de las exigencias de ANMAC para el reempadronamiento, no se exige la presentación del arma, tal como lo afirma el acusado, ni tampoco se hace referencia a normativa alguna que deje sin efecto lo establecido en el art. 149 del decreto 395/75.

En efecto, el sentenciante acertadamente indicó que, la versión del acusado, en cuanto al reempadronamiento, fue aportada al solo efecto de eludir su responsabilidad por el hecho, en tanto se encuentra acreditado que transportó ilegítimamente el arma de fuego de uso civil, a sabiendas que no se encontraba autorizado legalmente para ello, ejerciendo de este modo la tenencia ilegal del arma.

Es decir, el acusado actuó con pleno conocimiento y voluntad en la realización de la acción típica. A partir de todo lo reseñado, es posible afirmar la improcedencia de los cuestionamientos de la defensa, en tanto se advierte una adecuada fundamentación por parte del juez de la instancia anterior respecto de los aspectos controvertidos por la defensa en esta instancia. Por último, analizaré los agravios dirigidos a cuestionar la pena y las reglas de conducta impuesta por el sentenciante.

Por un lado, no comparto el criterio de la recurrente en cuanto a que el monto de la pena impuesta resultó excesivo, esto en tanto estimo que al determinar la pena el sentenciante valoró, de manera adecuada y razonada, las pautas previstas normativamente por los arts. 40 y 41 del CP. En efecto, surge de los fundamentos que el juez de la instancia anterior al momento de imponer la pena tuvo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes.

En cuanto a las primeras, analizó que el acusado contaba con escasos recursos económicos, como así también, estudios secundarios incompletos y que a sus 42 años de edad no poseía antecedentes penales. En relación con las agravantes, el sentenciante consideró las circunstancias de realización del hecho y los motivos que lo llevaron a cometerlo, en tanto el acusado se encontraba trasladando, de una provincia a otra, dos armas de fuego sin la debida autorización legal, infringiendo de esta manera dos previsiones legales, lo que incrementa su culpabilidad, mostrando a su vez una menor motivación por la norma. Según entiendo, ninguna de estas consideraciones pueden estimarse como arbitrarias o alejadas de las constancias de la causa.

Por consiguiente, estimo que la pena impuesta al acusado fue justa y equitativa, por lo que corresponde el rechazo de tal agravio. Por el otro lado, en cuanto al cuestionamiento referido a la imposición de las reglas de conducta, la defensa considera que el juez de la instancia anterior vulneró el contradictorio, en tanto impuso al acusado por el término de tres años, reglas de conductas que no fueron solicitadas por el Ministerio Público Fiscal y, por ende, sin dar vista a la defensa.

Entre ellas, la de abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes en lugares públicos (ver fs. 121 vta.), la que considera improcedente en el caso.

En relación con la ausencia de contradictorio respecto de las reglas previstas por el art. 27 bis del CP, en la **causa «Chacon Azeglio»** señalé que «[e]l órgano jurisdiccional deberá imponérselas bajo el tipo y

modalidad de cumplimiento que resulten adecuadas a los fines de prevención señalados, debiendo así fundarlo. Por lo tanto, tampoco resulta afectado el debido proceso, ni mucho menos el derecho de defensa ni el contradictorio». Es decir, que la imposición de reglas de conducta por parte del tribunal no precisan ser litigadas, por lo tanto no afecta al sistema acusatorio adversarial la circunstancia que sean impuestas sin ser litigadas por las partes. En otro orden, considero que le asiste razón a la defensa en cuando al planteo vinculado con la regla de conducta impuesta referida a la abstención de uso de estupefacientes o abuso de bebidas alcohólicas. Esto por cuanto esa regla no se relaciona con las circunstancias del hecho, como así tampoco, existe ninguna prueba que indique que el acusado, al momento del hecho, se encontraba bajo los efectos del alcohol y/o estupefacientes. Sobre la cuestión he tenido oportunidad de referirme en diversos precedentes.

Así, en «**Morales Kader**» sostuve que «[l]a pauta de conducta que impone la prohibición de abusar bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas o de consumir estupefacientes, no se encuentra acompañada de prueba alguna que indique que el acusado haya estado influenciado por alguno de esos elementos al ejecutar las conductas lesivas por las que se le condena, motivo que sugiere que el tribunal no ha tenido en cuenta que las reglas previstas en el art. 27 bis se justifica «en tanto resulten adecuadas para prevenir nuevos delitos», aspecto en el que no puede dejar de explicarse cuál es la relación subyacente entre dichas restricciones y la evitación de nuevos hechos delictivos».

Así, se advierte que el sentenciante no argumentó la razón por la que consideraba que esa regla de conducta resultaría adecuada para prevenir la comisión de un nuevo delito.

Por lo tanto, entiendo que la imposición de la regla cuestionada por la defensa resulta arbitraria, por lo que debe ser dejada sin efecto. De conformidad con lo expuesto, considero que corresponde responder de manera parcialmente afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Sergio Romero en las presentes actuaciones, considero que corresponde **hacer lugar al remedio casatorio** y, en consecuencia, anular la sentencia de condena.

Ello, por los argumentos que paso a desarrollar.

La figura penal atribuida por el Ministerio Público Fiscal a Sergio Romero por los hechos investigados es la prevista en el art. **189 bis inc. 2, párrafos 1°, 2° y 7° del CP**, que tipifica la tenencia ilegal de armas de fuego.

Así, el tipo penal establece que «[l]a simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de seis meses a dos años y multa de mil pesos a diez mil pesos» (art. 189 bis inc. 2, párrafo 1° del CP) y que en caso de que las armas fueren de guerra la pena será de dos a seis años de prisión (art. 189 bis inc. 2, párrafo 1° del CP).

Como puede apreciarse **el tipo objetivo de la figura penal** bajo estudio se encuentra conformado tanto por elementos positivos como negativos. En este sentido, el **tener el arma bajo el poder del autor** configura el elemento positivo, en tanto que «**sin la debida autorización legal**» configura el negativo.

Es relevante recordar que sobre estos extremos debe atribuirse **el dolo** para que se configure la faz subjetiva del tipo penal.

Es decir, deben tenerse presente las **reglas de atribución del conocimiento** que requiere el concepto de dolo, para así poder afirmarse que la conducta es típica.

Según advierto, en el caso de autos, se encuentra acreditado que Romero tenía dos armas de fuego dentro de su vehículo, como bien puso en conocimiento ante el personal policial al serle consultado.

Sin embargo, también es necesario que se atribuya el conocimiento por parte del acusado del elemento negativo que posee la figura penal endilgada, es decir, el extremo de que la tenencia era «sin la debida autorización».

El juez de instancia anterior ha explicado en detalle en la sentencia la normativa reglamentaria en materia de tenencia de armas de fuego, lo que fundamenta el deber de su conocimiento por parte de quien posee armas de fuego.

Además, ha hecho el debido hincapié en que Romero **ha sido tenedor legal** de armas de fuego por más de veinte años, lo que acredita el **conocimiento sobre la reglamentación** sobre armas de fuego.

Sin embargo, a mi criterio, el punto central se enfoca en si el acusado conocía efectivamente que la tenencia de armas de fuego era desarrollada sin la debida autorización.

Desde el inicio de la investigación Romero ha expresado **que no se había percatado de que se encontraba vencida su licencia** para tener armas de fuego de guerra.

En este sentido, recién comenzado el debate oral, luego de la lectura de la acusación fiscal, el acusado solicitó declarar y expuso que «[...] no sabía que tenía la tarjeta de legítimo usuario vencida [...] presento los papeles y ahí me respondieron que estaba vencida [...] no me había percatado».

Además, en la declaración en el juico oral accedió a responder preguntas de las partes en el proceso, sin embargo la representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que no deseaba realizarle ninguna pregunta a Romero cuando se le concedió la palabra.

Así, el relato del acusado está dirigido a sostener que estamos frente a un error de tipo evitable que excluye el dolo y deja subsistente la figura penal imprudente, la que en nuestra legislación no se encuentra tipificada.

Pues bien, si la pretensión del órgano acusador es que pese al error, existió igualmente conocimiento efectivo de la falta de autorización para la tenencia, entonces debió dirigir sus esfuerzos probatorios a acreditarlo.

En otras palabras, la representante del Ministerio Público Fiscal debió no sólo acreditar el deber de conocer la falta de autorización para la tenencia de armas, sino también su **conocimiento efectivo**.

Lo contrario a esa actitud probatoria supone necesariamente la presunción del dolo o, dicho con mayor precisión, la presunción del conocimiento que se requiere para la imputación del dolo. En efecto, de las particularidades de las constancias de la causa se advierte que no se realizó actividad probatoria alguna a los fines de acreditar el conocimiento del elemento negativo del tipo penal atribuido en las presentes actuaciones.

Considero que lo único que se pretendió y logró probar es que se encuentra altamente reglamentada la tenencia de armas de fuego y que Romero conocía la reglamentación pertinente.

Sin embargo, no se realizó esfuerzo probatorio alguno respecto al conocimiento de que la licencia para tener armas de fuego de guerra se encontraba vencida al momento en que regresaba de la provincia de San Luis con los objetos en cuestión en su vehículo.

Ello en tanto, no se interrogó al acusado para lograr a los fines de acreditar el efectivo conocimiento del que la licencia se encontraba vencida, sino que tampoco se preguntó a otros testigos sobre este extremo ni se aportó prueba alguna específica.

Por su parte, la sentencia estima que el dolo se encuentra acreditado por el conocimiento sobre los requisitos para transportar armas de fuego, lo que supone un vicio por no haber abordado específicamente

el efectivo conocimiento sobre si la tenencia era sin la debida autorización. Por ello entiendo que, respecto del delito de tenencia de armas de fuego de guerra, debe anularse la sentencia de instancia anterior. Además, en otro orden de ideas, la solución aquí propiciada respecto de la calificación de tenencia ilegítima de armas de guerra sin la debida autorización tiene impacto directo en la calificación de tenencia ilegítima de armas de uso civil.

Ello, en tanto que de conformidad con el art. 64 del Decreto Reglamentario 395/75 «[l]a credencial de legítimo usuario tendrá validez por el término de CINCO (5) años a contar de la fecha de su otorgamiento. Fecido dicho plazo sin que hubiere sido renovada, la misma caducará en forma automática y sin necesidad de comunicación previa alguna.

La caducidad de la credencial de legítimo usuario de arma de guerra implica la caducidad de todas las autorizaciones de tenencia del material de que sea titular el interesado, con independencia de la fecha en que estas últimas hubieran sido acordadas, siendo de aplicación en tal caso lo dispuesto por el artículo 69 de la presente reglamentación».

En resumen, la caducidad de la credencial de usuario de arma de guerra impacta de forma directa en el resto de las autorizaciones de armas de fuego que posea el titular, produciendo su caducidad de forma automática.

En otras palabras, **el vencimiento ocurrido respecto de la licencia de tenencia de armas de guerra hace caducar las licencias de tenencia de armas de fuego de uso civil.**

Así, en el caso de autos el **conocimiento efectivo sobre el vencimiento** de la licencia de tenencia de armas de fuego de guerra poseía implicancias directas en el conocimiento sobre el vencimiento de la licencia de tenencia de armas de fuego de uso civil.

En términos sencillos, el desconocimiento que alega el acusado sobre el vencimiento de la licencia de tenencia de armas de guerra conlleva el **desconocimiento** de que también se encontraba vencida la licencia de tenencia de armas de uso civil.

En este sentido, entiendo que el Ministerio Público Fiscal **debió también probar el conocimiento** de que se encontraba vencida la licencia de tenencia de armas de fuego de uso civil por haber operado el vencimiento de la licencia de armas de guerra, lo que tampoco ocurrió.

Además, como ya expuse, la sentencia de instancia anterior no abordó el **conocimiento efectivo** del vencimiento de las licencias y sólo recurre a afirmar que el dolo se encuentra acreditado sin un debido análisis de aquello.

Por ello, la sentencia resulta arbitraria y corresponde su anulación.

En síntesis, en virtud de no haber sido abordado en la sentencia de condena el conocimiento efectivo que requiere la consideración del comportamiento del acusado como **doloso** sobre todos los elementos del tipo penal atribuido al acusado –en particular, el conocimiento efectivo de que las licencias de tenencia de armas de fuego, tanto de guerra, como de uso civil se encontraban vencidas– corresponde anular la sentencia bajo estudio por resultar arbitraria. Por las razones expuestas, considero que debe contestarse de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, y en consecuencia dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el apartado 2) del resolutivo n° II de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Sergio Claudio Romero y, en consecuencia, dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el apartado 2) del resolutive n° II de la sentencia recurrida, confirmando ésta en todos sus demás aspectos.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro (disidencia) DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.). Secretaría, de mayo de 2023.-

10- JIMENEZ ATAMPI. 05-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-	-	-	-2°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230605_FcJAC.pdf

Lex: 189 bis inc. 2, 1° párrafo del CP. Art. 217, 219 del CPP. Art. 19 inc.3, 475 y 478 inc. 1° del CPP. Ley 26216.

Vox: Tenencia. Arma de fuego de uso civil. Amnistía. Entrega voluntaria del arma. Excepción de previo y especial pronunciamiento. Principio de legalidad. Principio pro reo. Principio pro homine. ANMAC.

Summa:

El **JPC** rechaza la excepción por falta de acción. La magistrada desestimó la solicitud de **extinción de la acción por amnistía** planteada como excepción de previo y especial pronunciamiento por la defensa, que invocó los arts. 19 inc. 3 del CPP y el Programa de Entrega Voluntaria de Armas prevista en los arts. 7 y 8 de la ley 26.216. Para así resolver, consideró que la ley nacional de amnistía para la entrega voluntaria de armas tiene como presupuesto la «voluntariedad» de la entrega, en función de lo cual postula la amnistía. La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-05119682-6/1((018502-28023)) FC/ CARLOS RENE JIMENEZ ATAMPI (28023) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *105287573*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-05119682-6/1 caratulada “F. c/ JIMÉNEZ ATAMPI, CARLOS RENÉ P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la **defensa** de Carlos René Jiménez Atampi interpone recurso de casación contra el auto pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto se rechaza la excepción por falta de acción en los autos n° P28.023/19.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior desestimó la solicitud de **extinción de la acción por amnistía** planteada como excepción de previo y especial pronunciamiento por la defensa, que invocó los arts. 19 inc. 3 del CPP y el Programa de Entrega Voluntaria de Armas prevista en los arts. 7 y 8 de la *ley 26.216*. Para así resolver, consideró que la ley nacional de amnistía para la entrega voluntaria de armas tiene como presupuesto la **«voluntariedad» de la entrega**, en función de lo cual postula la amnistía.

Explicó que esa voluntariedad requiere que no haya intervención de efector público alguno, y que la amnistía tiene sentido porque la parte que entrega un arma lo hace **ex ante** de ser investigada por la comisión de un delito con ella.

En el caso, ya había intervenido la autoridad pública, que tomó conocimiento de que el acusado había tenido un altercado con su pareja y que portaba un arma de fuego.

Con posterioridad a la intervención de la Policía el acusado hizo entrega del arma.

Esa entrega no fue previa a la actuación policial, de modo que no se verifica el caso previsto en la norma legal invocada por la defensa –ver audiencia del día 08/11/2019, min. 11:34 a 14:40–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Carlos René Jiménez Atampi plantea dos agravios contra la resolución reseñada.

En primer lugar, sostiene que la jueza de la instancia previa no aplicó la amnistía prevista en la ley 26.216 en función de un criterio subjetivo y fundado en una distinción que la ley no prevé.

La norma sólo exige la **entrega voluntaria del arma**, sin diferenciar si la misma es producto de la intervención circunstancial de la policía antes ni después de la entrega.

Señala que de las constancias de la causa surge que el acusado entregó el arma voluntariamente, sin que hubiera requerimiento alguno de la Policía.

En segundo orden, sostiene que el **principio de legalidad** que surge del art. 18 de la Constitución Nacional exige priorizar una exégesis restrictiva del texto legal en materia penal, lo que también es consecuencia

de la política criminal de acudir al Derecho penal como ultima ratio, y con el **principio pro homine** que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Añade que también se llega a esta conclusión a partir del **principio in dubio pro reo** previsto en el art. 2 del CPP. En función de ello, solicita se declare la extinción de la acción penal por amnistía.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso procede formalmente, aunque debe ser desestimado en el fondo.

En punto a la **procedencia formal de la impugnación**, afirma que constituye un medio de impugnación típico deducido por la defensa letrada del imputado, con un interés concreto en su objeto, la específica indicación de los puntos de agravio y en el tiempo legal correspondiente.

En cuanto al fondo, considera que de la compulsión de la audiencia realizada surge que la jueza interviniente brindó adecuados fundamentos para motivar su decisión, que lucen lógicos y apoyados en Derecho.

En ese sentido, hizo mención a que la ley nacional invocada por la defensa prevé la amnistía para quienes hagan entrega voluntaria de armas, lo que significa que debe ser realizada sin la intervención de efector público alguno.

Mientras que en el caso que nos ocupa, el acusado entregó el arma cuando ya había intervenido personal policial, que se hizo presente en su domicilio porque vecinos de Jiménez Atampi habían llamado a la autoridad policial.

En definitiva, considera que los vicios denunciados constituyen una mera discrepancia de la parte, antes que una demostración de vicios en la decisión recurrida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso interpuesto corresponde adelantar que la impugnación debe ser rechazada y, en consecuencia, convalidada la sentencia recurrida en su totalidad.

Ello, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

En efecto, entiendo que el recurso no puede prosperar y que la decisión impugnada debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

Si bien la defensa no lo señala expresamente, sus agravios consisten en la denuncia de la errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, es decir, en un vicio in iudicando o sustancial, previsto como motivo casatorio en el art. 474 inc. 1 del CPP.

Cuestiona, por una parte, la concepción de «voluntariedad» que aplicó la jueza y, por otra, la interpretación restrictiva que se realizó de la amnistía prevista en la ley 26.216.

Preliminarmente, he de señalar que coincido con el señor Procurador General en cuanto a que el recurso planteado en autos resulta formalmente admisible en vista de que la resolución objeto de impugnación se enmarca dentro de las resoluciones que el código de rito establece como susceptibles de ser impugnadas por esta vía, y el recurrente se encuentra legitimado para recurrir (ver texto arts. 475 y 478 inc. 1° del C.P.P.).

En efecto, sin perjuicio de que por regla las excepciones preliminares no constituyen el objeto típico del recurso de casación, lo cierto es que el auto impugnado resolvió «Rechazar la extinción de la acción penal por amnistía [...]» (ver fs. 11).

Además, la defensa intentó formular recurso de apelación (ver fs. 14), el cual no fue concedido por dirigirse contra una resolución judicial adoptada en el marco del **procedimiento de flagrancia**, y por tener a disposición la defensa esta vía recursiva.

Asimismo, la defensa ha invocado y sustentado sus agravios en los motivos casatorios previstos en el inc. 1 del art. 474 del código mencionado, esto es, en la presencia de vicios procedimentales.

Más allá de lo señalado, debe decirse que el planteo tampoco procede en el fondo. La defensa plantea que en el caso deben ser interpretadas de manera restrictiva diversas normas vinculadas con la ley 26.216. Sin embargo, más allá de la cuestión relativa a la interpretación de la voluntariedad de la entrega, lo cierto es que el caso que nos ocupa se encuentra claramente fuera del supuesto de hecho que la norma invocada por la defensa prevé para justificar la amnistía.

En este sentido, estimo relevante tener en cuenta que el hecho acusado a Jiménez Atampi consiste en que «[...] el día 22 de Abril de 2019 alrededor de las 18:30 hs., el señor CARLOS RENÉ JIMÉNEZ ATAMPI, se encontraba en el interior de la vivienda ubicada en calle Los Pescadores N° 2020 de Las Heras poseyendo UN ARMA DE FUEGO TIPO PISTOLA CALIBRE 9 MM, MODELO BERSA THUNDER, N° FABRIL 687897 DE COLOR NEGRA, CON CACHA DE PLÁSTICO DEL MISMO COLOR Y UN CARGADOR CON 11 MUNICIONES CALIBRE 9 MM, sin documentación que acredite propiedad ni tenencia de la misma, la cual es apta para disparo, clasificada como un arma de guerra de uso civil condicional» –conforme surge de la solicitud de audiencia de acusación de fs. 01–.

El planteo de la defensa consiste en que el día del hecho caminaba por la calle Los Pescadores cuando encontró un arma tirada en la acequia, la levantó y la llevó a su casa, dejándola envuelta en una campera sobre un sillón.

Luego llegó la policía e interrogó a Jiménez Atampi y a su pareja sobre si había pasado algo, frente a lo cual el ahora acusado les informó que había encontrado un arma y la entregó.

Esta versión se apoya en la declaración del acusado y de su pareja, Miriam Carolina Mercedí Ledesma – ver recurso, fs. 16 vta./17–.

Ahora bien, la defensa pretende la aplicación de la **ley 26.216**, que –entre otras cuestiones– dispuso la creación de un Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego (art. 3), cuyo objetivo consiste en lograr la disminución del uso y proliferación de armas de fuego; la reducción de accidentes, hechos de violencia y delitos ocasionados por el acceso y uso de armas de fuego; la sensibilización acerca de los riesgos y la promoción de una cultura de la no tenencia y no uso de las armas de fuego (art. 4).

El programa en cuestión está a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, organismo que implementa la entrega de un incentivo a quienes voluntariamente pongan sus armas o municiones a disposición del Estado (arts. 5 y 6).

En ese esquema, la ley prevé **una amnistía general** para quienes «durante el período de ejecución del Programa» realicen la entrega de armas o municiones, consistente en que la eventual tenencia ilegal «no conllevará consecuencia legal alguna» siempre que la entrega se realice «acogiéndose a la campaña» (arts. 7 y 8).

Esta norma cuenta con numerosos decretos reglamentarios (los Dcr. 7/2007, 483/2007, 560/2008, 267/2017), resoluciones de implementación (las Res. 1308/2007, 1141/2008, 1265/2009, 1083/2009, 3460/2010, 249/2011, 1665/2011, 1666/2011, 732/2012, 1623/2012, 1983/2012, 373/2013, 894/2013, 1810/2013, 1813/2013, 2599/2013, 365/2014, 693/2014, 1505/2015, 1506/2015, 1502/2016, 2176/2015, 2175/2015, 348/2017, 135/2018, 508/2020, 75/2020, 161/2021, 1651/22 y 189/2022), así

como leyes que prorrogan la vigencia del Programa y lo modifican (las leyes 26.520, 26.644, 26.792, 26.919, 27.192, 27.286, 27.415, 27.529 y 27.690).

Esta normativa dispone la creación de **puestos de recepción de las armas**, a cargo del Registro Nacional de Armas, actualmente Agencia Nacional de Materiales Controlados (**ANMAC**).

Este organismo es el que, al momento del hecho, se encontraba encargado de determinar las características particulares del pago del incentivo, las condiciones de seguridad de los puestos de recepción, la capacitación y evaluación del personal, los procedimientos para el inventario de los materiales objeto del programa, así como el procedimiento integral de entrega, recepción, inutilización y la destrucción pública de las armas de fuego y municiones (**conf. art. 2 del Dcr. 267/2017**).

De lo expuesto, puede advertirse que la entrega que invoca la defensa se encontraría al margen de la entrega controlada prevista por la **ley 26.216**, de manera que no se adecuó a la campaña, tal como lo exige el art. 8 de esa norma para que la amnistía sea procedente.

Dicho en términos claros: se haya realizado o no a requerimiento policial, lo cierto es que la entrega que realizó Jiménez Atampi no se habría ajustado a las exigencias normativas para la aplicación del Programa de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego, por lo que –por expreso mandato normativo– la amnistía prevista en el **art. 8 de la ley 26.216** no resultaría aplicable al caso.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Carlos René Jiménez Atampi.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro .-

11- ALANIZ ULLOA. 02-08-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230802_FcAUJ.pdf

Lex: Art. 189 bis, apartado 2, 4° párrafo, 50 del CP.

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra de uso civil. Calificación legal. Participación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y dos meses de prisión** por considerárselo autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional (art. 189 bis, apartado 2, cuarto párrafo del CP) y se lo declara reincidente conforme lo establece el art. 50 del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12600, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro**. Valerio. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-07171148-4/1((018502-74695)) FC/ ALANIZ ULLOA JONATHAN ALEXANDER P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL (74695) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106336381*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07171148-4 caratulada “F. C/ ALANIZ ULLOA JONATHAN P/ PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE FUEGO/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Jonathan Alexander Alaniz Ulloa, interpone recurso de casación contra la sentencia n° 12.600 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena a aquél, en causa n° P- 74.695/22, a la pena de cuatro años y dos meses de prisión por considerársele autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional (art. 189 bis, apartado 2, cuarto párrafo del CP) y se lo declara reincidente conforme lo establece el art. 50 del CP.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis por la defensa, en lo pertinente para la solución del recurso tuvo por acreditado el hecho atribuido a Jonathan Alexander Alaniz Ulloa, según el cual el 24 de julio de 2022 siendo las 8.10 hs. aproximadamente, personal policial de la unidad especial de patrullaje de Godoy Cruz fue desplazado por el CEO a calle Revolución de mayo n° 1.947 de Godoy Cruz, Mendoza. Esto, por cuanto se había recibido una novedad de la probable comisión de amenazas en las que se habría empleado un arma de fuego. Al llegar al lugar, el auxiliar segundo Ramon Castro observó que un sujeto –luego individualizado como Jonathan Alexander Alaniz Ulloa– se encontraba en la vereda, al inicio del pasillo comunero del domicilio indicado en el llamado, detentando un arma de fuego que sostenía con su mano derecha. Por ello, personal policial descendió de la movilidad y persiguió al sindicado, quien ingresó corriendo al pasillo comunero de la numeración mencionada. Alaniz fue alcanzado al llegar a la altura del departamento n° 2, por lo que se procedió a su aprehensión. Del patio del departamento n° 1 se secuestró el arma de fuego antes referida, la que resultó una pistola marca F.N., fabricada bajo patente Browning, calibre .7.65 mm (equivalente a calibre .32 auto), número fabril 237.179, color gris, con cache de madera. El arma estaba envuelta en cinta aislante de color negro con un cartucho en su interior calibre .32 y otro cartucho del mismo calibre en recámara en condiciones de uso inmediato. Posteriormente se determinó que el arma

era de guerra de uso civil condicional y que el acusado no poseía autorización para su portación y/o tenencia.

Para así decidir, el juez de la instancia previa tomó en consideración las declaraciones testimoniales prestadas en debate por Luciana Agüero, Oscar Alaniz, Jonathan Rivera, Héctor Ramón Castro (personal policial de la Unidad Especial de patrullaje de Godoy Cruz), Eduardo Quiroga (personal policial de la Unidad especial de patrullaje de Godoy Cruz) y Carlos A. Fernández Salinas (personal de la División Balística de la Policía Científica de Mendoza), así como el resto de la prueba válidamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa promueve recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP, puesto que considera que presenta vicios sustanciales y de procedimiento. Lo primero, por cuanto la sentencia se ha dictado con una calificación y un grado de participación del acusado que no es la adecuada.

Lo segundo, toda vez que entiende que ha existido una valoración errada de las pruebas obrantes en autos. La defensa sostiene que el procedimiento llevado a cabo es irregular y que el secuestro del arma se llevaba a cabo en una vivienda en la que Alaniz no se encontraba ni había tenido acceso.

Afirma que se violaron principios constitucionales y que el arma se secuestró con el ingreso a un patio sin autorización del propietario. Agrega que no se obtuvieron huellas dactilares del arma. Por su parte, afirma que el personal policial al declarar lo hizo en forma contradictoria, que las declaraciones de la supuesta víctima son contradictorias y mendaces. Critica, también, que no se valoraron los dichos de Oscar Alaniz ni los estudios toxicológicos de su asistido al momento de la aprehensión. Por otro lado, considera que la sentencia presenta vicios sustanciales por cuanto ha existido errónea aplicación de la ley penal sustantiva, en tanto que a tenor del art. 2 del CPP, Alaniz Ulloa debió ser absuelto. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se expide luego de analizar los agravios propuestos y señala que el recurso procede formalmente y debe tratarse en el fondo. Más allá de ello, refiere, a partir del estudio de aquél y de la resolución atacada, que la impugnación no resulta sustancialmente.

En relación con el vicio de arbitrariedad, sostiene que la resolución se encuentra debidamente fundada, y que del análisis realizado surge que el acusado estuvo en el lugar del hecho y que portaba un arma de fuego.

Afirma que las contradicciones a la que alude la defensa carecen de la entidad necesaria para restar validez a la valoración efectuada por el juez. Considera que las manifestaciones de Luciana Agüero y Jonathan Rivera son coaccionadas o limitadas por la familia de Alaniz Ulloa. En relación con el testimonio de Oscar Alaniz refiere que tomó conocimiento cuando su hijo ya estaba aprehendido.

Respecto a los testimonios de Castro y Quiroga son contestes con las producidas en el debate. Expresa que de las declaraciones de Luciana Agüero surge que Jonathan Rivera abrió la puerta porque sabía que era la policía y permitió el ingreso.

Afirma que el accionar del personal policial debe ser considerado en el marco de las previsiones del art. 336 de CPP cuando se establece que la Policía judicial tiene entre sus atribuciones proceder a requisas urgentes y secuestros impostergables.

Señala que también se autoriza a llevar a cabo allanamientos a tenor del art. 219 del CPP, sin previa orden. Respecto al agravio vinculado con la errónea aplicación de la ley considera que, al no haber sido

desarrollado por la defensa, el planteo resulta infundado por lo que no debe prosperar. En función de lo expuesto, considera que debe convalidarse la sentencia cuestionada.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación promovido, anticipo opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del recurso de casación, por cuanto no se verifican los vicios denunciados por la defensa. Ello, conforme paso a explicar a continuación. La defensa técnica del acusado centra su crítica en cuestionamientos dirigidos al procedimiento llevado a cabo –tanto a la aprehensión como al secuestro del arma–.

De ello deriva la falta de acreditación en cuanto a la portación del arma por parte de su asistido. Por su parte, agrega que no se pudo probar la existencia del delito de amenazas -puntapié para la intervención del personal policial-.

Cuestiona la valoración de los medios de prueba –concretamente las testimoniales de los efectivos policiales y de las víctimas– y señala que son contradictorias y mendaces sin que reflejen la realidad de lo ocurrido. Agrega la falta de valoración de la declaración de Oscar Alaniz y los estudios toxicológicos del acusado al momento de la aprehensión.

En relación con la calificación legal considera erróneamente aplicada la ley, por cuanto –a su criterio– el juez de la instancia anterior debió haber absuelto a Alaniz, conforme las previsiones del art. 2 del CPP.

Tal como anticipé, corresponde rechazar el recurso de casación promovido por cuanto no advierto en los fundamentos orales de la sentencia cuestionada los vicios que denuncia la recurrente. Por el contrario, considero que el juez de la instancia previa tomó en consideración los elementos de prueba válidamente incorporados y procedió a confrontarlos entre ellos.

De tal manera, se advierte que la convalidación de la hipótesis acusatoria se encuentra fundada en los hechos que se tuvieron por acreditados en orden a la valoración que el juez hizo de las pruebas testimoniales.

Fundamentalmente, respecto de las manifestaciones de Luciana Agüero y Jonathan Rivera, como también las de los efectivos policiales actuantes en el hecho labor que, a mi criterio, se llevó a cabo con respeto a las reglas de la sana crítica racional, conforme paso a explicar. La defensa refiere que las declaraciones de la víctima son contradictorias y mendaces, sin detallar cuáles son las contradicciones que advierte y cómo influirían en la sentencia.

No obstante, corresponde señalar que del contraste de los testimonios prestados por Luciana Agüero y Jonathan Rivera, en la audiencia de debate, con las manifestaciones prestadas durante la investigación penal preparatoria y, la información que telefónicamente brindaron al momento del hecho –circunstancia que motivó la intervención de personal policial–, es posible encontrar diferencias que pueden ser válidamente explicadas. En efecto, Luciana Agüero y Jonathan Rivera son vecinos del padre del acusado.

Conforme se desprende de los dichos del segundo, luego del hecho, recibió una visita del padre y el hermano de Jonathan Alexander Alaniz Ulloa y, si bien no admitió Rivera haber sufrido amenazas, no es posible soslayar que durante la audiencia de debate solicitó que, al declarar, se retirase de la sala de debates Oscar Alaniz –padre del acusado– (ver registro audiovisual del debate del día 12/10/22).

En el mismo sentido, debe analizarse la actitud asumida por el testigo al negar su firma en el acta que se

le exhibió en el debate (rúbrica que luego se confirmó le pertenecía). Es por ello que, considero, que las posteriores declaraciones de Luciana Agüero y Jonathan Rivera –ocupantes del departamento 1 de calle Revolución de Mayo n° 1947 de Godoy Cruz, en cuyo patio se halló el arma secuestrada y autores (Luciana Agüero) de la llamada que alertó al CEO– se encuentran influenciadas por la particular posición de vecinos de la familia del acusado.

No obstante, debo señalar que más allá de que en el debate Rivera y Agüero negaron que el acusado les realizara amenazas y que detentara un arma de fuego, encuentro que las características de la vestimenta descritas en la comunicación telefónica detallada en el informe del CEO, se corresponden con las características de las prendas que vestía Jonathan Alexander Alaniz Ulloa al ser aprehendido.

Esta circunstancia permitió que el personal policial que acudió al lugar del hecho individualizar al presunto agresor quien –efectivamente– llevaba un arma de fuego en su mano.

De lo expuesto, se advierte que las pretendidas contradicciones que surgen del análisis interno de las declaraciones de Jonathan Rivera y Luciana Agüero, como también sus variaciones a lo largo del trámite de la causa tienen una explicación posible y razonable en el marco de las relaciones de vecindad de los denunciantes con la familia del acusado y los eventos antes referidos.

No advierto las contradicciones que alega la defensa en torno a las declaraciones de los efectivos policiales. Del análisis de los dichos de los efectivos policiales que llegaron en un primer momento al lugar del hecho no surgen aquéllas.

En relación con la testimonial prestada en el debate por Héctor Ramón Castro, de la UEP de Godoy Cruz, (ver registro audiovisual del día 12/10/22, a partir del minuto 30.55), debe decirse que de su relato surge que al llegar al lugar vieron a Alaniz y que pudo advertir cuando sacaba un arma y la arrojaba, luego de lo cual lo redujeron y aprehendieron. A ello, agregó que fue el auxiliar León –efectivo policial que llegó en apoyo de la primera movilidad– quien desde la medianera vio, en el patio de la vivienda donde residían Rivera y Agüero, el arma, motivo por el cual solicitaron los efectivos policiales autorización a quien tenía derecho de exclusión para ingresar y secuestrar el arma de fuego.

Por su parte, el auxiliar Quiroga (también de la UEP Godoy Cruz) explicó que no estuvo en condiciones de ver el arma, en tanto en esa oportunidad era quien manejaba el móvil. Al respecto, el juez explica, acertadamente a mi modo de ver, que Castro pudo ver el arma y Quiroga no, en relación a la posición que cada uno tenía en el móvil policial, uno conductor y otro acompañante (ver registro audiovisual de fecha 15/12/22 minuto 20.37)

Tampoco observo la irregularidad que sugiere la defensa en torno al secuestro del arma, al señalar que se ingresó a un patio sin autorización del propietario.

Por el contrario, de las actuaciones se desprende que el titular del derecho de exclusión de la vivienda en cuyo patio se halló y secuestró el arma de fuego que portaba el acusado al momento del hecho, autorizó el ingreso del personal policial. Esta circunstancia se ve corroborada de las declaraciones que prestaron en el debate Agüero y Rivera (ver registro audiovisual del debate del día 29/9/22).

La primera, en tanto dijo que sí habían prestado autorización para el ingreso.

El segundo, si bien en audiencia de debate, negó haber permitido el ingreso, se le exhibió la declaración –prestada durante la investigación– en la que había expresado lo contrario.

Advierto que Rivera desconoció su firma y, respecto del contenido dijo que no lo dejaron leer (ver registro

audiovisual del debate del día 12/10/22), sin embargo al llevarse a cabo pericia caligráfica se corroboró que la firma estampada en el acta cuyo contenido se leyó en el debate le pertenecía a Rivera.

Al resolver el juez explica que no le caben dudas en cuanto a que quienes tenían derecho de exclusión – Agüero y Rivera– autorizaron el ingreso del personal policial a su domicilio, sin embargo –refiere– que en caso de que queden dudas sobre si un efectivo policial ingresó en forma previa a la autorización, considera que a tenor de las previsiones de los arts. 336 inc. 4 y 219 inc. 1 del CPP, resulta atribución del personal policial llevar a cabo tal tipo de medida (a partir del minuto 36.20).

Por ello rechaza el planteo de nulidad formulado por la defensa. En otro orden, considero que no acierta la defensa al denunciar omisión de análisis por parte del juez sentenciante de la declaración de Oscar Alaniz.

Por el contrario, de la reproducción de los fundamentos brindados en forma oral surge que el juez detalló la declaración del padre del acusado, pero, al momento de valorar sus dichos en relación con el momento del hecho -esto es al momento de la portación del arma de fuego por parte de Jonathan Alaniz- la descartó. Ello, puesto que este testigo no estuvo en condiciones de ver ese hecho, sino los sucesos posteriores.

Asimismo, cuestiona la defensa la ausencia de valoración de los estudios toxicológicos de su asistido, sin embargo, no señala cuál es el sentido que a aquellos se les debiera dar, ni las conclusiones contrarias a las que podría haber llegado el juez en caso de haberlos ponderado, específicamente en relación con el hecho atribuido al acusado.

En función de lo señalado, y al no advertirse irregularidad en el procedimiento que derivó en la aprehensión de Alaniz y en el secuestro del arma, así como tampoco vicio alguno en la valoración de la prueba, debe confirmarse la sentencia cuestionada por la defensa.

De tal manera, no puede resultar de recibo el agravio según el cual debió aplicarse el art. 2 del CPP. Por lo expuesto, considero que corresponde responder de forma negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jonathan Alexander Alaniz Ulloa.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D.ADARO Ministro

P.). Secretaría, de agosto de 2023.-

12- PERALTA CALDERON. 28-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231228_FcPCS.pdf

Lex: Art. 189 Bis inc. 2, 3° párrafo, 55, 205 del CP.

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra de uso civil condicional. Violación de las medidas sanitarias. Epidemia. Concurso real. Delitos de peligro abstracto. Constitucionalidad. Proporcionalidad. Juicio de cesura. Monto de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años y seis meses de prisión** de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual tiempo como responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional y violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la introducción o propagación de una epidemia, todo en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12399, pronunciada por el JPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Puente Cuello. 28-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180528_FcPCL.pdf
- Ordoñez. 12-06-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOrdonez.pdf

Parágrafos destacados

“...Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones, en consonancia con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que «la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma **gravedad institucional**, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Así, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige la jurisprudencia del Tribunal (L.S. **285-102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056**)» De tal manera, quien formula un planteo de inconstitucionalidad debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional» (Fallos: **253:362; 257:127; 308:1631**; entre otros). Este criterio ha sido ratificado por esta Sala, en tanto se ha sostenido que «[d]e las funciones que ostentan los Tribunales de Justicia, el ejercicio del **control de constitucionalidad** de una norma cuestionada constituye sin dudas la tarea más delicada pero la más propia del Poder Judicial, por cuanto al mismo se le ha encomendado la función de la efectiva declaración y aplicación del derecho en el caso concreto. Esto nos lleva a recordar el principio reiteradamente declarado por este Tribunal según el cual una ley en sí misma puede no ser inconstitucional, pero puede ser inconstitucional su aplicación al caso [...]»; así como que

«[s]e encuentra plenamente aceptado que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas atribuciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, constituyendo un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al cual el juzgador debe acudir sólo como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable [...]» (ver al respecto “**Puente Cuello**”, “**Ordoñez**”).”

SCJM. Dr. **Palermo**. Dr. Gómez. Dra. Day.

Fallo:

CUJ: 13-07110714-5/1((018501-50167)) FC/ PERALTA CALDERON SERGIO OMAR P/ PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL Y VIOLACION DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EVITAR LA INTRUCCION O PROPAGACION DE UNA EPIDEMIA TODO EN CONCURSO REAL (50167) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106280644*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07110714-5 caratulada “F. c/ PERALTA CALDERÓN SERGIO P/PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA Y VIOLACIÓN DE MEDIDAS ADOPTADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA EVITAR LA INTRODUCCIÓN Y PROPAGACIÓN DE UNA EPIDEMIA EN CONCURSO REAL S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón, interpone recurso de casación contra de la sentencia n° 12.399 y sus fundamentos.

Ello, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual tiempo como responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional y violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la introducción o propagación de una epidemia, todo en concurso real.

La sentencia fue emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en autos los n° P-50.167/20.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. MARÍA TERESA DAY.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis impuso la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual tiempo a Sergio Omar Peralta Calderón como autor del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional y violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la introducción o propagación de una epidemia, todo en concurso real.

Además, desestimó el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa del acusado. Para así decidir el juez de la instancia previa tomó en consideración las constancias de la causa, en función de los argumentos expuestos por las partes.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Sergio Peralta Calderón promueve recurso de casación a tenor del art. 474 del CPP. Considera que en la sentencia cuestionada se ha inobservado o aplicado erróneamente la ley sustantiva.

Señala que los vicios denunciados al determinar la cuantía de la pena devienen del apartamiento de las reglas de la sana crítica racional.

Refiere que, en la audiencia de cesura, luego de escuchar las posturas de las partes, el Ministerio Público

Fiscal argumentó su solicitud de aplicar el mínimo legal de la figura legal en la que se encuadraron los hechos –esto es tres años y seis meses de prisión–. Añade que, por su parte, planteó la inconstitucionalidad de la cuantía de la pena para el caso concreto. En orden, señala que explicó los motivos legales de su pretensión de establecer una pena por debajo del mínimo legal establecido en la escala penal. Sostiene que es facultad de los tribunales imponer penas cuyo monto sea inferior al establecido en la escala penal del tipo, pese a que no se trata de una potestad reconocida a los tribunales en el Código Penal.

Reclaman la violación de diversos principios legales establecidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, al momento de determinación de la pena: legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, lesividad. Sostiene que estamos en presencia de un acto ante el que, el mínimo de la escala penal aplicable es desproporcionado al hecho, lo que pone al juez en la posición de imponer una sanción sin más, prevaleciendo el principio de legalidad.

Así, se incurriría en una contradicción interna del ordenamiento jurídico, que también dispone que la sanción a aplicar sea proporcional a la culpabilidad del autor y útil a la sociedad.

En apoyo de su tesis cita doctrina, en tanto entiende que el máximo de la escala penal se encuentra justificado por resultar un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado y que los mínimos limitan el poder cuantificador siempre que otra fuente de mayor jerarquía no obligue a otra solución. Señala la recepción jurisprudencial de lo planteado en diversos fallos.

Expresan que la crítica directa al fallo radica en el rechazo del pedido de declaración de inconstitucionalidad de la escala penal en el caso concreto por lesionar los principios de aplicabilidad del derecho penal, como son los principios de **culpabilidad, necesidad y de proporcionalidad**.

Señala que el acusador no ha demostrado el **peligro concreto** de la conducta prohibida. De esta forma, se habría producido una afectación en los principios de aplicabilidad del derecho sustantivo, pues se ha establecido una presunción iure et de iure de la conducta prohibida; es decir no se admite prueba en contra de la peligrosidad de la conducta.

Agrega que en la norma del art. 189 bis del CP se establece una presunción iuris tantum en la referencia a que resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

Reclama la aplicabilidad del in dubio pro reo en el marco del art. 2 del CPP y señala que las circunstancias en que se realizó el hecho en cuestión –pandemia y prohibición de circular de toda la población– reduce a cero la peligrosidad de la conducta endilgada a su asistido.

Señala, en otro orden, la ausencia de razonabilidad en el fallo recurrido, la ausencia de afectación del bien jurídico protegido en el caso concreto la seguridad pública, ya que no había personas circulando en razón de la hora de la noche y, principalmente, porque estaba prohibido, lo que concede el andamiaje necesario y suficiente para controlar la arbitrariedad y la falta de motivación y razón suficiente. En función del art. 28 de la CN, entiende que se puede concluir que la inferencia de la razonabilidad de los actos judiciales basados en superiores intereses sociales de eficacia de la justicia no puede aplicarse contra legem, bajo riesgo de interpretar que pueda haber intereses por encima de la Constitución Nacional, al que deban sustraerse los actos judiciales.

En función de lo expuesto, solicita se declare nula la sentencia impugnada por falta de motivación y razón suficiente y se ordene la realización de una nueva audiencia a fin de establecer una escala penal acorde. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se expide luego de analizar los agravios propuestos y considera que, si bien el

recurso de la defensa procede formalmente, no resulta sustancialmente procedente. Destaca que la pena aplicada se encuentra comprendida dentro del mínimo legal de la escala penal prevista en abstracto para ese delito.

Asimismo, que es ajustada a derecho en cuanto al tipo y monto, en tanto que los agravios de la defensa en lugar de exponer errores en el razonamiento del juzgador denotan una discrepancia con la valoración efectuada por el juez. Afirma que el recurrente intenta que se case la sentencia y perfore el mínimo legal establecido para que se imponga al acusado la pena de dos años, cuatro meses y cinco días para el delito enrostrado.

Considera que no pueden prosperar los agravios puesto que, a la luz de los hechos perpetrados y la fundamentación de la pena, el monto de la misma no aparece como desproporcionado toda vez que se ha aplicado el mínimo imponible. Señala las razones expresadas por el juez al efectuar el control de constitucionalidad y afirma que resultan claros y razonados los motivos por los cuales se impuso la pena cuestionada sin que se haya limitado a una mera referencia a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. En razón de lo señalado, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido, adelanto opinión en el sentido de que corresponde su rechazo en atención a los motivos que a continuación paso a exponer. De forma preliminar y a los fines de una mejor claridad, corresponde hacer un repaso del trámite de la presente causa:

a.- El hecho por el que fuera condenado Peralta Calderón ocurrió el 5 de julio de 2020, a las 23.30 hs., en la esquina de callejón Moreno y calle García de Guaymallén. En esa ocasión, Sergio Omar Peralta Calderón, llevaba dentro de una riñonera color negro un arma de fuego tipo pistola, marca Astra, modelo 4000, calibre 7,65 mm (equivalente a .32 auto), inscripción numérica 1041603 con cargador colocado y seis cartuchos en su interior, sin autorización legal.

b.- El 29 de diciembre de 2020, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, dictó la sentencia n° 7.170.

En ella, condenó al acusado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo con más inhabilitación especial para tener y/o portar armas de fuego por cuatro años y ocho meses, como autor del delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional y violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para evitar la propagación de una epidemia todo en concurso real (arts. 189 bis inc. 2, cuarto párrafo, art. 205 y 55 del Código Penal).

c.- La sentencia señalada en el párrafo precedente fue recurrida por el Ministerio Público Fiscal y por la defensa del acusado. Esta Sala, en fecha 22 de abril de 2022, acogió el recurso del acusador público y rechazó el de la defensa.

En consecuencia, casó la sentencia del juzgado de la instancia previa, por entender que el delito de portación ilegal de arma de fuego de guerra de uso civil condicional no debía encuadrarse en la figura atenuada sino, en la básica.

Por otro lado, se rechazó el planteo casatorio de la defensa.

d.- En función de lo expuesto, se llevaron a cabo audiencias por ante el Juzgado Penal Colegiado N° 1, a fin de determinar la pena aplicable para el delito atribuido.

En esta oportunidad, la defensa de Peralta Calderón, esgrimió por un lado que la condena impuesta en la primera sentencia se había agotado y, no era posible aplicar una pena más grave.

Por otro lado, solicitó la perforación del mínimo legal del delito atribuido, al considerar que las situaciones

fácticas y jurídicas se encontraban presentes (minuto 23.49).

Señalaron la **inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto** y que, en razón de la falta de lesión concreta al bien jurídico, se lesionan los principios de lesividad y proporcionalidad.

Agregó que prácticamente no hubo peligro de la seguridad pública por la situación fáctica de los hechos investigados en su oportunidad.

Asimismo, que el lugar del hecho es una zona agraria de Guaymallén, donde la densidad habitacional es nula y que, por ello, la seguridad pública está puesta en dudas.

El hecho fue en altas horas de la noche y, principalmente, en contexto de pandemia.

En este sentido, recordó también que Peralta Calderón fue condenado por el art. 205 del CP.

A partir de ello consideró que debía declararse la inconstitucionalidad de la escala penal y aplicarse una escala penal razonable.

El juez desestimó el pedido de la defensa, hizo lugar a la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal y dispuso que se mantuviera la prisión domiciliaria hasta tanto quedara firme la presente sentencia.

Respecto del planteo de la defensa sobre el agotamiento de la pena en razón de la primera sentencia condenatoria, señaló que (minuto 6.35) la pena impuesta por la jueza del Juzgado Penal Colegiado que había intervenido con anterioridad, fue convalidada sólo parcialmente.

En este sentido, señaló que la pena fue revocada y, por ello, carecía de vigencia jurídica luego de fenecer las vías recursivas (recurso extraordinario federal o casación horizontal).

Recordó que, sin dudar de la buena fe de los profesionales de la defensa, la audiencia del juicio de cesura se suspendió en tres oportunidades a pedido de esa parte.

De tal manera, consideró que la demora fue debido a los pedidos de los defensores y para garantizar el derecho de defensa.

Respecto al **control de constitucionalidad** pretendido por la defensa con el objeto de aplicar una pena menor al mínimo de la escala penal señaló que en el caso concreto no advertía razón para declarar la inconstitucionalidad.

Consideró que la pena solicitada por el órgano acusador se adecuaba al disvalor del hecho cometido, al injusto típico, por lo que era proporcional.

Al analizar el caso concreto, descartó la inconstitucionalidad de la norma, explicó que fue dictada por el Congreso de la Nación, única fuente de legislación penal, en ejercicio de sus facultades conferidas y en cumplimiento de las normas que establece nuestra Constitución Nacional para la sanción y promulgación de las leyes.

En el caso, entendió que el legislador, al disponer un **plus punitivo**, es decir una mayor pena para el delito de portación de arma de guerra, lo hizo en razón del mayor calibre de las armas que, por ello, ostentan un mayor poder ofensivo para la sociedad, razón que justifica un mayor disvalor o una mayor respuesta punitiva.

Señaló que el representante del Ministerio Público Fiscal había solicitado como pena, el mínimo de la escala penal del delito previsto en el art. 189 bis inc. 2, cuarto párrafo del CP.

Recuerda que en este caso la escala penal oscila entre tres años y seis meses de prisión y un máximo de ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

Explicó que para declarar la inconstitucionalidad de la escala penal es necesario analizar las circunstancias concretas y, que en este caso, la declaración de reincidencia merecía una mayor respuesta punitiva, como también por el hecho de haber cometido dos delitos.

Por ello, la pena solicitada no era excesiva, no violentaba el principio de proporcionalidad y, en el caso concreto, la respuesta punitiva era acorde a derecho.

Descartó también el planteo de inconstitucionalidad formulado en torno a los delitos de peligro abstracto (a partir del minuto 20).

Concluyó que no existía violación al principio de reserva legal, de lesividad, ni de última ratio y, por ello, mantuvo la vigencia de la norma y resolvió que la pena reclamada era acorde al principio de retribución, culpabilidad por el injusto.

Además, entendió que conforme con la finalidad de resocialización de la pena, la impuesta era justa para garantizarla.

Planteo de inconstitucionalidad.

Realizada la reseña antes referida, en primer lugar, corresponde abordar el planteo de inconstitucionalidad de la defensa.

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones, en consonancia con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que «la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Así, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige la jurisprudencia del Tribunal (L.S. 285-102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056)»

De tal manera, quien formula un planteo de inconstitucionalidad debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional» (Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

Este criterio ha sido ratificado por esta Sala, en tanto se ha sostenido que «[d]e las funciones que ostentan los Tribunales de Justicia, el ejercicio del **control de constitucionalidad** de una norma cuestionada constituye sin dudas la tarea más delicada pero la más propia del Poder Judicial, por cuanto al mismo se le ha encomendado la función de la efectiva declaración y aplicación del derecho en el caso concreto.

Esto nos lleva a recordar el principio reiteradamente declarado por este Tribunal según el cual una ley en sí misma puede no ser inconstitucional, pero puede ser inconstitucional su aplicación al caso [...]»; así como que «[s]e encuentra plenamente aceptado que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas atribuciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, constituyendo un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al cual el juzgador debe acudir sólo como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable [...]» (ver al respecto “**Puente Cuello**”, “**Ordoñez**”).

En la misma línea, la Corte Federal, ha ratificado en recientemente que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico [...].

Por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre

debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución».

Añade que «es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (**Fallos 311:1451, considerando 9**) en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia (**Fallos: 324:3219, considerando 10 y su cita**)». Y, agrega «[...] es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (**Fallos 324:3345; 328:91 y 329:4032**).

En este sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho: “... el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto...” (**Fallos 241:121, 342:1376**).

Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos 313:410; 318:1256 y 329:385 entre muchos otros)» (**CSJN, fallo del 11/11/21, «Chukwidi»,**).

La pretensión defensiva se centra en la declaración de inconstitucionalidad del art. 189 bis inc. 2 cuarto párrafo del CP, en cuanto delito de peligro abstracto y, de allí deriva la pretensión de aplicación de una pena inferior al mínimo de la escala penal asignada para esos delitos.

Sin embargo, y por un lado la defensa no logra desvirtuar en esta instancia los argumentos brindados por el juez de la instancia anterior en relación con la ausencia de afectación de los principios de culpabilidad, proporcionalidad, reserva legal, de lesividad, de última ratio,

Por otro lado, tampoco logra explicar el motivo por el cual en este concreto caso la posibilidad de afectación del bien jurídico protegido se reduce a cero.

En este último sentido, advierto que la defensa considera a tal efecto, el contexto del hecho, que, según su inteligencia, determina la reducción de la posibilidad de peligro a cero por cuanto el lugar ocurrió en lugar despoblado, sin presencia de personas.

No obstante, no da cuenta de circunstancias de la causa tales como que la intervención de los efectivos policiales obedeció a un llamado telefónico en el que se alertaba la presencia de una persona herida por un arma de fuego y, que el señalamiento de Peralta fue hecho por un vecino –no identificado– que indicó a una persona que tenía un arma de fuego y se había escondido.

De esta manera, desaparecen las alegadas circunstancias de lugar despoblado y la ausencia de personas para minimizar el posible impacto del hecho atribuido a su asistido.

Por ello, es que considero que el juez penal colegiado acertadamente rechazó el planteo de inconstitucionalidad formulado y, fundó adecuadamente el rechazo al tomar en consideración las premisas referidas.

En otro orden, concuerdo con el Procurador General en cuanto a que el monto de pena determinado en la instancia previa resulta adecuado.

En efecto, y al respecto encuentro que ella no sólo coincide con el mínimo de la escala penal asignado para la especie de delito que se trata, sino que, por otra parte, el acusador público expuso los motivos por los cuales promovía tal monto de pena y que el juez, al resolver, tomó en consideración las pautas legales enunciadas por los arts. 40 y 41 del CP.

En este aspecto, puso de relieve que aplicaba el límite inferior de la escala penal, en atención a la pretensión punitiva señalada por el Ministerio Público Fiscal.

Ello, aun teniendo en cuenta la declaración de reincidencia del acusado, que el delito de portación de arma de guerra concurría con el previsto por el art. 205 del CP, la edad de Peralta Calderón y las demás circunstancias personales del condenado.

Por todo lo expuesto, en opinión concordante con el Procurador General, considero que debe responderse de manera negativa la primera cuestión planteada, razón por la que el recurso interpuesto debe ser rechazado y la sentencia cuestionada convalidada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez. Dra. Day. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y MARÍA TERESA DAY adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y MARÍA TERESA DAY adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y MARÍA TERESA DAY adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Sergio Omar Peralta Calderón.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro DRA. MARÍA TERESA DAY Ministro

Capítulo VIII.

Delitos contra la seguridad pública.

Salud Pública.

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Salud Pública.

1- SANCHEZ ORELLANO. 19-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230519_FcSOC.pdf

Lex: Art. 205, 206 en función de la ley 6.773, 239, 184 inc. 1, 150, 54, 55, 26 y 29 inc. 3 del CP

Vox: Medidas de aislamiento. Pandemia. Policía sanitaria animal. Desobediencia. Resistencia. Daño agravado. Violación de domicilio. Concurso ideal. Concurso real. Ley penal en blanco. Eadem persona, eadem res, eadem causa petendi.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de violación de las medidas de aislamiento en el marco de la pandemia, violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal, desobediencia y resistencia a la autoridad, daño agravado y violación de domicilio, concurriendo el primer delito en forma ideal y los restantes en forma real y del delito de violación de medidas contra epidemias en concurso real. La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2529, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Rozas Domínguez. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=802>
- López Pros. 28-12-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201228_FcLopez.pdf
- Rodríguez Bucci

b-SCJN

- Ayerza
- Pousa. Fallos 273:66.
- Argenflora. Fallos 320:763.
- Agrigenetics SA. Fallos 329:5410.
- Cristalux SA. Fallos 329:1053.
- Vigil, Constancio. Fallos 323:3426.

Doctrina citada.

BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 168-169

MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013)

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-06830447-9/1((038601-62458)) F. C/ SANCHEZ ORELLANO, CRISTIAN GONZALO P/ VIOLACIÓN DE MEDIDAS DE AISLAMIENTO EN EL MARCO DE LA PANDEMIA, VIOLACIÓN DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS POR LAS LEYES DE POLICIA SANITARIA ANIMAL, DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD, DAÑO AGRAVADO Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO, CONCURRIENDO EL PRIMER DELITO EN FORMA IDEAL Y LOS RESTANTES EN FORMA REAL Y ACUMS. N° P-52.195/20 , N° P51.166/20 (62458) (62458/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106082219*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06830447-9/1 caratulada “F. c/ SÁNCHEZ ORELLANO, CRISTIAN GONZALO P/ VIOLACIÓN DE LAS MEDIDAS.... S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Cristian Gonzalo Sánchez Orellano interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.529 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condena al nombrado a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional** por considerársele autor penalmente responsable del delito de violación de las medidas de aislamiento en el marco de la pandemia, violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal, desobediencia y resistencia a la autoridad, daño agravado y violación de domicilio, concurriendo el primer delito en forma ideal y los restantes en forma real –ello en la causa n° n° P-62.458/20–; y del delito de violación de medidas contra epidemias en concurso real en las causas n° P-52.195/20 y P51.166/20 (arts. 205, 206 en función de la ley 6.773, 239, 184 inc. 1, 150, 54, 55, 26 y 29 inc. 3 del Código Penal).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia previa tuvo por acreditado en la sentencia impugnada que «[...] el día 23 de agosto de 2020, siendo las 16:00 horas aproximadamente, Gonzalo Cristian Sánchez Orellano conducía una camioneta RAM dominio ESQ350 con un tráiler de color verde de dos ejes, por ruta 153 del distrito Las Catitas, departamento Santa Rosa, Provincia de Mendoza, encontrándose acompañados de dos sujetos no habidos en franco incumplimiento a la ley de aislamiento ordenada por el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020, artículo 4, Decreto 325/20, art. 2 y Decreto de Necesidad y Urgencia 408/2020, artículo 1 del Poder Ejecutivo Nacional, teniendo por objeto esta normativa evitar la propagación de una enfermedad endémica, mitigar los impactos del COVID 19 y preservar la salud pública. Seguidamente, a la altura del paraje La Josefa, el auxiliar Iván Ávila y el auxiliar Leonardo Berardy, de Policía Rural, desde la vera de la ruta y a través de una seña de mano le requirieron al señor Cristian Gonzalo Orellano que detenga la marcha del rodado, haciendo este último caso omiso, continuando su marcha a una velocidad

de 100 km/h aprox., mientras era perseguido por los funcionarios actuantes a bordo de la movilidad 3133. Practicándole durante el trayecto cambio de luces, toque de sirena y bocina. Luego, transitado diez kilómetros, el sindicado viró a la misma velocidad hacia un puesto ubicado al Oeste y detuvo su marcha sobre una tranquera, descendiendo del vehículo Kevin Sebastián Rocha Cortez –imputado, hoy prófugo–, para abrir la misma dañando de ese modo los alambres. En dicha oportunidad, la movilidad policial se ubicó al costado Norte y en paralelo a la camioneta marca RAM dominio ESQ-350 y una vez que los policías descendieron, Gonzalo Cristian Sánchez Orellano, ingresó a toda velocidad al puesto, provocando que el tráiler que acarrea enganchara el paragolpes de la movilidad 3133 dominio AB336BBB del lado del conductor, descolgando y partiendo el mismo. Luego, una vez, aprehendidos, los funcionarios preventores constataron que Gonzalo Cristian Sánchez Orellano, transportaba en la caja de la camioneta ut supra consignada, ocho caprinos orejanos sin señal de sangre y un ternero orejano como así también en el tráiler de color verde siete vacunos, dos de ellos terneros y cinco mayores, sin poseer guía para el traslado a pie, conforme a la normativa de SENASA y la Ley Provincial de Ganadería [...]» –ver registros audiovisuales de la audiencia del 06 de diciembre de 2021, min. 04:00 a 06:45–.

Para así resolver, la jueza interviniente valoró, entre los principales elementos, la declaración del acusado; el testimonio del oficial Iván Raúl Ávila Robina; el testimonio de Julio Escudero; el testimonio del oficial Leonardo Berardy; las actas de procedimiento obrantes en autos; el informe de Policía Científica y las fotografías incluidas en él; y los testimonios de José Pablo Miralles Egea, Víctor Hugo Shqueitzer y Pablo Alejandro Ibáñez.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Gonzalo Cristian Sánchez Orellano invoca la existencia de vicios en la aplicación de la ley sustantiva del tipo previsto en el art. 474, inc. 1 del CPP, aunque al desarrollar sus agravios incluye la denuncia de vicios procedimentales, del tipo previsto en el inc. 2 de la norma mencionada.

En primer lugar, menciona que la sentencia se encuentra infundada y que ha valorado erróneamente la prueba, lo que ha derivado en una errónea aplicación del derecho y ha causado un perjuicio irreparable al acusado, que implica un supuesto de gravedad institucional.

Agrega que no ha sido valorada toda la prueba producida en el debate. Luego, expresa agravios en relación con cada uno de los delitos por los que se condenó a Sánchez Orellano.

En cuanto a los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad, afirma que la conducta que desplegó Sánchez Orellana es atípica puesto que, no constituye desobediencia la acción del sujeto que no acata la orden de detener la marcha del automóvil que conduce, cuando la falta de acatamiento no es violenta. Cita doctrina que avala su posición.

Refiere al respecto que el acusado, tal como declaró el policía actuante, descendió inmediatamente sin manifestar objeciones a la actuación policial y sin resistirse cuando impactó con su vehículo el móvil policial. Destaca que no opuso resistencia alguna, de modo que corresponde su absolución.

En punto al delito de daño agravado, explica que el mismo no se produjo dolosamente sino por imprudencia. Relata que la jueza descreyó del acusado y del policía que prestó testimonio –Ávila–, cuando dijeron que el daño al móvil policial que Sánchez Orellano produjo con el tráiler adosado a su camioneta fue accidental.

Tacha de arbitraria y subjetiva esta conclusión de la jueza, además de contraria a la lógica por cuanto no se explica que los oficiales actuantes quisieran beneficiar al acusado, cuando ellos fueron quienes lo aprendieron.

Sostiene que, en caso de no creerles, la jueza debió extraer compulsas para que se investigara el delito de falso testimonio. Agrega que la jueza hizo referencia a que el móvil policial no funcionó más, aunque no existe ningún informe pericial-mecánico que concluya eso.

La certeza alcanzada es, a criterio de la defensa, abstracta y subjetiva, desvinculada de las pruebas testimoniales y se encuentra basada en la asunción de que todos los policías actuantes mintieron.

Luego, tras explicar el carácter doloso del delito de daños, señala que el personal actuante manifestó claramente que la visibilidad no era buena y que, por ello, Sánchez Orellano no pudo ver al móvil ubicado detrás del tráiler, por lo que no se puede afirmar que éste haya tenido la intención de producir un daño. El acusado no conocía que el vehículo estaba allí.

En cuanto al delito de violación de domicilio, explica que el testigo Ávila, que declaró al respecto, no fue claro sobre cómo sucedió el hecho, y que por ello se lo citó a declarar nuevamente, aunque no se logró su comparecencia. De modo, refiere que no está claro si Sánchez Orellana estaba o no autorizado a ingresar al predio.

Es lógico que el dueño del campo se ofendiera al ver una situación donde había policías en su domicilio, donde vive con su esposa e hijos, pero ello no implica que Sánchez Orellana entrara sin permiso, puesto que Escudero lo conoce. En todo caso, señala, no están claros los elementos de prueba en que se basó la jueza para condenar al acusado por este delito.

En relación con el delito de violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal, explica que Sánchez Orellana ya había sido sancionado en el orden administrativo por las infracciones a la ley de ganadería que fundamenta la condena penal.

Considera que se ha violado la prohibición de doble juzgamiento y doble punición, puesto que se ha superpuesto la sanción penal a una previa administrativa, lo que se encuentra prohibido en nuestro sistema jurídico.

Por último, en punto al delito de violación de las medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia, señala que se ha omitido aplicar el principio de ley penal más benigna.

Explica que las normas reglamentarias de la pandemia por COVID 19 partieron de una situación muy restrictiva, que disponía el aislamiento preventivo; y avanzaron por una flexibilización que incluyó el distanciamiento y luego la conclusión de las restricciones a la circulación.

Explica que hay coincidencia en la doctrina respecto de los efectos restrictivos de la ley penal más benigna, cuestión que –por ser de orden público– opera de pleno derecho. Invoca el voto de los jueces Fayt, Boggiano y Bossert en el precedente «**Ayerza**» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde señalaron que no hay razones para excluir a las **leyes penales en blanco** del principio de aplicación de la ley penal más benigna.

En las leyes penales en blanco –como ocurre con el art. 205 del CP aplicado en el caso que nos ocupa–, se da la posibilidad de que sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulte modificado por una variación en la norma extrapenal que lo complementa, por lo que el acusado debe beneficiarse ante las variaciones en la norma extrapenal. Afirma que, de los decretos que emitió el Poder Ejecutivo Nacional al respecto, surge con claridad que se trata de normativa temporaria y que estamos ante un claro cambio de criterio legislativo. Agrega que el art. 205 del CP queda vacío de contenido cuando se modifica la normativa complementaria que le da vida, y que se la existencia de normas locales que sancionaban el incumplimiento con multas constituye una clara manifestación de la voluntad de desjudicializar el trámite y pasarlo al área administrativa. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador General considera que el recurso de casación planteado por la defensa de Cristian Gonzalo Sánchez Orellano procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la jueza interviniente valoró en conjunto la prueba rendida en el debate, y que expresó sólidos argumentos para arribar a la certeza requerida para condenar al acusado.

Tuvo en cuenta que el personal policial fue reticente en su declaración, aunque ello no amerita en sí mismo la extracción de compulsas a tenor de lo previsto en el art. 275 del CP, y que el testigo Julio Escudero mintió en el debate, siendo retirado del mismo y dispuesta la compulsas por falso testimonio.

Asimismo, señala que la jueza consideró que la principal prueba está constituida por las actas de procedimiento, que dan cuenta de la mecánica de los hechos.

Además, el oficial Iván Ávila expresó que le hizo señas al acusado para que se detuviera, le hizo cambio de luces e iba con balizas en su persecución, de modo que no había dudas de que el acusado debía detener su marcha.

En cuanto a los daños al móvil policial, refiere que se encuentran constatados por fotografías aportadas a la causa y por una inspección ocular, lo que constituye prueba suficiente de los daños y permite descartar que hayan sido producto de un accidente no intencional.

Refiere que la jueza destacó que la decisión de colaborar que adoptó el acusado luego del hecho no borraba la desobediencia y resistencia ya configuradas, y que el art. 239 del CP no requiere fuerza en las cosas ni violencia en las personas para que se configure el tipo penal. Sin perjuicio de que la fuerza en las cosas quedó demostrada con los daños al móvil policial.

Además, la jueza evaluó el argumento de la falta de violencia alegada por la defensa, aunque lo descartó como motivo de atipicidad por no haber tenido en consideración el contexto en que se verificó el hecho, en particular la huida del acusado luego de que el personal policial le diera la voz de alto.

En cuanto al delito de violación de las leyes de policía sanitaria animal, la jueza explicó que los testigos fueron claros respecto de que no se podía circular sin las condiciones exigidas por la ley.

Agregó que las justificaciones que intentó el acusado no eran creíbles, por cuanto según los testigos la pandemia no dificultó el acceso a las guías y el acusado era una persona formada en el tema puesto que desde los catorce años trabajaba en ello e incluso se había desempeñado en el ámbito municipal.

Agrega que la jueza también explicó que la multa impuesta en sede administrativa tenía por objeto el recupero de los animales retenidos, pero que es distinta que la sanción penal en su naturaleza jurídica. Y aclaró que el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho se refiere al ámbito penal, y no a la superposición de éste y el administrativo.

Por último, en cuanto a la violación de las medidas contra la pandemia por COVID 19, consideró el señor Procurador General que no es aplicable al caso el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, puesto que si así fuera, se perdería el poder intimidante de la norma y no existiría la posibilidad en cabeza de los poderes del Estado de contar con herramientas penales para evitar colapsos sanitarios. Si bien la normativa relativa a la pandemia tuvo cambios significativos, queda fuera de la retroactividad de la ley penal más benigna porque la significación social del hecho cometido queda inalterada. Lo contrario implicaría dejar sin sentido las leyes temporales y excepcionales.

Por tales motivos, descarta la posibilidad de vicios de motivación o arbitrariedad en la valoración probatoria y estima que corresponde rechazar la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero, en función de las razones que en lo sucesivo expondré, que no corresponde hacer lugar al mismo.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo impugnado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover las conclusiones a la que llegó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, la solución brindada por el Tribunal Penal Colegiado al caso se ajusta adecuadamente a los hechos que se tuvieron por acreditados, los que resultan de una valoración de la prueba debidamente fundamentada conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Como mencioné al reseñar los agravios de la defensa, en el recurso se anuncia la invocación de agravios procedimentales y se menciona de modo global que el tribunal realizó una valoración de prueba arbitraria, que no tomó en cuenta todos los elementos aportados durante el debate. Sin embargo, se advierte también la posterior denuncia de agravios sustanciales.

A los efectos de brindarles a los cuestionamientos de la defensa un adecuado tratamiento, los vicios alegados serán examinados en el orden en que han sido planteados por el recurrente, esto es, con el análisis sucesivo de cada delito por el que se condenó a Sánchez Orellano.

Desobediencia. Resistencia

4.1.- En relación con los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad, la defensa afirma que la conducta del acusado fue atípica por dos razones.

Por un lado, porque no detener la marcha de un vehículo ante la voz de alto, sin ejercer violencia, no constituiría el delito de desobediencia; y, por otro lado, porque Sánchez Orellano no sólo no se resistió a la detención, sino que colaboró activamente con los funcionarios policiales. Ninguno de estos agravios puede ser acogido en esta instancia.

En efecto, la jueza interviniente justificó adecuadamente las pruebas a partir de las cuales consideró acreditada los hechos que fueron calificados como desobediencia y resistencia a la autoridad; y explicó por qué esa calificación jurídica brindada a los hechos por la acusación era correcta.

De la compulsa de los fundamentos orales de la sentencia se advierte que la jueza explicó que los efectivos policiales intervinientes le dieron al acusado la voz de alto, luego le hicieron señales de luces y con las sirenas del móvil y emprendieron su persecución, pero Sánchez Orellana desobedeció la orden de detenerse y continuó su marcha, acelerando su vehículo para intentar huir y evitar la aprehensión.

Luego, cuando se vio acorralado, dañó la tranquera de un puesto para ingresar, invadió el puesto de Julio Escudero y chocó el vehículo policial para poder escapar –ver registros audiovisuales de la audiencia del 06 de diciembre de 2021, min. 19:11 a 20:10–.

Posteriormente, la jueza contestó la alegación de la defensa respecto de la falta de tipicidad por ausencia de fuerza en las cosas o violencia en las personas –argumento que reitera en esta instancia, sin dar cuenta de las razones brindadas por el tribunal–.

Así, explicó que la fuerza en las cosas se verificó en los destrozos al móvil policial, pero advirtió una confusión en la argumentación del defensor entre la norma sustancial que prevé la evasión y la de la desobediencia y resistencia a la autoridad. Citó el **caso «Maravilla Pereyra»** de esta Sala Segunda, y afirmó que allí se distingue entre quien no se detiene, no acatando u omitiendo cumplir la orden de detener la

marcha del vehículo y continuar circulando normalmente; y quien luego de incumplir la orden emprende la fuga a alta velocidad, logrando los funcionarios su detención posterior.

De este modo, afirmó, inicialmente en un primer momento se configuró el delito de desobediencia por la omisión a detener la marcha y oponerse a la ejecución de la orden de la autoridad; y, luego, en un segundo momento, se verificó el delito de resistencia a la autoridad, que no sólo se comete con violencia en las personas o fuerza en las cosas, sino también por cualquier otro medio que no sea una omisión – ver registros citados, min. 20:12 a 22:28–. Cabe señalar que en el precedente mencionado, sostuve –en voto separado al de mis colegas de Sala, los ministros Palermo y Adaro– que quien no se detiene, no acatando u omitiendo cumplir la orden de detener la marcha del vehículo, y continúa circulando normalmente, comete el delito de desobediencia. A ello se agrega que, cuando sin solución de continuidad se opone activamente a la ejecución del acto funcional de detención, comete el delito de resistencia a la autoridad **(véase «Maravilla Pereyra»)**.

Entiendo que este temperamento tampoco es contradicho por mis colegas de Sala en aquél precedente, puesto que en su voto descartaron el recurso fiscal interpuesto sin expedirse sobre el fondo ni interpretar de un modo diferente los tipos penales ahora analizados. De manera tal que, en la explicación de la jueza, no es necesaria la violencia en las personas o fuerza en las cosas para que se configure el delito de desobediencia, por lo que la mera huida dolosa de Sánchez Orellano ya selló la tipicidad de su conducta. Y, en cuanto al delito de resistencia a la autoridad, la jueza señaló que en el caso se verificó efectivamente el uso de fuerza, con los daños que se produjeron al móvil y la persecución posterior a pie dentro del puesto que fue necesario realizar –según las actas de procedimiento y el testimonio del oficial Berardy–. La jueza tuvo en cuenta que, efectivamente, cuando fue aprehendido rápidamente Sánchez Orellano dijo al oficial «disculpá, te arreglo el móvil» y prestó su colaboración. Sin embargo, concluyó acertadamente que esta actitud colaborativa posterior a la aprehensión no elimina la desobediencia y resistencia previas –ver registros citados, min. 22:30 a 24:00–.

A mi juicio, la solución brindada al caso por la jueza es correcta, sin que la defensa logre rebatir en esta instancia los argumentos referidos. Sin perjuicio de ello, encuentro necesario señalar que lo cierto es que Sánchez Orellana ejerció resistencia desde el momento mismo en que, tras desobedecer la orden de alto, comenzó a oponer obstáculos a la detención: aceleró su marcha, desvió su ruta hacia un camino alternativo, rompió una cerca, dañó la movilidad policial y luego huyó a pie.

Estas circunstancias, como veremos, han sido tenidas por acreditadas por el tribunal sobre la base de un minucioso examen de la prueba; y demuestran que el acusado efectivamente ejerció fuerza y violencia, lo que torna inconducente la argumentación defensiva.

En segundo lugar, he de señalar que el desistimiento que Sánchez Orellana pudiera haber intentado cuando ya era inexorable su detención, efectivamente es inocuo frente a la consumación de los delitos de resistencia y desobediencia.

Se trata de delitos de mera actividad, en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce un resultado separable de ella. En esta clase de delitos no es posible la tentativa, puesto que para comprobar la consumación del hecho basta con la concurrencia de la propia acción del autor, por lo que la tentativa acabada coincide con la consumación **(ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Ed. Civitas, Tomo I, pp. 328/329)**.

En conclusión, los agravios destinados a cuestionar la acreditación y calificación de los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad deben ser desestimados en esta instancia.

Daño agravado

4.2.- En cuanto al hecho calificado como **daño agravado**, la defensa cuestiona la acreditación del dolo necesaria para su tipicidad.

Explica que el acusado justificó que el daño al móvil fue un accidente, y que el oficial Ávila ratificó que el daño no fue intencional, pues la visibilidad era mala y Sánchez Orellano no podía ver con claridad el lugar donde estaba el móvil.

Explica que sería contrario a la lógica que los policías quisieran beneficiar al acusado, cuando ellos fueron quienes los aprehendieron, y que si la jueza no les creyó debió extraer compulsas por falso testimonio.

También cuestiona la extensión del daño, pues la jueza aludió a que el móvil no funcionó más pero, señala, no hay pericias que indiquen este extremo.

Este grupo de agravios tampoco puede ser acogido en esta instancia, puesto que de la compulsas de los fundamentos de la sentencia surge que el tribunal motivó adecuadamente el comportamiento doloso del acusado. Veamos.

Al valorar la prueba, la jueza de la instancia previa consideró que la versión de los hechos aportada por Sánchez Orellano no tenía sustento en ninguna de las demás pruebas aportadas a la causa. También señaló que el personal policial que declaró en el debate fue absolutamente reticente a prestar declaración –lo que se ve corroborado por las múltiples citaciones que fueron necesarias–; mientras que el único testigo civil que declaró, el Julio Escudero, debió ser retirado del debate por mentir abiertamente –ver registros citados, min. 09:30 a 10:00–.

La conclusión a la que llegó la jueza, luego de ver el comportamiento de los testigos, fue que el acusado es una persona conocida en la zona donde vive y donde ocurrió el hecho, que goza de confianza respecto de sus vecinos –de hecho, previamente fue funcionario en el municipio de Santa Rosa– y que, si bien al cometer este hecho en medio de la pandemia debió ser detenido por las circunstancias en que tuvo lugar el suceso, posteriormente el personal policial no tuvo ninguna voluntad de continuar con la causa –ver registros citados, min. 09:30 a 10:00–.

En este orden, la jueza remarcó que el oficial Iván Ávila quiso hacer creer al tribunal que la movilidad policial se había roto a causa de un «hierrito» del tráiler, a pesar de que las fotografías ofrecidas como prueba permitían observar un flagrante choque con la extracción de un paragolpes.

De modo que la declaración de Ávila a su juicio asaltaba la inteligencia, la lógica, la experiencia común y hasta la sensatez más mínima, puesto que las imágenes mostradas durante el debate dan cuenta de un siniestro de gran magnitud, que no pudo producirse accidentalmente por un «hierrito». Las únicas circunstancias creíbles de la declaración de Ávila, afirmó la jueza, son las que se ajustan al acta de procedimiento agregada al expediente, y de la que éste no pudo apartarse.

Por eso, reconoció que era cierto que había hecho señas para ordenar la detención, que hizo una persecución con balizas, que le hizo cambios de luces, que Sánchez Orellano circulaba absolutamente en exceso de velocidad, que se metió en un puesto sin tener el más mínimo cuidado y previsión, y que Escudero –morador del puesto– y su esposa se enojaron muchísimo, en particular esta última porque había niños dando vueltas cuando Sánchez Orellano ingresó con su camioneta a alta velocidad. Concluyó que Ávila intentó desvincular al acusado de la causa, dentro del marco de lo que el acta de procedimiento le permitía –ver registros citados, min. 10:00 a 12:40–.

De manera que la versión del hecho del acusado y la declaración del oficial Ávila, a criterio de la jueza, poco podían aportar para determinar cómo se produjo el daño al móvil policial. Así, tuvo en cuenta que el daño total al vehículo quedó demostrado por la inspección ocular desarrollada, las fotografías

aportadas y la inspección realizada por Policía Científica, lo que no logró ser contradicho por las declaraciones del personal policial que representaban una clara intención encubridora –ver registros citados, min. 12:47 a 13:30–.

La declaración del efectivo policial Berardy también sirvió para corroborar el alcance y la intencionalidad de los daños. En efecto, a criterio de la jueza este testigo fue el que «menos mintió», por estar claramente asustado. Berardy dijo que «para no tener ningún problema, solamente se iba a sujetar al procedimiento», como si no sujetarse al procedimiento o decir la verdad le fuera a generar un problema.

Aun así, declaró que efectivamente el testigo Escudero se había enojado, que tuvo que perseguir corriendo al acusado que huía a pie luego de circular a exceso de velocidad, romper la tranquera del puesto e ingresar violentamente.

A partir de ello, la jueza estimó que la desobediencia, el daño agravado, la violación de domicilio y la resistencia a la autoridad quedaban acreditados.

Destacó en este sentido que el hecho fue claramente narrado por los policías intervinientes que y se vio refrendado por el acta de procedimiento –instrumento público– que daba cuenta de las circunstancias en que se produjo, a lo que se suman las imágenes del móvil policial destrozado y el reconocimiento realizado por el oficial Berardy de que no funcionó más –ver registros citados, min. 13:55 a 15:37–.

Finalmente, la jueza volvió sobre la declaración del acusado y sostuvo que era lícito que hubiera indicado que no había visto el móvil y que el daño se había producido de manera no intencional.

Sin embargo, a partir del tenor del daño causado, de las consecuencias que se generaron al móvil y del tipo de vehículo en el que se conducía el acusado, podía concluirse que lo consignado en el acta de procedimiento existió tal cual fue indicado allí. Sólo la declaración del acusado, sin dar mayores justificaciones, no podía contradecir esas conclusiones. Su versión no era creíble pues indicó que su vehículo no podía alcanzar 100 km/h con un tráiler, a pesar de que está claro que una camioneta RAM –la más grande disponible en el mercado y en excelentes condiciones de uso (tal como se consignó al momento del secuestro)– está diseñada para alcanzar y superar esa velocidad con un tráiler. En definitiva, a criterio de la jueza la declaración del acusado sólo se asentaba en su necesidad de defenderse, pero se contradijo con las actuaciones policiales concretas y específicas que se incorporaron a la investigación –ver registros citados, min. 15:40 a 17:00–.

En cuanto al argumento defensivo según el cual era ilógico que los efectivos policiales quisieran beneficiar a quien habían detenido, a las explicaciones previas respecto de la reticencia de los oficiales para declarar, la jueza agregó que se advertía que los policías estaban dispuestos incluso a mentir ante un juez, con el propósito de mejorar la situación procesal de Sánchez Orellano –ver registros citados, min. 17:00 a 17:15–. Incluso el testimonio de Escudero debió ser excluido de la valoración, puesto contenía tantas contradicciones que acabó con una compulsa por falso testimonio. Solamente cuando se le dijo a este testigo que no tendría más oportunidades de retractarse y que se iniciaría una causa penal en su contra, reconoció que estaba mintiendo flagrantemente y afirmó «no, no, paren, paren, no me lleven detenido, voy a decir toda la verdad».

En función de ello, la jueza afirmó que, en conclusión, los testigos estaban preparados conjuntamente para mentir ante la justicia, sin importarles su rol de funcionarios públicos o incluso la falsa invocación de delitos –ver registros citados, min. 17:15 a 19:10–. En definitiva, la jueza ha justificado suficientemente la acreditación de los daños producidos a la movilidad policial, así como las pruebas que le permitieron concluir que esos daños fueron resultado de un actuar doloso por parte de Sánchez Orellana.

La **extensión del daño también** fue tenida por acreditada sobre la base de sólidos argumentos, sin perjuicio de que no es decisiva para determinar la tipicidad de la conducta. Y, por último, la jueza valoró la totalidad de las pruebas incorporadas, de modo integral.

En este orden, considero que la defensa intenta parcializar la valoración de la prueba obrante en la causa, aislando su consideración y restándoles así la fuerza de convicción que surge de su conjunta valoración.

Al respecto, debe recordarse lo que ha sostenido esta Sala en otras ocasiones respecto a que los medios de prueba no constituyen compartimientos estancos porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen finalmente como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado debe ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta –véase «Rojas Garrido», «González, Daniel», «Toledo Pereyra», entre otros–

En el mismo sentido, se ha sostenido que «el sistema de la sana crítica racional se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba e impone como regla de la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles e imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» –véase «**Toro Mendoza**», «**Toledo Pereyra**», entre otros–.

Como segunda conclusión parcial, los agravios destinados a cuestionar la atribución de dolo al comportamiento del acusado en relación con los daños ocasionados al móvil policial y la extensión de éstos deben ser desestimados en esta instancia.

Violación de domicilio

4.3.- Respecto del hecho calificado como violación de domicilio, la defensa refiere que el oficial Ávila no fue claro sobre cómo sucedió este hecho, y que no está claro si Sánchez Orellana estaba o no autorizado a ingresar al domicilio de Escudero.

Explica que es lógico que éste se ofendiera por ver policías en su domicilio, donde vive con su familia, pero que ello no implica que Sánchez Orellana no estuviera autorizado a ingresar, puesto que Escudero lo conocía. Las pruebas en que se basa la acreditación de este hecho, señala, no son claras. Tampoco este agravio puede ser acogido. En primer lugar, la defensa no ha cuestionado que el acusado efectivamente ingresó al puesto donde Julio Escudero tenía el asiento de sus negocios y vivía con su familia.

En segundo lugar, y en relación con los extremos sobre si ese ingreso se produjo con el consentimiento o contra la voluntad –expresa o presunta– del morador, como quedó demostrado en el apartado anterior, Escudero mintió de modo flagrante en el debate para favorecer la situación de Sánchez Orellano.

Esto reforzó la versión del hecho contenida en las actas de procedimiento –es decir, la primera versión del hecho–, que daba cuenta de que el acusado ingresó a su fundo mientras huía de la persecución policial, sin pedir autorización para entrar e, incluso, poniendo en peligro la vida de los niños de Escudero, lo que motivó la ofuscación de Escudero y de su esposa.

Esa actitud refleja que el acusado ingresó contra una voluntad expresa de quien tenía derecho de exclusión y resulta suficiente para tener por acreditada la tipicidad de la conducta. En este caso, sin perjuicio de que Sánchez Orellana pudiera conocer de antemano a los moradores, éstos manifestaron expresamente su disconformidad con su ingreso, de modo que este extremo de la tipicidad que la defensa cuestiona resulta acreditado.

Policía sanitaria animal

4.4.- En punto a la infracción de las reglas de policía sanitaria animal, la defensa afirma que estamos ante un caso de doble persecución prohibido por nuestra Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos suscriptos por el Estado, puesto que se superpone la persecución penal con la administrativa previa, que impuso al acusado una **sanción de multa**.

De la compulsión de las constancias audiovisuales antes reseñadas surge con claridad que la jueza interviniente atendió expresamente este argumento defensivo, sin perjuicio de lo cual la defensa no ha dado cuenta de las razones esgrimidas por la jueza en su impugnación.

En este sentido, la jueza consideró que la defensa confundía la sanción administrativa con la penal.

Explicó que el principio general del derecho penal receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, según el cual nadie puede ser juzgado por un delito dos veces, **alude a «delitos» y no a infracciones administrativas**.

La infracción administrativa tiene cauce propio y tramita por las vías procesales pertinentes, que no tienen que ver con la comisión de un delito.

Esto mismo ocurre –sostuvo con acierto la jueza– con el art. 205 del CP, que impone una pena.

Si luego un DNU agrega una pena de multa administrativa es algo distinto, pero el art. 205 del CP es claro en su letra cuando indica cuál es la sanción, que es una pena privativa de la libertad.

Los fueros administrativos y penal no pueden ser confundidos y por ello el fuero administrativo no limita la acción penal porque se imponga una multa como sanción por infracciones de esa naturaleza.

Finalmente, concluyó que **no hay en estos casos un doble juicio** por el mismo delito, porque el delito es sólo uno y solo puede ser «juzgado» en sede penal, independientemente de lo que haya sucedido en el ámbito administrativo –ver registros citados, min. 31:04 a 34:31–.

La suerte adversa del agravio queda sellada no sólo porque las razones aportadas por el tribunal no han sido contestadas por el recurrente en su impugnación, sino también porque – además– se trata de razonamientos ajustados a derecho y coherentes con la jurisprudencia de esta Sala Segunda.

En efecto, tal como he tenido oportunidad de señalar con anterioridad, «[...] [p]ara la aplicación de la garantía [de la prohibición de doble punición] la doctrina exige la existencia de tres «identidades» o «correspondencias».

La primera, se debe tratar de la misma persona. La segunda, se debe tratar del mismo hecho. La tercera, debe tratarse del mismo motivo de persecución.

Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de **eadem persona, eadem res, eadem causa petendi** (véase **BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 168-169, en el mismo sentido MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013**) [...]» (conf. «Rozas Domínguez»).

En el caso que nos ocupa, la tercera identidad a la que aluden los destacados procesalistas que he mencionado no se verifica. Precisamente, se trata de causas de persecución diferentes.

A mi juicio, el alcance de la garantía no alcanza a la superposición de la intervención estatal administrativa y penal. Ello, «[...] pues cada uno de estos ámbitos de responsabilización responde a diferentes fundamentos y persigue diversas finalidades (en este orden, véase «Pousa», **CSJN Fallos 273:66**).

En este sentido, he sostenido que lo previsto en la prohibición de doble juzgamiento es que un suceso sea sometido a una doble persecución «penal», es decir, que al mismo hecho se lo someta en dos oportunidades al riesgo de derivar en la asignación de responsabilidad penal para la misma persona. Sin embargo, nada impide que ese mismo suceso sea revestido de significados jurídicos diversos [...]» (véase

«Rozas Domínguez» y «Levatino Scillia»). De manera tal que tampoco este agravio puede tener acogida favorable.

Pandemia. Art. 205 del CP

4.5.- El último agravio se vincula con la violación de las medidas sanitarias dispuestas para prevenir la pandemia por COVID 19.

Aquí, la defensa afirma que se omitió aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, pues el art. 205 del CP que prevé este delito es una ley penal en blanco, que se ve completada por la normativa administrativa, que mutó y tornó atípicas las conductas como la desplegada por Sánchez Orellano.

Invoca el **precedente «Ayerza»**, de la Corte Federal, donde los jueces Fayt, Boggiano y Bossert afirmaron que el principio mencionado alcanza las modificaciones en normas extrapenales, cuando éstas completan tipos penales en blanco.

Una segunda faz de este argumento sostiene que, en la medida en que las disposiciones administrativas preveían penas de multa, también se verifica aquí un caso de doble persecución prohibida. A mi juicio, corresponde rechazar en esta instancia el planteo defensivo.

En primer lugar, porque –al igual que ocurre con otros agravios analizados previamente– el recurrente no ha dado cuenta de las razones con las que la jueza rechazó este argumento, de modo que la impugnación demuestra antes una mera discrepancia de criterios, que un defecto en la motivación de la resolución.

En efecto, en cuanto a la aplicación de la ley penal más benigna, la jueza interviniente señaló que los cambios en el DNU no impiden la aplicación del artículo del Código Penal que define un delito, por lo que no es posible aplicar una pena de multa a un delito conminado con pena de prisión, porque lo establezca así un decreto del Poder Ejecutivo, en este caso provincial –ver registros citados, min. 34:31 y ss.–.

Sin perjuicio de esto, considero en segundo lugar que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna ha sido erróneamente invocado en este caso, puesto que las medidas sanitarias previstas para impedir la introducción o propagación de una epidemia –tal la definición del art. 205 del Código Penal– pueden ser, por definición, medidas excepcionales y temporales.

Es decir, el Código Penal conmina la infracción de las medidas sanitarias que se dispongan para sortear una situación excepcional como lo es una epidemia –o, como lo fue en este caso, una pandemia global–. De manera tal que ya en el tipo penal, es decir, en la ley penal, se encuentra prevista la temporalidad de las medidas sanitarias cuya violación es definida como delito.

Lo contrario no tendría sentido pues, como afirma acertadamente el Procurador General, implicaría vaciar de sentido coercitivo a las normas temporales y excepcionales, lo que implicaría –en casos como el que supuso la pandemia por COVID 19– que el Estado se quedara sin herramientas penales para evitar colapsos sanitarios.

Este razonamiento es conocido por la defensa, que en su propia impugnación afirma que resulta claro que la normativa administrativa que complementa el tipo penal en blanco se trata de normativa temporaria. Esto es lo que, a mi criterio, también impide trasladar a este caso el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cabeza de los jueces Fayt, Boggiano y Bossert, sostuvieron en el **caso «Ayerza» (CSJN, Fallos 321:824)**.

Debe tenerse presente que el voto que la defensa invoca en el caso «Ayerza» constituye una disidencia, puesto que la mayoría de la Corte Federal en aquella oportunidad remitió al voto sostenido en **«Argenflora» (CSJN, Fallos 320:763)**, donde se afirmó que «[...] las variaciones de la ley extrapenal que complementa la “ley penal en blanco” no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando

ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable [...]» (según remisión del voto de la **mayoría en «Ayerza»**, integrada por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Augusto César Belluscio, Guillermo A. López y Adolfo Roberto Vázquez).

A ello, se agrega que ese caso, al igual que otros en los cuales la Corte Federal evaluó la retroactividad de la ley penal más benigna a modificaciones en las normas administrativas que complementan tipos penales abiertos (tales como **«Agrigenetics SA»**, **CSJN Fallos 329:5410**; **«Cristalux SA»**, **Fallos 329:1053**; **«Vigil, Constancio»**, **Fallos 323:3426, entre otros**), se tratan de casos en los cuales se encuentran en juego normas que rigen el sistema económico, y no el sanitario.

De modo que las conclusiones a las que arribara la Corte Federal en esos análisis no son trasladables, sin más, al caso que nos ocupa, que involucra un tipo penal que protege bienes jurídicos diferentes.

Debe tenerse presente que para que un criterio jurisprudencial pueda ser invocado con carácter autoritativo, es necesario que la cuestión a dilucidar no sea, como ocurre en este caso, totalmente diversa (así lo he resuelto **en «Rodríguez Bucci»**).

En función de las razones expuestas, el agravio resulta improcedente. Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediendo a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Cristian Gonzalo Sánchez Orellano.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de mayo de 2023.-

Capítulo IX.

Delitos contra el orden público.

Asociación ilícita.

CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Asociación ilícita.

1- AMAYA POBLETE. 22-03-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230322_FcAPA.pdf

Lex: Art. 210 del CP. Ley 25761. Art. 85 de la Ley 9040.

Vox: Asociación ilícita. Rechazo formal de recurso. Nulidad de la resolución. Autopartes.

Summa:

El **TPC** rechazó formalmente el recurso de apelación deducido por la defensa.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la resolución del TPC. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que la pretensión impugnativa de la defensa es improcedente formalmente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al TPC a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Resolución cuestionada: Resolución (21-10-21), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Rechazo formal de recurso.

- Mercado Carrizo. 28-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=970>
- Colaiacovo. 19-04-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210419_FcColaiacovo.pdf

Precedentes relacionados.

Asociación ilícita.

- Amoroso Araoz. 11-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=15>
- Rojas Montenegro. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181220_FcRM.pdf
- Milan Esteban. 16-04-15:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE3Njg=&tabla=c2M=>
- Salgado. 25-11-16
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIxODY=&tabla=c2M=>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-07099060-6/1((018602-95999)). FC/ AMAYA POBLETE AGAPITO JORGE, PRINGLES ARIEL Y OTS P/ ASOCIACION ILICITA (95999) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *106269898*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil veintitrés reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-07099060-6** caratulada **“F. c/ AMAYA POBLETE AGAPITO JORGE S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. OMAR A. PALERMO**.

La defensa de Agapito Jorge Amaya Poblete, interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 21 de octubre de 2.022, del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto rechaza formalmente el recurso de apelación deducido en autos N° 95.999/21.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La resolución puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso rechazó formalmente el recurso de apelación interpuesto por los defensores del encartado Agapito Jorge Amaya Poblete, conforme lo dispuesto por el art. 461 en función con lo previsto por el art. 455 del CPP.

Para así decidir, la jueza de la instancia previa señaló que, al ingresar al análisis de la admisibilidad formal del recurso pretendido, surge que el caso traído a consideración *«no satisfac[ía] el requisito de específica indicación de los puntos de decisión que fueran impugnados»*, por lo que esa circunstancia excluye el análisis de toda otra consideración.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa interpone recurso casatorio a tenor del art. 474 del CPP. Cuestiona la resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 2, en tanto rechaza formalmente la apelación planteada.

Sostiene que se ha interpretado erróneamente el art. 455 del CPP. Explica que su defendido acordó un juicio abreviado respecto al delito de encubrimiento y solicitó la restitución de bienes que no guardan relación con el ilícito investigado, ni la admisión de responsabilidad. Añade que son objetos imprescindibles para el ejercicio de su actividad profesional.

Refiere que se solicitó ante el Juzgado Penal Colegiado N° 2 la restitución de aquellos bienes, el que se la denegó por considerar que las autopartes no cumplían con la ley 25.761 que rige la actividad.

Así, se extendió el efecto de una falta administrativa a la pérdida de la propiedad de bienes útiles y que se encontraban legítimamente en poder de su asistido.

Ese rechazo motivó el recurso de apelación que, al ser desestimado formalmente, dio origen al remedio

extraordinario promovido.

Expresa que la resolución es arbitraria porque rechaza de un modo dogmático, autoritario y voluntarista el tratamiento del recurso de apelación al señalar que no se ha cumplido requisitos formales cuando esa parte sí lo ha hecho.

Agrega que el auto cuestionado es infundado porque no satisface el recaudo elemental de toda resolución en un sistema republicano. Así también considera que la falta de motivación de la resolución al incumplir un recaudo que –está cumplido– tiñe a la decisión de inexistente resultando una nulidad absoluta no susceptible de subsanación.

Por lo expuesto, solicita que se case la decisión cuestionada y se ordene al Tribunal Penal Colegiado N° 2 que se avenga a tratar la apelación, aunque antes requiere que se ordene dictar una nueva resolución que anule el fallo del tribunal de la instancia previa.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se expide y luego de analizar los vicios invocados por los defensores de Amaya consideran que la pretensión impugnativa es improcedente formalmente.

Señala que la resolución recurrida no es de aquellas comprendidas en el elenco del art. 475 del CPP, en tanto que la equiparación a sentencias definitivas –conforme importante doctrina– debe ser utilizada con criterio restrictivo al referirse a casos excepcionales.

Refiere que, no obstante, y para el supuesto en que se entienda que la resolución pueda ser equiparada a definitiva, la petición debe ser rechazada.

Efectivamente, entiende que la resolución se encuentra fundada ya que la jueza analizó el escrito de apelación y lo sometió al control de admisibilidad que no fue superado ya que no se indicaron los puntos de agravio.

Agrega que al resolver la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 2 evaluó pormenorizadamente los reclamos de la defensa y dio cuenta de la imposibilidad de restituir los bienes en razón de la prohibición legal de la ley nacional 25.761, como de la Ley provincial 9.169.

Ello, toda vez que, si bien los bienes no correspondían a la causa, no poseían identificación alguna que permitiera conocer su trazabilidad, correspondiendo, en su caso, la destrucción y la extracción de compulsas.

Por todo lo expuesto, aconseja el rechazo del recurso de casación promovido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del análisis de la resolución cuestionada y el recurso casatorio formulado entiendo que corresponde el rechazo de la impugnación por los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar, debo señalar que compulsada la presente causa se desprende que en fecha 3 de junio de 2022, se llevó a cabo audiencia por ante el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, ocasión en que se acordó juicio abreviado y se condenó a Agapito Jorge Amaya Poblete a la pena de **tres años de prisión en suspenso por el delito de asociación ilícita (art. 210 del Código Penal)** –conforme surge de los antecedentes de Penitenciaría Provincial, constancias del Led y del registro audiovisual de la audiencia de fecha 3 de junio de 2022, minuto 42.28, como también de la

Sentencia N° 11.102–.

El hecho atribuido a Amaya consistió en que, entre los meses de diciembre del año 2021 y marzo de 2022, aquél junto con Daniel A. Guevara Guzmán, Pamela S. Guevara López, Juan C. López Saavedra, Jesús J. López Aguilera, César S. Salinas Quiroga, Mario J. López Saavedra, Diego A. Pringles Villarroel, Néstor E. Dametto Prada y Adolfo M. Oropel Gaitán formaron parte de una banda delictiva dedicada a la comisión de delitos de manera indeterminada, pero principalmente destinado a la sustracción de vehículos dejados en la vía pública del Gran Mendoza y/o en algunos supuestos a la obtención de vehículos por parte de sus propietarios quienes lo denunciaban ante la respectiva aseguradora como sustraídos.

Con posterioridad a su sustracción o recepción, esos bienes eran ocultados en zonas del pedemonte, para evadir el accionar policial.

Luego, se procedía a su desarmado y comercialización de sus autopartes a bajo costo a personas que se dedicaban a su compra y venta, a sabiendas de su origen espurio, quienes a su vez los comercializaban a terceras personas a un costo menor al del mercado legal. De tal manera, obtenían todos ellos un lucro indebido.

Agapito Jorge Amaya cumplía la función de «compra y venta», lo que significaba, como se dijo, que adquiriría las autopartes obtenidas de los autos sustraídos a un costo menor, para luego revenderlo o comercializarlo a terceras personas a un valor menor al de mercado.

Con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, la defensa técnica de Agapito Amaya solicitó la restitución de bienes secuestrados en el allanamiento realizado en el domicilio de su asistido: veinte cubiertas, tres cajas de velocidades, veinticuatro burros de arranque, dieciséis alternadores, seis radiadores, dos puentes traseros y diez tapas de cilindros.

El Ministerio Público rechazó la solicitud, atento a lo normado por la ley 25.761, razón por la cual formularon oposición, la que fue resuelta por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 (26 de septiembre de 2022) con el rechazo de la oposición y del pedido de inconstitucionalidad de la ley 25.761.

La decisión señalada fue recurrida en apelación. En el escrito recursivo la defensa de Amaya Poblete señaló que se agravaban de lo resuelto en el punto II del decisorio. Expusieron que no existía concordancia entre los rodados con pedido de secuestro, el delito reprochado y las autopartes decomisadas y cuya restitución se denegó. Agregaron que al dictar la resolución no se siguió un razonamiento adecuado.

La apelación planteada fue rechazada en fecha 21 de octubre de 2022. Al respecto, la jueza del Tribunal Penal Colegiado N° 2 expresó que en el caso no se había satisfecho *«el requisito de específica indicación de los puntos de decisión que fueran impugnados por lo que dicha circunstancia excluye el análisis de toda otra consideración al respecto. De la presentación efectuada por la defensa, ésta no cumplimenta los recaudos que la ley establece como condiciones de admisibilidad establecidos por el art. 455 de la normativa vigente esto es “... con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados”»*. Añadió que se pretendió recurrir en forma genérica una resolución jurisdiccional sin que la expresión baste para cumplir con la específica indicación de puntos de agravios y consideró que tampoco se ha establecido el agravio irreparable para el condenado.

Entendió que se alegaba una pena de decomiso, pero la sentencia no dispone al respecto, tampoco se detalla las autopartes secuestradas y qué objetos debería examinar el tribunal, en qué afectaría la negativa de restitución y demás. En esa línea, consideró que, en definitiva, no había indicado cuál era la motivación

irregular o deficiente del razonamiento de la jueza de la instancia anterior.

En primer orden, debe señalarse que la resolución cuestionada no resulta una sentencia definitiva, ni tampoco una de las resoluciones equiparadas a tal por el art. 475 del CPP. Aun así, el núcleo central de los cuestionamientos defensivos radica en la falta de tratamiento del recurso de apelación por parte del juez del Tribunal Penal Colegiado, lo que, en el caso analizado, de acuerdo con sus particulares circunstancias, habilitaría la equiparación de la resolución a sentencia definitiva.

En efecto, tal como ha señalado la Corte Federal, corresponde excepcionar la regla de la definitividad de la resolución cuestionada cuando concurre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior. Ello, tal como ocurre en el caso en tratamiento, habilita que la decisión sea equiparable a definitiva en sus efectos (Fallos 329:4931).

En segundo lugar, y conforme surge de lo antes referido, entiendo que no acierta la jueza de la instancia previa en orden a los motivos por los que consideró que correspondía rechazar formalmente el recurso de apelación formulado tal como afirmé en el **precedente «Mercado Carrizo»**.

En efecto, entiendo que las consideraciones vertidas en el voto que formulé en ese precedente resultan enteramente aplicables al caso aquí analizado, ya que la solución adoptada por la jueza del Tribunal Penal Colegiado N° 2 no responde al sentido de un sistema acusatorio adversarial.

En este orden, considero que las normas en juego deben tomarse en consideración de una manera sistemática y armónica con el conjunto del ordenamiento –como sistema procesal– vigente y dentro del marco de la política procesal judicial determinada por la Legislatura de Mendoza.

En efecto, en el precedente mencionado recordé que en nuestra Provincia está definida como política procesal el sistema acusatorio adversarial, que es la única forma procesal compatible con el enjuiciamiento mediante juicio por jurados previsto en el Código Fundamental de la República, dentro del cual se debe enmarcar la política criminal a seguir (ver, al respecto, mi voto en **«Prieto Franco»**). De tal manera, *«el mandato constitucional procesal de enjuiciamiento es el modelo acusatorio adversarial, siendo injertos los demás»* (ver, mi voto, en **«Mercado Carrizo»**).

Ahora bien, *«[e]n la evolución gradual del sistema normativo procesal, tenemos al antiguo Código de Procedimientos en materia Criminal de Mendoza, que se enmarcó dentro de un sistema de características inquisitivas, le sucedió la ley 1.908, que estableció un sistema mixto, con tintes inquisitivos. Con este código se «inicia una política procesal judicial que resulta ser el germen de la transformación a un sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial como el que estamos transitando. Si bien aparece como una forma mitigada del modelo inquisitivo, o como suele denominarse mixto, que por un lado, dispone que la investigación preparatoria sigue siendo escrita, mediante la instrucción formal y a cargo del Juez de Instrucción, pero instituye la oralidad frente a la escrituralidad, al dar paso al juicio oral, en un debate oral»* (ver, al respecto, mi voto en **«Colaicovo»**).

«Luego de casi medio siglo de vigencia de aquel código, se sancionó la ley 6.730, que instauró un sistema acusatorio formal con características de primera generación. Este código «representó un avance al establecer la investigación penal preparatoria en manos del Ministerio Público Fiscal y habilitar los criterios de oportunidad y la necesidad del pedido del Fiscal para disponer la prisión preventiva, aunque mantuvo la escrituralidad, el expediente, la fragmentación material y el formalismo del Ministerio Público, la prisión

preventiva inaudita parte, la discrepancia entre el Fiscal y el Juez, que resolvía el Fiscal de Cámara [...]» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

A ello, debe agregarse que también resultó un resabio inquisitivo el art. 413 del CPP, aún vigente, aunque con un alcance limitado, según he tenido ocasión de referir en el precedente “Torres Surget”».

«A ello le siguió la ley 7.692 que instauró el procedimiento de flagrancia, que vino a acentuar la oralidad, celeridad y eficiencia del proceso en aquellos casos».

«Más recientemente en esta evolución nos encontramos con la ley 8.869 con la cual comenzó un proceso legislativo gradual de oralización del procedimiento penal, acentuado luego, y principalmente, con las leyes 8.896 y 8.929, comenzándose con el sistema acusatorio oralizado con características de segunda generación. En efecto, la ley 8.869, que reguló la prisión preventiva, retomó aquella política judicial procesal (proporcionalidad/acusatorio/oralidad) incorporada al Código Procesal Penal ley 6.730—Código Procesal Penal ley 1.908 y la profundizó a todo el sistema procesal y como acusatorio-adversarial. Así, se estableció que con el pedido del fiscal se debe disponer audiencia oral con intervención del imputado, su defensor y citación a la víctima; y el «juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente» y se debe escrituralizar la parte esencial del auto de prisión preventiva; y el mismo procedimiento «deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295)» (art. 294 ley 6730/8869). Posteriormente, con la ley 8.896 se extendió la política judicial procesal oralidad/proporcionalidad/acusatorio a «todo criterio de oportunidad, oposición prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial que se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua, donde no se permiten la lectura de memoriales y luego de oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el artículo 155» (art. 362 CPP Ley 6730/8896). Mientras que en el art. 155 CPP Ley 6730/8896 se dispone «en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario» (ver, al respecto, mi voto en «Colaiacovo»).

«En este sentido, debe señalarse que la oralidad se sustenta en los principios de intermediación, inmediatez, concentración, continuidad (evitando suspensiones innecesarias o superfluas), no sólo con relación a las partes con el juez, sino fundamentalmente del juez y las partes frente a la sociedad. El eje central está colocado en la audiencia y la eficiencia del sistema y no en el expediente escrito. De tal manera, puede advertirse el inicio de la política legislativa de instaurar un sistema acusatorio de segunda generación y el firme avance hacia un sistema acusatorio adversarial [...]».

«En este proceso debe sumarse la esencial sanción de la ley 9.040. Este cuerpo normativo resulta de notable importancia en tanto creó los juzgados y tribunales penales colegiados, modificando estructuras, deslindó las funciones jurisdiccionales de las administrativas e introdujo modificaciones de relevancia en el proceso, tal como la audiencia preliminar prevista en los arts. 364 y ss. del CPP, con algunas notas de adversariedad, como la capacidad para instar criterios de oportunidad (art. 364 del CPP), acuerdos probatorios (art. 367 del CPP), responsabilidad de los fiscales sólo de la iniciativa probatoria de la imputación (art. 367 del CPP), etc.».

«Finalmente, la ley 9.106 —luego modificada por la ley 9.387— de juicio por jurados en la provincia de Mendoza viene a consagrar esta evolución de la política procesal al establecer aquel sistema de

enjuiciamiento, donde se reúnen todas las características del sistema acusatorio adversarial. En efecto, con aquella ley se concretó «[...] la estructura de enjuiciamiento (investigación y juicio) de cinco categorías que responden a la REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA ENERGÍA O ESFUERZO JURISDICCIONAL QUE DEBE ESTAR DE ACUERDO Y EN RELACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA INFRACION Y LA DIFICULTAD DE LA INVESTIGACIÓN Y NECESIDAD ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE JUSTICIA. Entonces tenemos que: en primer lugar la máxima expresión de garantía y plena realización del enjuiciamiento público y juzgado por sus pares, el juicio por jurados, con una investigación penal preparatoria; en segundo lugar, el juicio común (en colegio de tres jueces o unipersonal) con una investigación penal preparatoria; en tercer lugar el procedimiento correccional con una previa información sumaria; en cuarto lugar el procedimiento de flagrancia con una previa y simple formación de actuaciones; y en quinto lugar el juicio abreviado (inicial o final o dentro del marco de la investigación o de cualquier de las formas de las otras formas de enjuiciamiento) cuando exista acuerdo del imputado y su defensor con el fiscal» (ver, al respecto, mi voto en «**Colaiacovo**»).

«En definitiva, todo el recorrido legislativo referido da cuenta de una clara política procesal en materia penal encaminada hacia la instauración de un sistema acusatorio adversarial. De tal manera, la adopción por el legislador local de un modelo de enjuiciamiento penal como el referido, trae por consecuencia que la contienda judicial se enmarque dentro de un complejo sistema de confrontación que se suscita, en principio, entre dos sujetos procesales naturalmente desiguales y jurídicamente igualados, frente a un juez que no debe estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad); debe poder actuar sin subordinación jerárquica dentro del Poder Judicial y/o frente a los otros poderes (independencia) (ver, al respecto y en lo pertinente, el precedente «**Flores González**» y, también, «**Ferreya Ordoñez**» y «**Biasiori**»). Asimismo, las normas deben ser interpretadas con conocimiento y siguiendo la evolución de dicha política normativa» (ver, al respecto, mi voto en «**Mercado Carrizo**»).

Por los motivos expuestos, considero que en el caso traído a examen correspondía que la jueza del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en consideración las disposiciones de los arts. 362 y 472 del CPP, celebrara la audiencia y diese tratamiento a la cuestión planteada, sin admitir en aquella la incorporación de memoriales o escritos (art. 472 del CPP). En efecto, la jueza equiparó, a los fines de la admisión formal del recurso de apelación, la *específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados* con la indicación de los puntos de agravio.

No comparto tal equiparación, puesto que el art. 467 del CPP dispone, es su primera parte, que el recurso de apelación «[...] deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455 [...]»; en tanto que el art. 455 del CPP, establece que «[l]os recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con *específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados*». En este sentido, la indicación de los puntos de la decisión que fueran impugnados sólo es necesaria cuando la resolución recurrida se expidiera sobre más de una cuestión, lo que explica la referencia a «puntos».

De tal manera, el sentido común indica que si la resolución sólo se expide sobre una cuestión –un punto– ni siquiera es necesaria esa referencia.

Por otra parte, la exigencia de fundamentación exhaustiva en el apelante al interponer el recurso

importaría la consolidación –indebida– de la escrituralidad por sobre la oralidad.

En tanto que la intención del legislador, señalada en el **art. 85 de la ley 9.040**, consiste en privilegiar la oralidad por sobre la escritura, en tanto dispone que todas las normas de la ley de forma deben interpretarse asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, por sobre el procedimiento escrito y los expedientes (ver, al respecto, mi voto en «Mercado Carrizo»).

Por los motivos expuestos, entiendo que en el caso en análisis correspondía, teniendo en consideración las disposiciones de los arts. 362 y 472 del CPP, que se llevara a cabo la audiencia correspondiente y se diera tratamiento a las cuestiones planteadas, sin que en la audiencia se admita la incorporación de memoriales o escritos (art. 472 del CPP).

Por ello, en función los argumentos expuestos, sin que lo aquí expresado importe emitir opinión sobre el fondo de la cuestión, considero que debe responderse de manera afirmativa a la primera cuestión planteada

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega de Sala, toda vez que en el caso analizado se dan los mismos presupuestos señalados en el voto al que adhiero, en el **precedente “Mercado Carrizo”**.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso formulado, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al Tribunal

Penal Colegiado Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que, a través de la OGAP, se arbitren los medios para se brinde tratamiento al recurso de apelación oportunamente interpuesto.

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese.

Capítulo X.

Delitos contra la administración pública.

Desobediencia.

CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Desobediencia.

1- ABRAHAM CALCAGNI. 29-06-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	A rt. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par.	-	-	PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230629_FcACC.pdf

Lex: Art. 239 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Desobediencia. Unificación. Error de prohibición invencible o vencible. Violencia de género. Retracción. Ciclo de la violencia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de quince días de prisión en efectivo, por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (art. 239 del CP). En el mismo pronunciamiento, se unificó la pena impuesta por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de un año de prisión de ejecución condicional, dictada para fecha 11 de diciembre de 2020 en los autos n° P-34.624/16 y sus acumulados, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la **pena única de un año y quince días de prisión de cumplimiento efectivo.**

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12022, pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>
- Alaniz Pineira. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>
- Vargas Riquelmes. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=743>
- Scifo Ruffini. 02-12-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=738>
- González Sosa.
- Rodríguez Vázquez: 30-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230330_FcRVS.pdf
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Frias Robledo. 08-06-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcFrias.pdf
- Teves Lucero. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcTLA.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Ortega Ragonesi. 19-03-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=332>
- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>
- Gómez Ayala. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcGAC.pdf

Parágrafos destacados

En este sentido, este Tribunal sostuvo en el precedente «Frías Robledo» que «[...] la invencibilidad que presupone el error de prohibición, en tanto déficit de conocimiento que cancela la responsabilidad penal del autor, presupone que éste actuó con la diligencia debida y de acuerdo a su rol en la formación de ese conocimiento» (ver también «Reale Comba», entre otros).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia).

Fallo:

CUIJ: 13-07002029-1/1((018501-60819)) FC/ ABRAHAM CALCAGNI CRISTIAN JORGE P/ DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO (60819) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106243847*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de junio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 07002029-1/1 caratulada “F. C/ A. C., C. J. P/ DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de C. J. A. C. interpone recurso de casación contra la sentencia n° 12.022, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Ello, en tanto se condenó a aquél, en causa n° P-60.819/22, a la pena de quince días de prisión en efectivo, por considerársele autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial en contexto de violencia de género (art. 239 del CP).

En el mismo pronunciamiento, se unificó la pena impuesta por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de un año de prisión de ejecución condicional, dictada para fecha 11 de diciembre de 2020 en los autos n° P-34.624/16 y sus acumulados, con la aplicada en los presentes, condenando al nombrado a la pena única de un año y quince días de prisión de cumplimiento efectivo.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo a lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho objeto de acusación en los siguientes términos: «[...] el día 14 de Junio de 2022 siendo las 18.00hs aproximadamente en inmediaciones de la comisaría 40° de Godoy Cruz, Mendoza, más precisamente a cuatro cuabras de la dependencia, C. J. A. C. mantuvo una discusión de pareja con la señora [N.D.L.S.], desobedeciendo de esta manera la prohibición de acercamiento hacia la Sra. [N.D.L.S.], hacia su lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la misma, la cual fue ordenada en autos n° 228/19/5F por el Quinto Juzgado de Familia de Godoy Cruz, encontrándose ésta vigente y debidamente notificada al sindicato para fecha 22/02/2019». Para así decidir, la jueza de la instancia anterior, valoró principalmente las declaraciones testimoniales de N.D.L.S. y F. R. F., el acta de procedimiento, la constancia de la medida de protección ordenada en autos, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), las capturas de pantalla de WhatsApp y del correo electrónico de N.D.L.S., el expediente n° 228/19/5F en calidad de AEV,

y demás elementos de prueba incorporados al debate.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa del acusado C. J. A. C. plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios en la aplicación de la ley sustantiva.

En este sentido, refiere que si bien quedó acreditado el elemento objetivo del tipo, por cuanto existía una orden de prohibición de acercamiento del encartado hacia N.D.L.S., debidamente notificada.

Sin embargo, entiende que también se acreditó que la abogada ad-hoc de N.D.L.S. le informó que la sentencia de levantamiento de la medida se encontraba efectiva. Por ello es que N.D.L.S. y el acusado reanudaron el lazo que se encontraba suspendido. Asegura que este extremo fue sostenido por los propios protagonistas que adujeron la clara intención de retomar el vínculo familiar atento a que tenían hijos en común.

Señala que debió analizarse en el caso concreto si el acusado estaba en condiciones materiales de cumplir con lo ordenado por la autoridad, como así también, si tenía conocimiento de la existencia de dicha orden y que estaba alcanzado por ella. Sostiene que el acusado A. se comportó en base a los dichos de N.D.L.S., quien le habría indicado que estaba levantada la medida de prohibición de acercamiento y, por tal motivo, podían volver a estar en pareja. Destaca que debió considerarse que son personas con un grado de educación básica y, por ello, no tenían conocimiento que primero debían constatar en el juzgado de familia si realmente se encontraba levantada la medida. Asegura que es lógico que tanto N.D.L.S. como el acusado confiaran plenamente en lo informado por la referida profesional. Señala que no debe soslayarse que N.D.L.S. solicitó el levantamiento de la medida en el año 2019, con el patrocinio de la abogada Olascoaga, lo cual consta en el expediente n° 228/19/5F, ante el Juzgado de Familia N° 5 de Godoy Cruz, como consecuencia de haber mutado la relación entre las partes. Alega que el delito por el que se condenó a A. es doloso y en el caso no se encuentra configurada la intencionalidad y voluntariedad del acusado en no acatar la mencionada orden, debido a que se comportó en base a un error excusable, en la creencia que dicha medida no se encontraba vigente. Concluye que hubo una errónea aplicación de la ley de fondo por parte del sentenciante, y que debió resolver el presente caso mediante la aplicación del art. 353, inc. 3 del CPP, como un causal de inculpabilidad. Por todo ello, solicita se revoque la resolución impugnada y, en su lugar, se disponga la absolución del acusado C. J. A. C. en orden al delito atribuido.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que no resulta sustancialmente procedente el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. C., debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. En este orden, sostiene que el acusado conocía la orden judicial, y que obró con conocimiento y voluntad. Señala que la sentenciante constató que tal orden se encontraba vigente y notificada, y contrariamente a lo alegado por la defensa, se concluyó que no se probó la falta del elemento subjetivo, ni la existencia de un error de prohibición invencible.

Afirma que el acusado no era ajeno al proceder judicial, encontrándose sometido a proceso en numerosas ocasiones, por lo cual conocía lo que implicaba la notificación personal de la medida impuesta y, de la misma manera, su cese o modificación. Entiende que la jueza de sentencia concluyó en referencia al error de prohibición, que no se presenta como invencible, por lo que no enerva la culpabilidad. Sostiene que la jueza de la instancia anterior también explicó por qué se encontraba probada la presencia de un contexto

de violencia de género, lo que impactó en la valoración probatoria con tal perspectiva, aludiendo también a la retractación de la víctima. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por la defensa de C. A. C., entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación articulado en esta instancia. Ello, a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Preliminarmente, debo señalar que si bien la defensa alude a la existencia de vicios sustantivos, lo cierto es que sus agravios sólo hacen referencia una crítica a la tarea valorativa realizada por la jueza de sentencia.

En este orden, la estrategia de la defensa se centra en cuestionar que se acreditara –con el grado de certeza requerido por una sentencia condenatoria– el conocimiento de la antijuricidad de la conducta por parte del acusado A. C..

En otros términos, la defensa sostiene que el acusado incurrió en un **error de prohibición invencible** a partir de la información que le habría brindado N.D.L.S. sobre la vigencia de la prohibición de la orden de acercamiento que pesaba en su contra.

Esta postura frente al caso es una reiteración de la realizada en el momento de los alegatos y se basa principalmente en las distintas declaraciones prestadas por la víctima, en las que refirió haber iniciado los trámites para el levantamiento de la aludida medida, como así también, las actitudes demostradas por N.D.L.S. de querer sostener el vínculo con A..

En primer lugar, debo destacar que la jueza de sentencia aplicó debidamente los estándares internacionales en la valoración de la prueba para hechos de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos precedentes (ver «**Galdeano R.**», «**Concha, Jesús**», «**González Pringles**», «**Ruiz Gutiérrez**», «**Alaniz Pineira**» y, más recientemente, en «**González Sosa**», «**Scifo Ruffini**», entre otros).

De este modo, la sentenciante entendió que a partir los informes del EPI y del CAI realizados a N.D.L.S. – los que no han sido cuestionados en esta instancia– era posible constatar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género.

Así, la magistrada consideró que la declaración de N.L debía ser analizada «[...] en sentido conglobante con otros indicios y pruebas glosadas, atento a las inexactitudes y retractación que ha sufrido su relato en distintas oportunidades».

Agregó la jueza que «[...] el interés de la deponente al momento de declarar oralmente, fue exculpar a su pareja, C. J. A. C., brindó una versión que se contrapone en algunos puntos vertidos en la oficina fiscal y demás constancias de autos» (ver fundamentos, p.3).

En este sentido, me he referido en otras ocasiones, en términos que resultan aplicables al supuesto aquí examinado, sobre la retractación que opera en el discurso de la mujer víctima de violencia de género a raíz del denominado «ciclo de violencia».

Al respecto he sostenido que «[...] la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia

de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres» (ver al respecto «**Cruz Caporiccio**»).

Del mismo modo, sostuve en el precedente «**Rodríguez Vázquez**» que «[...] en casos de investigación y juzgamiento de ilícitos penales ocurridos en el ámbito familiar y de violencia doméstica, en que equipos profesionales especialistas en la materia detectaron todos los tipos de violencias previstos en la ley 26.485 en la mujer denunciante (arts. 4, 5 y 6 ley 26.485), debe indagarse y probarse los motivos por los cuales después de realizada la denuncia penal y pasado un tiempo prolongado sin resolución de la causa –como en el caso– la mujer denunciante presenta una manifestación de retractación en sede penal. Ello, porque puede obedecer a diversos factores, por ejemplo, atravesar al momento de la retractación la fase de «luna de miel o amor arrepentido» en la dinámica del «**ciclo de violencia**» en la que se minimizan hechos graves de violencia denunciados y se petitiona el retiro de la denuncia para el recupero de la libertad de su ex pareja, y/o por temor a padecer nuevos actos de violencias como respuesta del denunciado por haber sido detenido por la denuncia penal y haber tomado la mujer la iniciativa de la ruptura de la pareja e incluso estar en pareja con otro hombre (cfr. Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres. Dirección General de Políticas de Género. Ministerio Público Fiscal. CABA. 2016, p. 16)».

De tal manera, a mi criterio resulta plausible que los distintos comportamientos asumidos por N.D.L.S. respondan al fenómeno señalado. Ahora bien, respecto de los concretos agravios expresados por la defensa, la jueza de la instancia anterior consideró –en criterio que comparto– que no se acreditó la existencia de un error de prohibición invencible, en tanto de acuerdo a las constancias del expediente 228/19/5F del Juzgado de Familia N° 5 de Godoy Cruz, el acusado fue debidamente notificado, y la orden de prohibición de acercamiento respecto de N.D.L.S. se encontraba vigente al momento de los hechos.

En este sentido, este Tribunal sostuvo en el precedente «**Frías Robledo**» que «[...] la invencibilidad que presupone el error de prohibición, en tanto déficit de conocimiento que cancela la responsabilidad penal del autor, presupone que éste actuó con la diligencia debida y de acuerdo a su rol en la formación de ese conocimiento» (ver también «**Reale Comba**», entre otros).

A ello debe sumarse que no parece verosímil sostener que el acusado no conocía las formalidades propias del sistema de justicia, como lo sugiere la defensa, cuando ya había sido condenado por hechos cometidos contra N.D.L.S. en contextos de violencia de género, en donde también se le impuso como norma de conducta la prohibición de acercamiento (ver parte resolutive de la sentencia en autos n° P-34.624/16 y sus acumulados, punto III, apartado e).

Estos argumentos de la jueza de la instancia previa no han recibido objeción alguna por parte de la defensa que demuestre en qué punto el razonamiento ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso.

En definitiva, de lo expuesto surge que la jueza de instancia anterior en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención de C. A. C. como autor.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Teves Lucero**», «**Italiani**», «**Cruz Caporiccio**», «**Merlo Lassa**»; «**Ojeda Pérez**», «**Brancello**», «**Ortega Ragonesi**», «**Biscontín Tobares**», «**Zurita**» y «**Gómez Ayala**», por resultar aplicables en ese aspecto al presente caso. De tal manera, considero que debe responderse de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. J. A. C. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 12.022, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de junio de 2023.-

2- ABALLAY MOLINA. 31-07-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230731_FcAMF.pdf

Lex: Art. 239 del CP. Art. 13 inc. g de la Ley 9040. Art. 147 del CPP.

Vox: Resistencia o desobediencia a un funcionario público. Defectos en la captación digital advertidos. Falta de registro audiovisual. Ausencia de fundamentos. Nulidad. Nuevo debate.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena unificada de **seis meses de prisión** por considerársele autor penalmente responsable del delito de resistencia o desobediencia a un funcionario público.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que corresponde disponer la nulidad del debate y la sentencia condenatoria cuestionada y, en consecuencia, remitir de las presentes actuaciones a origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto a favor del nombrado, remitiendo las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6289, pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sánchez Gutiérrez. 29-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664>
- Parisi López. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=971>

Precedentes relacionados

Nulidad. Falta de registro audiovisual

- Ibarra Ros. 29-05-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=312>
- Sánchez Gutiérrez. 29-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=664>
- Fernández Herrera. 28-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=927>
- Parisi López. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=971>
- Aballay. 31-07-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230731_FcAMF.pdf

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-07108036-0/1((038501-44131)) F. C/ ABALLAY MOLINA FERMIN P/ RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A UN FUNCIONARIO PÚBLICO (44131) (44131/21) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106278211*

En Mendoza, el día treinta y uno del mes de julio del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°13-07108036-0/1 caratulada “F. C/ ABALLAY MOLINA, FERMÍN P/ RESISTENCIA A LA AUTORIDAD S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

En las presentes actuaciones, la defensa de Fermín Aballay Molina interpone recurso de casación contra la sentencia n° 6.289, y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado de San Martín, en los autos n° P-44.131/21.

Ello, en tanto se condena a aquél a la pena unificada de seis meses de prisión por considerárselo autor penalmente responsable del delito de resistencia o desobediencia a un funcionario público.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de anterior instancia ha tenido por acreditado que el 1 de mayo de 2021, aproximadamente a las 23:00 horas, Fermín Aballay Molina se constituyó en el domicilio sito en Av. Argentinos Barrio La Amistad, casa 29 de la Villa Cabecera de La Paz, e ingresó hasta el comedor de la morada de Stella Maris Rosales, le pidió a ésta hablar con ella y luego se retiró del lugar, desobedeciendo de ese modo una prohibición de acercamiento vigente dispuesta el 10 de noviembre de 2017 en los autos 7410.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El recurso se interpone en función del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Considera que en el caso concreto se han aplicado o interpretado erróneamente el art. 18 de la CN, garantía del debido proceso, defensa en juicio, defensa en juicio, sistema acusatorio.

De igual manera, no se ha aplicado el bloque constitucional conformado por los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional entre ellos arts. 8.1, 8.2, 8.2 b de la Convención Americana de Derechos Humanos y de manera concreta estima erróneamente aplicada la interpretación pro homine de los tratados internacionales incorporados al bloque constitucional.

Ello en tanto no se condice la fecha del hecho llevado a juicio con la prueba de cargo que intenta fundar dicha pretensión acusatoria y el juez apartándose de la misma decide condenar cuando es evidente que hay una contradicción entre el hecho atribuido y la prueba en lo referido a la cuestión temporal. Sostiene que de la declaración de la víctima Rosa Stella Maris se refiere a otro hecho distinto porque el hecho

atribuido al acusado es del 1 de mayo de 2021.

Se agravia asimismo por inaplicabilidad del principio pro homine, en tanto teniendo en cuenta que el acusado fue condenado por sentencia n° 1529, el 24 de septiembre de 2019, donde se le impuso una pena de seis meses de ejecución condicional y además se le impusieron una serie de reglas de conducta entre ellas, se dispuso ordenar la prohibición de acercamiento hacia Stella Maris Rosales abarcando cualquier tipo de contacto personal, telefónico, mail o cualquier otro medio de comunicación.

Por ello se advierte una colisión de normas que permiten abarcar el hecho investigado por la fiscalía, dado que entiende que existe una violación a las reglas de conducta impuestas y la aplicación del art. 27 bis del CP con las consecuencias previstas esto es, que si el condenado no cumple alguna regla de conducta el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento.

O por otro lado, la consecuencia mucho mas gravosa para mi asistido, entender que la conducta investigada se trata de la conducta prevista por el art. 239 del CP.

Se agravia además por la falta de necesidad en la aplicación de la pena.

Ello en tanto, estima que el juez sentenciante al momento de imponer la pena, no valora ninguna circunstancia invocadas por la defensa. Finalmente se agravia por motivación insuficiente y arbitraria de la sentencia condenatoria.

Considera que el fallo condenatoria está fundado en la íntima convicción del juzgador, a ello agrega que el juzgador no valoró ni contrapuso la declaración testimonial de la denunciante con la declaración testimonial de Roxana Ayelen Rosales, que a su criterio pone en evidencia que ambas declarantes lo han hecho sobre hechos distintos. Formula reserva de caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

Se encuentra agregado el dictamen del Procurador quién aconseja el rechazo del recurso de casación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Debidamente compulsadas las constancias de autos, entiendo que corresponde disponer la nulidad del debate y la sentencia condenatoria cuestionada y, en consecuencia, remitir de las presentes actuaciones a origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

Ello, por las razones que a continuación se exponen. En efecto, la solución que propugno encuentra motivos en que los fundamentos orales que el juzgador brindó al cierre del debate, técnicamente resultan inaudibles.

Al momento de analizar el recurso promovido este Tribunal advirtió la falencia del registro audiovisual apuntada y emprendió diversas gestiones a fin lograr la revisión de la sentencia.

Así se solicitó a Gonzalo Lucero mediante mail del día 10 de abril de 2023 por intermedio de Secretaría que se tratara de eliminar el sonido de descarga del registro, a lo que se contestó que al no existir una onda en forma constante no se ha podido eliminar el sonido de descarga, y que de hecho hay fragmentos del video en donde dicha onda está muy entrelazada con el audio de la audiencia haciendo imposible identificarla.

En el caso concreto, en el registro audiovisual de la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2022, luego de los alegatos formulados por la fiscal interviniente y la defensa particular del acusado, en el momento en que el magistrado interviniente comenzó a dar sus fundamentos orales, se advierte específicamente 36:59 a 41:53 que resultó imposible la audición por lo que claramente este tribunal se ve imposibilitado para acceder al conocimiento de las razones que condujeron al sentenciante para decidir la condena del acusado y, de esta manera, darle tratamiento al recurso presentado por la defensa en esta instancia.

Conforme con lo analizado, y como adelantara, entiendo que las particularidades del presente caso constituyen un obstáculo infranqueable para el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia definitiva para el acusado, en tanto impide a este Tribunal la revisión integral de la resolución impugnada lo que, en definitiva, legitima la solución nulificante que propugno.

Cabe acotar que esta ha sido la solución en precedentes de este tribunal, recaído en «**Sanchez Gutierrez**»; «**Parisi Lopez**».

Por las razones expuestas y oído el señor Procurador General, corresponde acoger el recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

obre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Adelanto que comparto la solución a la que arriba el acuerdo que me precede, aunque en función de alguno de los puntos vertidos en los argumentos en que se sostiene el voto que lidera el mismo, me permito efectuar algunas breves consideraciones.

En efecto, preciso remarcar que la solución propuesta, en cuanto se hace lugar al recurso de casación promovido por la defensa del imputado, anulándose en consecuencia el debate, la sentencia y sus fundamentos, encuentra verdaderamente sentido en los inconvenientes técnicos de los registros digitales de los fundamentos del fallo condenatorio, los que fueron vertidos de manera oral por el juez de la instancia anterior.

He tenido oportunidad de expedirme en el **precedente «Sánchez Gutierrez»** a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad, destacando que «entiendo que el defecto que desencadenó el vicio nulificante aparece determinado por la falta de cumplimiento de los protocolos que acompañaron las resoluciones adoptadas en el fuero penal para diagramar y establecer pautas de trabajo en los casos de audiencias realizadas en forma remota, telemática o virtual.

Hago hincapié en ello pues, más allá de cuál haya sido la plataforma digital utilizada concretamente para la implementación de la videoconferencia en las que se practicaron todos los actos de debate, lo cierto es que lo que ha quedado comprobado es la irregular observancia de las herramientas de funcionamiento proporcionadas a los operadores del sistema para la utilización y el correcto empleo de las nuevas tecnologías bajo las cuales modernamente se desarrolla el proceso penal.

Ello, además de las tareas encomendadas a los diversos operadores del sistema a través de disposiciones administrativas de carácter interna emitidas por la Coordinación del Fuero Penal, específicamente para el resguardo de la video registración, tal y como surge del art. 147 del CPP. En consonancia con lo dispuesto en el art. 13 inc. g de la Ley 9.040.» ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto en autos y anular la sentencia n° 6.289 y sus fundamentos y remitir las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a favor de Fermin Aballay Molina y remitir las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro P.).

Capítulo XI.

Delitos contra la administración pública.

Malversación. Encubrimiento.

CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA. Malversación. Encubrimiento.

1- AGÜERO NÚÑEZ. 04-04-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC IAP	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230404_FcANJ.pdf

Lex: Art. 263 del CP.

Vox: Peculado. Error de tipo. Dolo. Valoración de la prueba. Non bis in idem.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua** como autor penalmente responsable del delito de peculado (art. 263 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2305, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Rozas Domínguez. 22-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220422_FcRDE.pdf
- Levatino Scillia. 05-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180705_FcLSJ.pdf
- Mardini. 08-09-04
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=OTQxOTkyNzE=&tabla=c2M=>
- Mestre Medina. 25-02-10
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDAzNjU=&tabla=c2M=>

b-CSJN

- Pousa. Fallos 273:66

Doctrina citada.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 168-169

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo

Fallo:

CUIJ: 13-05770717-2/1((038601-755636)). FC/ AGÜERO NÚÑEZ, JULIO MIGUEL P/ PECULADO (755636) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *105945870*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de Abril del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-05770717-2/1** caratulada **“F. c/ AGÜERO NÚÑEZ, JULIO MIGUEL P/ PECULADO S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **Dr. MARIO D. ADARO**, segundo **Dr. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **Dr. OMAR A. PALERMO**.

La defensa de Julio Miguel Agüero Núñez plantea recurso de casación contra la Sentencia N° 2.305 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, por cuanto lo condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua, con accesorias legales y costas. Ello, tras declararlo autor penalmente responsable del delito de peculado (art. 263 del CP) en el marco de los autos n° P-755.636/19.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La jueza de la instancia anterior, en la resolución cuestionada por la defensa, tuvo por acreditado que «[...] el día 29 de Septiembre de 2019, siendo aproximadamente la hora 08:00, JULIO MIGUEL AGÜERO NUÑEZ, Auxiliar de Policía Primero P.P., aprovechando que se encontraba cumpliendo funciones en la Playa de Secuestro Policial Tropero Sosa, ubicada en calle Tropero Sosa N ° 1840, de la ciudad de Gral. San Martín, Mendoza, y estando al cuidado del lugar, de la guarda y custodia de los elementos allí retenidos; sustrajo del interior del vehículo marca Ford, modelo Falcon, dominioVJB411, de color naranja, propiedad de *Damián Andrés Vega Cataldo*, que se hallaba bajo su guarda y custodia, una caja de plástico de color negro, conteniendo en su interior herramientas varias [...]» (ver sentencia, pág. 2 vta., y audiencia del día 18 de mayo de 2021, video II, min. 02:20 a 03:27).

Para así resolver, la jueza valoró las pruebas producidas durante el debate y tuvo en particular consideración que no había existido controversia entre las partes respecto del modo en que los hechos tuvieron lugar –véase registros audiovisuales del 18 de mayo de 2021, video II, min. 03:00 a 04:25–.

2.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación fundado en el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP.

Denuncia la existencia de vicios en la motivación de la decisión, en particular en punto a la valoración probatoria realizada por el tribunal de la instancia previa –a la que considera apartada de las reglas de la sana crítica racional–.

En este sentido, afirma que la sentencia es arbitraria por cuanto marginó de la valoración pruebas legítimamente incorporadas y porque es resultado de la pura decisión del juzgador. Por tanto, señala que es nula.

Explica que existe cierto acuerdo entre la acusación y la defensa respecto del modo en que ocurrieron los hechos. En este sentido, refiere que una vez que se retuvo el vehículo de Damián Andrés Vega Cataldo y se lo trasladó a la Playa de Secuestros de San Martín, el acusado consignó en el acta de recepción del vehículo que había una caja de herramientas en el baúl.

Este hecho no es irrelevante, porque demuestra que Agüero Núñez no tuvo intenciones de sustraer los efectos dejados a su cargo, pues si hubiera habido en sus planes esa intención, no lo habría registrado en el acta. Además, señala que fue el único en registrar ese dato que, de otro modo, nadie habría registrado.

Luego, expresa que el tribunal de juicio tuvo en cuenta que Agüero Núñez se rehusó a devolver las herramientas y dijo que las llevaría el martes siguiente, pero no valoró que el acusado no había dormido en 24 horas, que se encontraba en la ciudad de Rivadavia y que estrictamente no se negó a llevar los bienes en cuestión, sino que solicitó entregarlas luego.

Esta situación demuestra la **ausencia del dolo** que requiere el art. 261 del CP.

Agrega que tampoco se verifica dolo puesto que Agüero Núñez guardó la caja en cuestión para custodiarla, porque en el vehículo corría serio peligro de ser verdaderamente sustraída puesto que el baúl no tenía mecanismo de seguridad alguno.

Concluye que el caso constituye un supuesto de error de tipo, ya que el hecho de plantear la posibilidad de devolver la caja de herramientas no puede ser considerado un argumento para descartar la ausencia de dolo, máxime en la medida en que frente a la interpelación accedió a devolver la caja en el momento.

Por último, afirma que el acusado ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho, ya que la Inspección General de Seguridad lo sancionó con 40 días de suspensión por este hecho; a lo que se suma la pena de prisión y la inhabilitación perpetua contenida en esta sentencia.

Solicita se aplique el beneficio de la duda, por cuanto no existe certeza de que Agüero Núñez haya participado en el hecho acusado.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el Procurador considera que el recurso interpuesto resulta procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Explica que la defensa propugna que el hecho sea calificado como un supuesto de error de tipo, en el que el agente habría actuado en la creencia de estar custodiando la cosa y preservándola de ser sustraída –habida cuenta de que el vehículo donde se encontraba no tenía medidas de seguridad–; y que cuando se le requirió que la devolviese y dijo que podía llevarla al otro día, no estaba negándose a entregarla sino solicitando una modalidad diferente de entrega. A partir de ello, refiere que los agravios, así entendidos, se asientan en el dolo de la figura delictiva.

Sin embargo, entiende que el planteo de la defensa no puede ser acogido puesto que, tal como lo expresó el tribunal, el delito de peculado es un delito de mera actividad, que se consuma con la sustracción de la cosa de la esfera de custodia de la administración pública –en el caso, de la playa de secuestros

vehiculares–.

Así, destaca que la jueza interviniente consideró la existencia de un posible error de tipo, pero explicó que esa posibilidad llegaba hasta el momento en que el acusado retiró la cosa del auto de la víctima y la colocó en su propio baúl, e incluso hasta cuando se retiró del lugar, sin perjuicio de que con eso ya se había producido objetivamente la sustracción de la cosa de la esfera pública.

Destaca el señor Procurador General que la jueza interviniente sostuvo que, sin embargo, la posibilidad de un error de tipo de esas características sólo llegaba hasta el momento en que se hizo conocer al imputado que había sustraído el elemento y se le exigió la inmediata devolución.

El hecho de que el agente solicitara una prórroga para la devolución descarta la posibilidad de error de tipo.

Es decisivo que, ante el conocimiento de que materialmente el delito estaba consumado, el agente adoptó la actitud de permanecer en la tenencia ilegal de la cosa.

En cuanto a la estrategia defensiva consistente en señalar que el acusado no tenía intención de apropiarse de la cosa, explica el señor Procurador General que el delito de peculado no exige ese ánimo, sino solamente la sustracción del bien del ámbito de custodia administrativa del que el funcionario debe ser garante, sin que la intención ulterior sea relevante.

En función de tales razones, considera que corresponde rechazar el recurso de casación articulado.

4.- Audiencia de informe oral

El día 27 de marzo de 2023 se realizó una audiencia oral a efectos de que la parte recurrente informara verbalmente la impugnación planteada.

En esa oportunidad, la defensa afirmó que la sentencia recurrida carece de fundamentos en tanto no ha tenido en cuenta los elementos esenciales del tipo penal, particularmente del tipo subjetivo.

Explicó que la jueza interviniente consideró que el delito de peculado se consuma con la mera sustracción de los elementos –en este caso, una caja de herramientas secuestrada en función de una contravención–, pero no tomó en cuenta que el acusado fue el único en consignar la existencia del secuestro de esa caja.

Esa circunstancia demuestra que no tuvo la intención de quedarse con los bienes sujetos a su custodia, es decir, que se mantuvo en la custodia de los mismos. La jueza afirmó que el dolo resultaba acreditado del hecho de que este pidiera un plazo para la devolución, lo que resulta razonable porque llevaba 24 horas sin dormir; pero no tuvo en cuenta la falta de intención del acusado de realizar otra cosa que su custodia, aunque esta fuera en su esfera personal.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal que el recurso debe ser rechazado, en tanto la crítica se enfoca en una pretendida valoración errónea de las pruebas que afectaría el elemento subjetivo del delito de peculado, pero no toma en cuenta que el dolo que exige la figura está vinculado al hecho de conocer que se custodian cosas bajo la órbita del Estado, y de que se las extrae de ese ámbito.

En el caso, el agente dio una excusa cuando se le requirió la devolución de las cosas: que se había llevado la caja de herramientas para evitar que se la robaran.

Ello prueba que objetivamente el art. 261 del CP tuvo lugar, porque el acusado conocía que sacó las cosas del ámbito de custodia del Estado.

De hecho, teniendo el Estado espacio previsto para el depósito de esos objetos, el acusado la extrajo de

allí y las llevó a su domicilio.

No debe considerarse la falta de ánimo de apropiarse de las cosas, puesto que ello no es un elemento del tipo subjetivo del peculado.

Tampoco puede alegarse un error de tipo, puesto que las pruebas demuestran que el acusado conocía los extremos del tipo en cuestión.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado por la defensa considero, en función de las razones que en lo sucesivo expondré, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Ello, en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que la sentencia cuestionada por la defensa se encuentra suficientemente motivada y que los agravios formulados por el recurrente no logran conmover las conclusiones a la que llegó el tribunal de la instancia previa.

Ahora bien, preliminarmente es necesario reconstruir los agravios que plantea la defensa. Si bien el escrito recursivo, al invocar ambos incisos del art. 474 del CPP, afirma la existencia de vicios procedimentales y sustanciales, lo cierto es que todas las críticas que concreta luego son de este último orden.

En efecto, las críticas en relación con la valoración probatoria planteada –esto es, la falta de valoración de pruebas legítimamente incorporadas– no han sido concretadas posteriormente.

Ello, en tanto la defensa no señala qué pruebas no fueron consideradas, cómo esto habría afectado la fundamentación de la decisión, ni cómo se habría visto afectado el derecho de defensa o el debido proceso legal.

De hecho, ninguno de los extremos fácticos ha sido considerado erróneamente acreditado por la defensa, que reconoce que hay un acuerdo entre la acusación y la defensa sobre el modo en que materialmente ocurrieron los hechos, y se centra en su sentido jurídico, antes que en los extremos objetivos acreditados. De manera que este agravio debe ser desestimado.

Lo mismo ocurre con la consecuencia jurídica que la defensa pretende asignarle a la meramente enunciativa crítica sobre la valoración de la prueba, que consiste en la aplicación del beneficio de la duda. Genéricamente sostiene la defensa que no existe certeza de que Agüero Núñez haya participado en el hecho atribuido. Esta parte de la crítica procedimental tampoco puede ser acogida.

En primer lugar, porque este cuestionamiento se contradice con la propia teoría del caso de la defensa, que reconoce que el hecho ocurrió y que Agüero Núñez tomó parte en él, pero discute su calificación jurídica.

En segundo lugar, porque objetivamente no existe un estado de duda respecto de los extremos fácticos, puesto que el propio acusado relató en el debate que retiró la caja de herramientas del vehículo de la víctima, y la trasladó a su casa –ver, registros audiovisuales de las audiencias del día 22 de abril de 2004, min. 00:10 y ss., y del día 18 de mayo de 2021, parte I, min. 00:30 y ss.–.

Los restantes agravios son, como se señaló antes, sustanciales y se vinculan a dos argumentos –el único agravio procedimental pendiente es la motivación de la decisión, lo que será revisado conjuntamente con estos dos agravios–.

En primer lugar, la defensa plantea que el acusado habría obrado en **error de tipo**.

Reconoce que Agüero Núñez retiró la caja de herramientas del baúl del vehículo secuestrado, y de la playa de estacionamiento donde éste se encontraba, pero afirma que ello no fue realizado con el ánimo de sustraer «realmente» la cosa, sino de custodiarla.

Sostiene que el hecho de que el acusado solicitara una prórroga para devolver la cosa cuando le fue requerido no responde al ánimo de apropiación, sino al cansancio propio de haber trabajado 24 horas continuas y a que ya se encontraba en otra ciudad. Por su parte, el hecho de haber dejado constancia en el acta de recepción del vehículo de la existencia de la caja en cuestión también demuestra la falta de ese dolo de apropiación.

En segundo lugar, la defensa sostiene –aunque no lo menciona de esta manera- que se ha vulnerado en el caso el principio «*ne bis in idem*», o prohibición de doble juzgamiento, puesto que Agüero Núñez ya recibió una sanción administrativa por este hecho, a la que se suma la posterior condena penal.

Ahora bien, en relación con el primer agravio debo señalar que el mismo no puede ser acogido en esta instancia, por dos razones.

Por una parte, porque las críticas que plantea la defensa constituyen una mera discrepancia con las razones que brindó la jueza interviniente para desestimar la posibilidad de error de tipo en el acusado, sin aportar razones que permitan poner en tela de juicio lo allí resuelto.

En efecto, la jueza afirmó en los fundamentos orales de su sentencia que la mera sustracción de la caja de herramientas de la víctima por parte de Agüero Núñez configuraba el delito de peculado, porque éste «[...] *no requiere que haya habido una intención de robo o un dolo de apropiarse de los objetos. Basta con que el funcionario a cargo de los objetos los sustraiga, es decir, se los lleve. Con la intención que sea. Inclusive, [...] con la intención de devolverlos. Eso basta para que exista peculado [...]*» –ver registros audiovisuales de la audiencia del 18 de mayo de 2021, video II, min. 04:00 a 04:51–.

También tuvo en cuenta la teoría del caso de la defensa, según la cual el acusado cargó por error las herramientas en su auto, y que también por error no las dejó y se las llevó.

Pero descartó –como ha puesto de resalto el señor Procurador General– que esa pretendida equivocación pudiera ser interpretada como un error de tipo que excluyera el dolo que exige el art. 261 del CP, porque «[...] *cuando a él [por Agüero Núñez] lo llamaron para que la devolviera [por la caja de herramientas en cuestión], su respuesta fue “las llevo el martes”. Y ante la insistencia –esto, reconocido por la defensa y reconocido por Agüero– [...] de la oficial que le dijo “hay problemas” [...] “traélas ya”. Eso [...] es peculado. El decir “las llevo el martes” significa específicamente la tipicidad de la sustracción y el dolo de Agüero de tener las herramientas hasta el martes. Eso es peculado [...], esa es la sustracción de la que estamos hablando. No se requiere que Agüero haya querido robarlas, no se requiere que Agüero se las haya querido quedar, no se requiere ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo de sustraer [...]*» –ver registros audiovisuales mencionados, min. 05:05 a 06:21–.

Seguidamente, la jueza explicó las razones por las cuales la anotación de las herramientas que Agüero Núñez dejó asentada en el registro de la playa de secuestros no resultaba dirimente para descartar la tipicidad de su conducta.

Así, señaló que «[...] [l]a circunstancia de que Agüero haya considerado que bienes secuestrados pudieran permanecer en la cajuela de su vehículo hasta el martes, basta para tipificar el hecho. Ese es el delito de

peculado que se ha cometido acá. Qué intención tuvo Agüero para llevarlos, no es dirimente a estos fines. Agüero sabía que estaba el dueño de las herramientas esperándolo en la seccional, y Agüero contestó “las llevo el martes”.

Eso me indica a mí, ese elemento que fue reconocido por todas las partes en el proceso, me indica a mí que Agüero tuvo el dolo de que Vega esperara. Ese elemento me determina la sustracción. Y por eso, justamente, lo que yo no necesito acreditar para que haya peculado es que ha habido un robo, [sino] que ha habido un dolo de apropiarse y quedarse con las herramientas. Es por lo cual Agüero [...] explicó que puso en el acta de recepción que había una caja de herramientas, porque Agüero no tenía la intención de robar las herramientas. Pero lo que no podemos discutir es que Agüero no se llevó las herramientas y que, intimado para que las devolviera, contestó que las lleva[ba] el martes [...]» –véase registros audiovisuales mencionados, min. 06:20 a 08:20–. Posteriormente, la jueza citó doctrina y jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal y de este Tribunal en apoyo de su decisión.

Luego, descartó de manera expresa la posibilidad de un error de tipo, cuando, tras descartar la posibilidad de que se verificase una causal de justificación o exculpación, señaló que debía descartarse de plano «[...] la posibilidad de un error de tipo penal en el ámbito de la tipicidad [...] toda vez que no desconozco que el señor Agüero fue anoticiado de que se había olvidado la caja de herramientas en el baúl de su auto, y el decidió o intentó no devolverlas a su debido tiempo. Ese es el elemento que a mí me permite analizar el dolo de sustraer. ¿Sustraer para quedárselo, sustraer para robar? No, sustraer como sacar de la esfera de custodia de la administración pública un bien secuestrado, que es lo que nos exige el tipo penal [...]» – véase registros audiovisuales mencionados, min. 17:40 a 18:48–.

A partir de lo señalado, es posible afirmar que no resulta procedente el agravio de la defensa vincula con la interpretación del derecho puesto que el temperamento adoptado por la jueza es correcto y no adolece de vicios, motivo por el cual ha de ser ratificado en esta instancia.

En efecto, esta Sala Segunda ha señalado que el delito de peculado concretamente consiste en separar o apartar, sacando el caudal o el efecto del ámbito de tenencia de la administración, o no reingresarlo a su debido tiempo (conf. «**Mestre Medina**»).

Este caso citado versó sobre un supuesto de hecho sumamente similar al que nos ocupa, puesto que se trató de un funcionario policial que sustrajo del ámbito administrativo automotores secuestrados que tenía bajo su custodia en la seccional, los cuales en virtud de su decisión permanecieron depositados en un taller hasta que se inició una investigación administrativa al respecto.

Dicho en otras palabras, no es necesario un ánimo de apropiación en el autor –como erróneamente pretende la defensa–, ni un perjuicio patrimonial real y efectivo para la administración pública, sino solamente la separación del bien de la esfera de custodia pública.

Así, lo ha afirmado expresamente esta Sala Segunda, en ocasión de señalar que el delito de peculado prevé aquel comportamiento del funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados en razón de su cargo, y se consuma con la «sustracción», aunque no cause ningún perjuicio patrimonial a la administración pública.

De tal manera, quien lleva adelante un comportamiento como el descrito es autor del delito de sustracción de caudales públicos o peculado (conf. «**Mardini, Clorinda**»).

Es decir, si la defensa pretendía que el dolo se viera excluido por un error de tipo, debió demostrar, no que

el acusado no tenía ánimo de apropiarse de la cosa –puesto que este elemento subjetivo no es requerido para la tipicidad subjetiva del delito de peculado– sino la ausencia del conocimiento y voluntad de sustracción, como por ejemplo, que desconocía que los objetos que colocaba en su vehículo se encontraban bajo la custodia del Estado, o que existió una confusión y pensó que eran propios; lo que, como señaló la jueza, no ocurre en el caso.

En definitiva, por las razones expuestas este primer agravio sustancial planteado por la defensa debe ser desestimado en esta instancia.

Dicho esto, en cuanto al segundo argumento de la defensa debo señalar que tampoco se advierte una vulneración de la prohibición de doble juzgamiento en el caso que nos ocupa.

Non bin in idem

Tal como esta Sala ha sostenido con anterioridad, «[...] [p]ara la aplicación de la garantía [de prohibición de doble juzgamiento], la doctrina exige la existencia de tres «identidades» o «correspondencias». La primera, se debe tratar de la misma persona. La segunda, se debe tratar del mismo hecho. La tercera, debe tratarse del mismo motivo de persecución. Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de eadem persona, eadem res, eadem causa petendi (véase **BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 168-169, en el mismo sentido MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013**) [...]» (conf. «Rozas Domínguez»).

En el caso que nos ocupa, encuentro que la tercera identidad a la que aluden los destacados procesalistas que he mencionado no se verifica. Precisamente, en tanto se trata de causas de persecución diferentes.

A mi juicio, el alcance de la garantía no alcanza a la superposición de la intervención estatal administrativa y penal. Ello, en tanto *cada uno de estos ámbitos de responsabilización tiene diferentes fundamentos y persigue diversas finalidades (en este orden, véase «Pousa», CSJN Fallos 273:66).*

Así, el sentido de lo previsto en la prohibición de doble juzgamiento es que un suceso sea sometido a una doble persecución «penal», es decir, que al mismo hecho se lo someta en dos oportunidades al riesgo de derivar en la asignación de responsabilidad penal para la misma persona. Sin embargo, nada impide que ese mismo suceso sea revestido de significados jurídicos diversos (ver, en lo pertinente, «Rozas Domínguez» y «Levatino Scillia»).

Dicho en términos claros, el agravio que plantea la defensa no puede ser acogido puesto que no se verifica en el caso una doble persecución penal, que es lo que la garantía invocada pretende evitar.

La situación que denuncia el recurrente es la superposición entre una sanción que habría resultado de un procedimiento administrativo por la violación de normas administrativas –impuesta en un proceso ajeno al Poder Judicial– con una pena impuesta por la comisión de un delito previsto en el Código Penal.

Esta situación, reitero, no se encuentra alcanzada por la prohibición de doble juzgamiento o doble punición, precisamente porque no ha habido en el caso dos «juicios» ni dos «penas», sino un proceso administrativo que habría culminado con una sanción disciplinaria, y un proceso penal que culminó con una pena.

De manera tal que tampoco este agravio puede tener acogida favorable.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Miguel Agüero Núñez en los presentes obrados.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- SALINAS ORTIZ. 22-11-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC										
				IAP										
				Mul	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231122_FcSOM.pdf

Lex: Art. 151, 55, y 268 en función del 266 del CP. Art. 359, 410, 417 quinques, último párrafo del CPP.

Vox: Allanamiento ilegal. Concusión. Multa. Actualización. JAI cuestionado parcialmente. Juicio abreviado. Ejercicio extra o ultra petita de la jurisdicción.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** de cumplimiento condicional, **inhabilitación absoluta perpetua y pago de una multa** por la suma de pesos un millón sesenta y dos mil (\$1.062.000,00) (dos veces el monto de la exacción al día del hecho), más el pago de costas, por considerársele autor penalmente responsable del delito de allanamiento ilegal en concurso real con el delito de concusión, ilícitos previstos y penados por los arts. 151, 55, y 268 en función del 266, todos del Código Penal.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica, y en consecuencia, casar la sentencia sólo con relación al punto “3” de la parte resolutive- referida a la multa-, el que deberá tenerse por no pronunciado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1972, pronunciada por el TPC N° 2 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Riquelme Valdés: 17-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcRVC.pdf

Precedentes relacionados

JAI cuestionados. Art. 26 inc. 4, 359, 418 y siguientes del CPP

- Olguín Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=767>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=874>
- Giovarrusci B. 12-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=887>
- Lobato barroso y ot.. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=869>
- Maldonado José . 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=885>
- Parraguez. 29-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=969>
- Chiaffitelli López. 21-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idf=964>
- Andrada Zanabria. 16-02-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230216_FcAZM.pdf
- Garrido Jofré. 03-03-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230303_FcGJN.pdf

Parágrafos destacados

“...Entiendo que la solución propuesta se ajusta a la lógica jurídica de nuestro sistema normativo. Pues, así como lo he expresado con anterioridad, permitir que el sentenciante pueda exceder aquella pretensión punitiva, aplicando una condena más severa que la pretendida por el representante fiscal, contradice la

solución que contiene nuestro ordenamiento procesal para diversos supuestos, a saber: la limitación que tiene el juzgador para emitir un fallo condenatorio cuando el acusador público, en sus alegatos, se abstuvo de acusar, salvo que exista un querellante particular que así lo peticione, lo que habilita por ello su jurisdicción; en los casos de juicio abreviado (arts. 359 y 420 del CPP) en que **el tribunal no puede imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal**; en el procedimiento correccional, en que el juez nunca podrá condenar al imputado si el Ministerio Público no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida (art. 417 quinquies, último párrafo del CPP) (véase al respecto, «Riquelme Valdéz»)...”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

Fallo:

CUIJ: 13-06838801-9/1((018602-31653)) F. C/ SALINAS ORTIZ MIGUEL ANDRES P/ CONCUSION Y ALLANAMIENTO ILEGAL (31653/20) (31653) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *106089927*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06838801-9/1 caratulada “F. c/ SALINAS ORTIZ, MIGUEL ANDRÉS P/ALLANAMIENTO ILEGAL EN CONCURSO REAL CON CONCUSIÓN S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Miguel Andrés Salinas Ortíz interpone recurso de casación contra la sentencia n° 1.972, y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a aquél, en causa N° P-31.653/20 a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional, inhabilitación absoluta perpetua y pago de una multa por la suma de pesos un millón sesenta y dos mil (\$1.062.000,00) (dos veces el monto de la exacción al día del hecho), más el pago de costas, por considerársele autor penalmente responsable del delito de allanamiento ilegal en concurso real con el delito de concusión, ilícitos previstos y penados por los arts. 151, 55, y 268 en función del 266, todos del Código Penal.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior, actuando en sala unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado al considerar, en el marco del procedimiento de juicio abreviado final, que la prueba obrante en autos acreditaba, más allá de toda duda razonable, la concurrencia material de los hechos objeto del proceso, así como la responsabilidad penal de Salinas Ortiz en los mismos (ver registros audiovisuales, audiencia del día 3/2/22, a partir del min. 00:19.50). En ese sentido, estimó acreditado que «[s]iendo las 10.00 horas aproximadamente del día 18 de abril de 2.020, en el domicilio sito en el Barrio Ex Mutual YPF, manzana C, casa 14 de Carrodilla, Luján de Cuyo se presentan cinco hombres, diciendo ser “policías de investigaciones” y que iban acompañados de un testigo, con el objeto de realizar un procedimiento de allanamiento para secuestrar las plantas de cannabis que se encontraban en el patio de la vivienda. Así, el morador de la vivienda, Carlos Sebastián Guevara Gallelli, les permite el ingreso aunque en ningún momento exhiben orden de allanamiento. El morador indica que cuatro de los sujetos vestían chalecos con la inscripción POLICIA luego de ingresar a la vivienda, pasan al patio de la casa, luego a su interior y a la habitación matrimonial. En una de las habitaciones, uno de los cuatro sujetos (posteriormente identificado como Subcomisario Miguel SALINAS) le pide que le indique dónde tiene los frascos que armó con flores para la venta. Ante la respuesta de Guevara que el con las plantas fabrica aceite y crema de cannabis, le preguntan por el dinero. De este modo, Guevara les exhibe una caja que contenía la suma de entre| cuatrocientos setenta mil pesos (\$470.000) en efectivo y debajo de la cama, saca un frasco, en cuyo interior había dólares estadounidenses novecientos (US\$900). Luego los demás sujetos (posteriormente

identificados como Auxiliar Mayor PP Pablo Rubén MORENO RIVAGA, Auxiliar PP Fernando Antonio CANO SOSA y Oficial Inspector Max Guillermo Leonardo LLUSO) mientras revisaban la vivienda, encontraron una billetera, perteneciente a la pareja de Guevara, con dólares estadounidenses quinientos (US\$500) en su interior. Los mencionados policías colocaron todo el dinero sobre la mesa del comedor de la vivienda y en ese momento el Subcomisario Miguel SALINAS le dijo a Guevara, "ESTAS HASTA LAS MANOS, YO AHORA TENGO QUE LLAMAR A LA FISCAL Y LE AVISO ESTO Y VOS VAS DETENIDO", "PERO YO TE PUEDO AYUDAR", "YO LE DIGO A LA FISCAL QUE NO ENCONTRAMOS NADA Y NO TE LLEVAMOS DETENIDO" "PERO ME TENGO QUE LLEVAR LA PLATA Y LAS PLANTAS", añade "LE VAMOS A DECIR AL TESTIGO QUE NO TE VAMOS A LLEVAR DETENIDO PORQUE NO TENER CON QUIEN DEJAR A TU HIJO Y QUE TE VAMOS A DEJAR CITADO PARA QUE EL LUNES VAYAS AL JUZGADO".

Uno de los sujetos que estaba vestido como policía, le entregó la suma de pesos treinta mil (\$30.000) y le dice "GUARDALO RÁPIDO QUE NO LOS VEA EL TESTIGO". Una vez revisada toda la vivienda, uno de los sujetos que aparentaba ser el jefe de los demás (que posteriormente fue identificado como Ricardo Víctor MARTINEZ CORNEJO) le dijo al hombre que aparentaba ser testigo "NO LO VAMOS A LLEVAR DETENIDO PORQUE NO TIENE CON QUIEN DEJAR A SU HIJO Y LO VAMOS A DEJAR CITADO PARA QUE EL LUNES VAYA AL JUZGADO".

Finalmente, se llevaron las plantas que estaban en una de las habitaciones y arrancaron dos plantas del patio, y con una tijera cortaron ramas de las plantas que tenían flores. Las plantas las dejaron en el patio y se llevaron la caja con pesos cuatrocientos cuarenta mil (\$440.000) y dólares mil cuatrocientos dólares (US\$1.400). Antes de retirarse todos de la vivienda, el mismo sujeto que dijo que no iba a llamar a la Fiscal, es decir el Subcomisario Miguel SALINAS, le expresó a la víctima "NO VAYAS A COMENTAR ESTO CON NADIE, NI HABLAR POR TELÉFONO CON NADIE DE LO QUE ARREGLAMOS NOSOTROS, PORQUE LA FISCALÍA SE VA A QUEDAR CALIENTE Y SEGURO TE INTERVIENEN EL TELÉFONO".

De este modo, los cinco sujetos hoy identificados que se presentaron como agentes de policía, aparentando revestir el carácter de tal con la indumentaria que llevaban, y afirmando cumplir una orden de allanamiento, lograron ingresar a la vivienda del denunciante, Guevara, y exigir la entrega de dinero en una suma de pesos cuatrocientos cuarenta mil (\$440.000) y dólares estadounidenses mil cuatrocientos (US\$ 900 + 500) como condición para no colocarlo a disposición de un Juez, cuando en realidad el allanamiento nunca fue ordenado por autoridad competente».

Para resolver de esa manera, además de la admisión del acusado de los hechos que se le atribuyen y su responsabilidad como autor de los mismos, el sentenciante consideró que ambos extremos de la imputación delictiva se encontraban debidamente acreditados a partir de los elementos probatorios que obran en la causa. En particular, con la declaración testimonial de la víctima durante la investigación penal preparatoria, cuyos términos estimó en la prueba instrumental producida, esto es, con los informes producidos e incorporados al proceso en relación al evento.

Ahora bien, en cuanto aquí interesa para el análisis y resolución del presente caso, el juez a quo encuadró la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta bajo la calificación propuesta por la acusación pública, y consentida por el acusado y su defensa –allanamiento ilegal en concurso real con concusión, ilícitos previstos y sancionados en los arts. 151, 55 y 268 en función del 266, todos del Código Penal–, y condenó a Salinas Ortiz a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional, inhabilitación absoluta perpetua y el pago de una multa.

Al momento de cuantificar el monto de la **sanción pecuniaria**, aplicó aquel que había sido acordado por las partes como parte del convenio alcanzado, esto es, el equivalente a dos veces el de la exacción al día

del hecho, por una suma de pesos un millón sesenta y dos mil (\$1.062.000,00) –pto. 2 del resolutivo cuestionado–.

Asimismo, dispuso la actualización de ese monto por índices legales al momento de realizarse el cómputo de pena, permitiendo que el total sea abonado por el acusado en sesenta (60) cuotas mensuales consecutivas, y que el primer pago debía efectivizarse dentro de los treinta (30) días de quedar firme el correspondiente cómputo de pena – pto. 3 del resolutivo cuestionado–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

El defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra el resolutivo tercero de la sentencia condenatoria individualizada precedentemente, que impone una actualización del monto de la multa acordada con el representante del Ministerio Público Fiscal por índices legales que no formó parte del acuerdo de juicio abreviado final al que arribaron las partes.

Expone el recurrente que una vez abierta la audiencia de debate, conforme grabación de audio y video, la defensa puso de manifiesto que la pena pactada con el agente fiscal consistía en una pena de prisión de tres años en suspenso, la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la función pública y, finalmente, una pena una multa de dos veces el monto objeto del hecho, que daría un total de (\$ 1.062.000).

En razón de ello, el Fiscal interviniente ratificó en la misma audiencia el acuerdo, aclarando que el monto de la multa surgía de la suma de dinero que el acusado se llevó de la casa del denunciante que, multiplicado por dos, daba la suma establecida.

Sin embargo, a la hora de fallar, el sentenciante si bien hizo lugar a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado final, y condenó al acusado a la pena de prisión, inhabilitación y multa acordada, estableció en el considerando tercero que el monto de esta última debía actualizarse por los índices legales al momento de practicarse el cómputo de pena correspondiente.

Advierte que el tribunal de la instancia previa, al imponer de oficio esa consecuencia no pactada – actualización de la pena de multa–, ha vulnerado el derecho de defensa del acusado.

Lo que, en definitiva, le provoca un gravamen irreparable a su representado, a quien le impone una pena económica mayor a la convenida. Insiste en que las partes, en ningún momento, pactaron/acordaron que al monto al que se arribó como pena de multa, tendría una actualización o variación.

Que agregar una actualización de esa sanción, sin abrir juicio sobre el fondo y desde una perspectiva estrictamente formal, contradice la naturaleza del instituto seleccionado para la culminación del proceso penal, vinculada con la imposibilidad de la judicatura de imponer al acusado una sanción más grave que la propiamente requerida en la acusación.

Agrega que en los presentes obrados se celebró con anterioridad un juicio abreviado para resolver la situación procesal de los restantes coimputados, donde si bien no intervino el mismo tribunal de juicio, se observa que no existió ningún índice de actualización de la pena de multa acordada por las respectivas defensas y el Ministerio Público Fiscal. Argumenta que la actualización de la multa pactada (\$ 1.062.000) al momento de realizarse el respectivo cómputo de pena, por los índices inflacionarios de nuestro país, provocará necesariamente un incremento cuantitativo que impactará negativamente sobre la situación del acusado.

Por todo ello, considera que el tribunal de la instancia previa, al imponer esta actualización, no solo se extralimitó en sus funciones, sino que, además, afectó directamente el acuerdo alcanzado, quebrantando la congruencia de lo pactado.

Lo que convierte en arbitraria la homologación judicial del mismo, y justifica que este Cuerpo declare la nulidad del resolutivo tercero de la sentencia impugnada y, en consecuencia, la modifique o proceda al

reenvío al mismo fin. Formula expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja la admisión del recurso de casación promovido por la defensa del acusado, procediéndose a la anulación parcial de la sentencia condenatoria impugnada, específicamente respecto del considerando tercero, en tanto ordena una actualización del monto de la multa a pagar por el acusado acordada como pena con el Ministerio Público Fiscal.

Señala que el acuerdo entre el Fiscal y la defensa del acusado, en lo que hace a la pena de multa, no incluyó una actualización del monto pactado. Por lo tanto, la imposición que hace la sentencia al respecto, determina la aplicación de una penalidad más grave que la solicitada por la acusación, lo que se encuentra expresamente prohibido por la ley procesal.

Por lo tanto, considera que le asiste razón al recurrente en cuanto plantea el exceso en la jurisdicción, que se traduce en una afectación de las reglas del proceso acusatorio-adversarial, lo que determina la nulidad de este aspecto de la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las consideraciones que a continuación se formulan, considero que el recurso de casación promovido por la defensa técnica del acusado debe ser admitido. Doy razones.

El recurrente concretó el objeto de su impugnación en un único tópico, a saber: sostuvo que el tribunal de la instancia anterior se habría excedido de lo pactado por las partes al suscribir el acuerdo de juicio abreviado final, pues en dicho acuerdo no se estipuló la actualización de la pena de multa, cuyo monto quedó expresamente determinado por el Ministerio Público Fiscal, el acusado y su defensor.

De ahí que la decisión de la judicatura en este aspecto, importaría la aplicación arbitraria de una penalidad más grave para Salinas Ortiz, dado que cualquiera sea el índice de actualización que se aplique sobre la pena económica convenida y aplicada, el monto resultante sería excedería el consentido por todos los litigantes. Como lo adelantara, el argumento defensivo debe ser acogido, por cuanto la reproducción de las constancias audiovisuales de la audiencia celebrada demuestra cuál fue el contenido del acuerdo alcanzado y, particularmente, que en él no se pactó de ningún modo la actualización del monto de la sanción pecuniaria en cuestión. Veamos.

Mediante la presentación del acuerdo de **juicio abreviado**, el representante del Ministerio Público Fiscal, junto con el acusado Miguel Andrés Salinas Ortiz y su defensa, solicitaron la aplicación de este tipo de procedimiento especial para la resolución de la presente causa.

En ese sentido, en lo que aquí interesa para la solución del recurso bajo examen, expusieron con absoluta claridad los términos del convenio alcanzado en lo que tiene que ver con la pena pactada, en cuya virtud solicitaron la imposición de una pena de prisión de tres años de cumplimiento condicional, más la inhabilitación absoluta perpetua para el ejercicio de la función pública, y una multa de dos veces el monto de la exacción al momento en que ocurrió el hecho objeto del proceso, el que quedó determinado en la suma de pesos un millón sesenta y dos mil (\$1.062.00,00), conforme a los argumentos allí vertidos.

Todo ello, en razón del hecho descrito en la acusación (ver audiencia del día 3/2/22, a partir del min 00:03:10 hasta el min. 00:06:10). Tras esa presentación, el juez le cedió la palabra al representante fiscal quien, frente al acusado, leyó los hechos que se le atribuyen según el requerimiento acusatorio, y explicó los elementos de cargo obrantes en la causa que –a su criterio– confirmaban su teoría del caso (min. 00:06:27/00:18:44).

Acto seguido, el acusado ratificó los términos del acuerdo presentado, particularmente en lo que tiene

que ver con la pena convenida (min. 00:19:51).

Luego, el sentenciante consideró que no tenía objeciones que formular respecto del monto de pena solicitada por las partes, porque se correspondía con las escalas penales establecidas en abstracto para los delitos atribuidos al acusado, de acuerdo con las reglas del concurso real (mins. 00:25:13/00:26:22).

Específicamente, en cuanto tiene que ver con la pena de multa, expresó que las partes pactaron un monto –dos veces– que también se encuentra dentro de la previsión legal correspondiente, que determina la aplicación de una pena de multa de dos a cinco veces el monto de la exacción –art. 268 del CP– (00:26:21/00:26:38).

En razón de todo ello, tal y como se consignó en el epígrafe, el juez a quo admitió la aplicación en la presente causa del procedimiento de juicio abreviado solicitado por las partes, y condenó a Salinas Ortiz por encontrarlo penalmente responsable de los delitos de allanamiento ilegal en concurso real con el delito de concusión a la pena de prisión, inhabilitación y multa según lo convenido por el Ministerio Público Fiscal, el propio acusado y su defensor.

Esto es, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional, inhabilitación absoluta perpetua y multa de pesos un millón sesenta y dos mil (\$1.062.00,00) –pto 1 y 2 del resolutivo cuestionado–, imponiendo que ese monto sea actualizado según los índices legales vigentes al momento de practicarse el cómputo de pena, el que debía ser abonado en sesenta cuotas mensuales consecutivas –pto. 3 del resolutivo cuestionado– (00:26:41/00:26:18).

El desarrollo de la audiencia en los términos brevemente reseñados verifica el acierto del recurrente cuando sostiene que el acuerdo alcanzado con el representante del Ministerio Público Fiscal, y sobre el cual el acusado prestó su consentimiento, no incluyó ningún tipo de previsión sobre una posible actualización del monto de la pena económica convenida.

En efecto, las partes fueron absolutamente claras, precisas y concretas en sus intervenciones al expresar los motivos que las persuadieron para pactar y solicitar al tribunal de juicio la aplicación de ese determinado monto de dinero en concepto de multa a pagar, el que fue considerado apropiado por el propio sentenciante.

En esas condiciones, la actualización de la multa impuesta unilateralmente por el tribunal de sentencia al acusado en el punto del resolutivo cuestionado, no sólo ha determinado la incorporación de un aspecto no negociado ni acordado por las partes y, por tanto, no consentido por el acusado, vulnerando con ello la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN), entre otros.

Sino que, además, esa decisión materializa y expone una extralimitación jurisdiccional que transgrede los principios y reglas básicas que hacen al debido proceso penal, de acuerdo con un modelo de enjuiciamiento acusatorio de carácter adversarial, en cuya virtud, es la acusación –pública y/o privada– la que determina los límites de la jurisdicción en lo que hace, particularmente, a la pretensión punitiva.

De este modo, entonces, la actualización impuesta importa un ejercicio extra o ultra petita de la jurisdicción, al sobrepasar los límites impuestos por la petición de pena efectuada –en este caso– por el órgano acusador, desde que cualquiera sea el tipo de índice legal que se aplique para ello al momento de practicarse el cómputo de pena correspondiente, supondrá un incremento cuantitativo del monto de pena determinado, pactado y por el cual fue condenado el acusado.

Repárese al respecto que el magistrado ni siquiera indicó cuál sería ese supuesto «índice legal».

Entiendo que la solución propuesta se ajusta a la lógica jurídica de nuestro sistema normativo. Pues, así como lo he expresado con anterioridad, permitir que el sentenciante pueda exceder aquella pretensión punitiva, aplicando una condena más severa que la pretendida por el representante fiscal, contradice la

solución que contiene nuestro ordenamiento procesal para diversos supuestos, a saber: la limitación que tiene el juzgador para emitir un fallo condenatorio cuando el acusador público, en sus alegatos, se abstuvo de acusar, salvo que exista un querellante particular que así lo peticione, lo que habilita por ello su jurisdicción; en los casos de juicio abreviado (arts. 359 y 420 del CPP) en que el tribunal no puede imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal; en el procedimiento correccional, en que el juez nunca podrá condenar al imputado si el Ministerio Público no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida (art. 417 quinquies, último párrafo del CPP) (véase al respecto, «**Riquelme Valdéz**»).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y casar la sentencia N° 1.972 sólo con relación al punto “3” de la parte resolutive, el que deberá tenerse por no pronunciado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Miguel Andrés Salinas Ortiz.
- 2.- Casar la sentencia N° 1.972 sólo con relación al punto “3” de la parte resolutive, el que deberá tenerse por no pronunciado.
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 22 de noviembre de 2023.

3- MOYANO. 21-12-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcMCD.pdf

Lex: Art. 277, inc. 2°, 55, 40 y 41 del CP.

Vox: Encubrimiento culposo. Concurso real. Individualización de la pena. Nulidad parcial.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses** de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de encubrimiento culposo, tres hechos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa y anular la sentencia cuestionada únicamente en lo relativo a la individualización de la pena, debiendo confirmarse los tramos relativos a la prueba del hecho, su calificación legal y la autoría del acusado, remitiendo las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2831, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Curbelo. 21-12-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/231221_FcCLE.pdf

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. (Licencia). Adaro.

Fallo:

CUJ: 13-07176945-8/1((038601-46231)) FC/ MOYANO CASTRO DIEGO ALBERTO P/ ENCUBRIMIENTO AGRAVADO POR LA HABITUALIDAD (46231) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106341753*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 07176945-8/1, caratulada “F. C/ M. C. S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, la defensa de D. A. M. C. interpone recurso de casación (véase expediente digital) contra la sentencia n° 2.831 y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial condenó a aquél a la pena de dos años y seis meses de prisión por ser considerado autor penalmente responsable del delito de encubrimiento culposo, tres hechos en concurso real (arts. 277, inc. 2 y 55, todos del CP) en la causa n° P-46.231/22.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

En función del recurso formulado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El juez de la instancia anterior, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «[q]ue sin poder precisar la fecha exacta, pero entre el día 25 de agosto de 2021 y el día 03 de mayo de 2022, D. A. M. C. recibió un teléfono celular marca Samsung modelo A-10 pantalla táctil de color azul el cual había sido sustraído para fecha 25/08/2021, hecho investigado en los autos P- 85333/21 caratulado F. c/ NN p/Robo Agravado originario de la Unidad Fiscal Rivadavia Junín. Que, sin poder precisar la fecha exacta, pero entre el día 17 de febrero de 2022 y el día 03 de mayo de 2022, D. A. M. C. recibió un reloj pulsera de hombre marca Casio con agujas metalizado de color plateado el cual había sido sustraído para fecha 17/02/2022, hecho investigado en los autos P-18024/22 caratulados f. c/ NN p/Robo Agravado originario de la Unidad Fiscal Rivadavia-Junín. Que, sin poder precisar la fecha exacta, pero entre el día 28 de octubre de 2021 y el día 03 de mayo de 2022, D. A. M. C. recibió un reloj marca Cityzen modelo Eco-Drive de color gris oscuro, analógico el cual había sido sustraído para fecha 28/10/2021, hecho investigado en los autos P-111.929/21 caratulados F c/NN p/ Robo Agravado originario de la Unidad Fiscal Rivadavia-Junín.

El día 3 de mayo de 2022, siendo aproximadamente las 06:00 hs. personal de la Unidad Investigativa de Rivadavia, realizó un allanamiento ordenado por el Primer Juzgado Penal Colegiado, en el marco del Expte. P-18.024/22, en el domicilio de D. A. M. C., sito en Barrio Posta San Isidro,, de la Ciudad de Rivadavia, y halló en el interior del mismo todos los elementos detallados anteriormente, motivo por el cual procedieron al secuestro de los mismos y a la aprehensión del nombrado». Para decidir en tal sentido, el tribunal de la instancia anterior valoró, entre los elementos más relevantes: el acta de procedimiento, el acta de secuestro y las declaraciones del personal policial interviniente, así como el resto de la prueba válidamente incorporada al proceso.

2.- El recurso de casación

La defensa de D. A. M. C. interpone su recurso en función del art. 474, inc. 1 y 2 del CPP, en tanto entiende

que la resolución atacada adolece de vicios de procedimiento y sustanciales que ameritan su nulidad. En concreto, sostiene que la sentencia deviene nula en tanto infundada. En este sentido, pone el acento en la actividad del juez al momento de brindar razones en relación con la pena impuesta, más aún cuando se aleja del mínimo de la escala penal hasta acercarse al máximo. El recurrente pone de relieve que es inadmisibles considerar la reincidencia del autor como antecedente penal a los efectos de agravar su culpabilidad.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador entiende que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación interpuesto. En este sentido, el titular del Ministerio Público Fiscal pone de relieve que el recurrente concentra sus esfuerzos en articular una crítica contra la argumentación brindada por el juez al momento de individualizar la pena, aunque sin éxito.

En el dictamen se subraya que la reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad penal que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa. Por ende, su declaración no implica un doble juzgamiento por un mismo hecho ni una nueva aplicación por el mismo hecho.

Dicho esto, se señala que el acusado ya había sido condenado por hechos similares y que en el caso de autos el origen de los objetos recibidos eran delitos graves y violentos. En función de lo expuesto, el Procurador considera que debe convalidarse en esta instancia la sentencia cuestionada por la defensa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de D. A. M. C. considero que, por las razones que a continuación se exponen, debe hacerse lugar al recurso articulado por la defensa.

Me convencen de dicha solución una idea sobre la que ya he insistido en otros precedentes.

Esta tiene que ver con la necesidad de que la pena se encuentre debidamente fundamentada.

Como ya tuve oportunidad de señalar en «**Curbelo Lázzaro**», la individualización de la pena debe ser una preocupación del juez y, como tal, debe dedicarle un trabajo de argumentación preciso basado en las características objetivas del hecho y las particularidades del autor.

En efecto, en aquéllos precedentes sostuve que «cuando el inc. 2 del art. 41 del CP le exhorta al juez a averiguar quién es el autor y cuál es su historia (edad, educación, costumbres, conductas precedentes, etc.) hace referencia a que debe –sin entrar en el terreno del Derecho penal de autor– indagar sobre sus circunstancias subjetivas.

Éstas hacen referencia a las dificultades o facilidades que puede tener para motivarse en la norma y repercuten en la culpabilidad. Por su parte, los medios empleados para ejecutar el delito o la extensión del daño y el peligro causado -por ejemplo- tienen que ver con el impacto comunicativo del hecho en tanto lesión al derecho». Esto debe constituirse en una de las principales preocupaciones del juez en la sentencia.

En este sentido, llama la atención cuando una sentencia presenta cierta asimetría en su desarrollo: me refiero a amplios párrafos en los que se avanza sobre la prueba y la calificación legal frente a escuetas frases para determinar la pena.

En relación con esta cuestión, se desprende de la audiencia oral de fundamentos, que el juez dedicó menos de dos minutos a explicitar las razones que lo llevaron a aplicar una pena de prisión en efectivo –dado los

antecedentes del acusado— de dos años y seis meses de prisión.

Recordemos que la escala penal para el delito acusado va del mes a los tres años de prisión y al tratarse de tres hechos en concurso el tope de la escala penal asciende hasta los nueve años de prisión.

El juez brindó dos razones que lo convencieron de la justicia y equidad de la pena: los antecedentes del acusado y la gravedad de los delitos que precedían a los objetos receptados. Ninguno de los argumentos fue desarrollado y puesto en relación con el monto de pena impuesto.

Tampoco se hizo referencia a otras circunstancias atenuantes o agravantes (véase audiencia del día 12 de diciembre de 2022, a partir del minuto 7).

Como es fácil advertir, el tribunal de la instancia previa no se ha ocupado debidamente de individualizar la pena con base en lo prescripto en los arts. 40 y 41 CP. Las referencias son vagas y vacías.

No basta con hablar de que un hecho es de extrema gravedad sin ponerlo en relación con casos que se consideren claros o referir el tenor de las maniobras llevadas a cabo, sin distinguir cuáles de ellas han de considerarse en el ámbito del injusto y cuáles en el ámbito de la culpabilidad.

Mayores consideraciones sobre este tramo de la sentencia puesta en crisis serían superabundantes, más aún cuando se ha impuesto una pena de dos años y seis meses en efectivo. Habida cuenta de ello, le asiste razón a la defensa en este punto de su recurso. Desde luego, lo referido no implica de manera alguna el expedirse acerca del acierto del monto de la pena impuesta, sino sólo respecto de su correcta fundamentación para poder determinarse aquél aspecto.

Dicho de otro modo: no es posible determinar el acierto o no del monto de una pena si no se encuentran debidamente expuestas las razones que llevan a su determinación.

Dado lo anterior, deviene abstracto pronunciarse respecto del agravio relativo al cómputo de los antecedentes del acusado al momento de individualizarse la pena.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde hacer lugar al recurso, y anular la sentencia cuestionada únicamente en lo relativo a la individualización de la pena, debiendo confirmarse los tramos relativos a la prueba del hecho, su calificación legal y la autoría del acusado. En consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa particular de D. A. M. C. y anular la sentencia cuestionada únicamente en lo relativo a la individualización de la pena, debiendo confirmarse los tramos

relativos a la prueba del hecho, su calificación legal y la autoría del acusado.

2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de diciembre de 2023.-

CAPÍTULO XII. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

1- CHAVEZ VITELLI. 05-05-23.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcCVV.pdf

Lex: Art. 19 inc. 3, 24, 351, 353 inc. 4 y 373 del CPP, y art. 59 inc. 3, 52 inc. 2 del CP. art. 1 de la Ley 13944, arts. 4 y 5 de la Ley 26485.

Vox: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a su hijo discapacitado, en contexto de violencia de género. Prescripción de la acción.

Summa:

El **JPC** se declara el sobreseimiento del señalado respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a su hijo discapacitado, en contexto de violencia de género (art. 1 de la ley n° 13.944, arts. 4 y 5 de la ley n° 26.485) al considerar que ha operado la **prescripción de la acción penal**, conforme lo dispuesto por los arts. 19 inc. 3, 24, 351, 353 inc. 4 y 373 del CPP, y art. 59 inc. 3, 52 inc. 2 del CP.

El **Ministerio Público Fiscal** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el JPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Asat Haltky. 23-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180823_FcASAT.pdf
- Galfo Ramirez. 16-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf

“Ello por cuanto este Cuerpo ha dicho recientemente en «**Asat Haltky**», en términos que resultan aplicables al presente, que **el pedido del agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación**, conforme a la reforma operada por la **ley 8929**, interrumpe la prescripción, puesto que «...no obstante la variación entre requerir al Juez Correccional decreto de citación a juicio y requerir al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia. Tal es así, que en el requerimiento del decreto de citación y en la solicitud de audiencia de acusación deben observarse idénticos requisitos, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (**art. 417 quater**)». De este modo, debe considerarse que **esos actos son equivalentes y poseen la misma virtualidad interruptiva, de conformidad a lo establecido por el art. 67 sexto párrafo, inc. c) del Código Penal**, con independencia del día en que efectivamente se fijó y se realizó dicha audiencia, lo que permite fundadamente desechar el agravio que en este sentido esgrime el impugnante...”

“...prescripción se produjo durante la audiencia del 10 de agosto de 2019, oportunidad en la que luego de rechazarse el pedido de prescripción, se recibieron y controlaron las pruebas que arrimaron las partes y se tuvieron por aceptadas, disponiendo la juzgadora la radicación de los autos en OGAP 2, a quien le encomendó que actualice los antecedentes del encartado y «...**fijar fecha oportunamente a los efectos de la realización de la audiencia de debate...**», según surge del registro audio-visual de dicho acto procesal, todo ello en virtud del **art. 67 sexto párrafo inc. d) del Cód. Penal**.

Parágrafos destacados.

“Ello por cuanto, más allá de cuál sea la posición que se asuma en relación a qué actos procesales de nuestro ámbito local –sobre todo a partir de las reformas de las **leyes 8.929 y 9.040**– interrumpen el curso de la prescripción en el procedimiento correccional, esto es, desde la **solicitud de la audiencia de acusación**, prevista en el art. 417 *quater* del CPP, **o la formulación de la acusación** que el representante del Ministerio público Fiscal efectúe luego de abierta la audiencia aludida, según lo normado en el art. 417 *quinquies* del CPP –posición asumida por el juez *a quo*–, lo cierto es que la acción penal no se encontraba vigente al momento del dictado de la sentencia (ver, al respecto, «**Asat Haltky**» y, las distintas posiciones asumidas en «**Galfo Ramírez**»). Incluso, según entiendo, aún antes de esa oportunidad.”

Precedentes relacionados

Incumplimiento de deberes de asistencia familiar

- Domínguez. 02-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201002_FcDDF.pdf
- Casado. 29-12-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=450>
- Buenanueva Aballay. 04-08-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=648>
- Casado. 23-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=873>
- Fuentes. 10-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=985>
- Chavez Vitelli. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcCVV.pdf

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Sobre violencia económica.

- Domínguez Daniel. 02-10-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=397>
- Rodríguez. 08-07-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=642>

Actos interruptivos. Prescripción.

- Asat Haltky. 23-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180823_FcASAT.pdf

- Militello Espinoza. 14-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=3>
- Cilauro Micheli. 28-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcCilauro.pdf
- Grain. 19-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201019_FcGME.pdf
- Galfo Ramírez. 16-10-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201016_FcGalfo.pdf
- Prieto, Marin. 26-11-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=452>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Castillo Ordoñez- 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=835>
- Pandolfi. 12-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=824>
- Chavez Vitelli. 05-05-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230505_FcCVV.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

Fallo:

CUIJ: 13-06843558-1/1((018501-14608))F C/ CHAVEZ VITELLI, VICTOR HUGO P/ INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR ART. 1 LEY 13.944 EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO (14608/17) (14608) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*106094452*

En Mendoza, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-06843558-1/1 caratulada “F. c/ CHAVEZ VITELLI, VÍCTOR OSCAR P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR A SU HIJO DISCAPACITADO S/ CASACIÓN”.

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 10.208 y sus fundamentos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, mediante la cual se declara el sobreseimiento de Víctor Oscar Chavez Vitelli respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a su hijo discapacitado, en contexto de violencia de género (art. 1 de la ley n° 13.944, arts. 4 y 5 de la ley n° 26.485) que se le atribuye en el marco de la causa n° P-14.608/17, al considerar que ha operado la prescripción de la acción penal, conforme lo dispuesto por los arts. 19 inc. 3, 24, 351, 353 inc. 4 y 373 del CPP, y art. 59 inc. 3, 52 inc. 2 del CP.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El juez de la instancia anterior hizo lugar a la excepción de extinción de la acción penal promovida por la defensa del acusado y, en consecuencia, sobreseyó a Víctor Oscar Chávez Vitelli por el hecho que le fuera atribuido en el expediente n° P-14.608/17, de conformidad con lo previsto en los arts. 19 inc. 3, 24, 351, 353 inc. 4, 373 del CPP; 59 inc. 3, 62 inc. 2 del CP.

Para resolver en tal sentido, razonó que, según la plataforma fáctica contenida acusación fiscal, la que fue ampliada durante el debate, el último incumplimiento susceptible de imputación es el correspondiente al mes de noviembre del año 2.017. Por lo cual, ante la imposibilidad de atribuir y probar incumplimientos posteriores que, cuanto menos, hubieran sido objeto de acusación, prueba y juzgamiento en el presente proceso, es aquella fecha la que determinaba el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal (art. 63 del CP).

Establecido ello, verificó que, desde el último acto interruptivo –realización de la audiencia de acusación el 14 de marzo del año 2.019– había transcurrido el plazo máximo de la pena del delito endilgado al acusado

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

La Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal Especializada de Violencia de Género, junto con la titular de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género, impugnan la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 inc. 1 del CPP. en función de ello, solicitan su revocación.

Advierten que la sentencia de sobreseimiento en crisis se funda en la aplicación automática que hizo el sentenciante del instituto de la prescripción de la acción penal, desconsiderando el contexto de violencia de género en que se cometieron los hechos –art. 4 de la ley 26.485–, como fueron contextualizados desde un inicio de la investigación sumaria.

Señalan que la inobservancia o errónea interpretación de la ley sustantiva denunciada resulta de la omisión de mención y valoración de las convenciones internacionales que regulan la materia de violencia contra las mujeres, la cuales, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1.994, adquirieron jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Refieren, sobre la base de esas convenciones que el Estado tiene la obligación de **asegurar el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencias en cualquiera de sus modalidades.**

En particular, destaca que el decisorio cuestionado ha rechazado los derechos humanos de la denunciante, en especial los reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer –“Convención de *Belem do Pará*” (aprobada por ley 24.632)–, y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por ley 23.179).

Tras replicar los antecedentes de la causa, manifiestan que desde la fecha de la audiencia de acusación realizada el 14 de marzo de 2.019 –último acto con efecto interruptivo– que menciona el juez en la sentencia cuestionada, transcurrió el plazo máximo de prescripción de la acción penal –dos años–, operando la extinción de la misma el 14 de marzo de 2.021, **dos días antes que finalmente tuviera inicio el debate oral.**

Refieren que esa circunstancia –que se fijara la fecha de inicio del debate dos días después del último acto interruptivo–, no fue un acontecimiento procesal que pasara desapercibido para la defensa técnica del acusado. Lo que se revela en que dicha audiencia **comenzó con el planteo defensivo de la excepción de previo y especial pronunciamiento** referido a la prescripción de la acción penal, el que fue rechazado en la primera resolución que adoptó sobre el tema el mismo juez del hoy tribunal impugnado.

Replican los argumentos esgrimidos en esa primera resolución, puntualizando en que allí se consideró que, por tratarse el delito atribuido al acusado de un delito continuado, de características permanentes, y dado el grado provisorio de los juicios fácticos señalados en la acusación y sobre los cuales versará el debate, no resultaba posible tener por verificado el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal. Además, que la **defensa no había invocado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias a cargo del acusado, ni el cese de dichos incumplimientos.** Finalmente, la valoración integral que hizo el juez sobre la **garantía del plazo razonable**, conjuntamente con la actividad procesal de la causa (resolución emitida el 6 de abril de 2.021).

Seguidamente, advierten que tras el devenir del juicio correccional, y las distintas suspensiones ordenadas por el tribunal, la defensa reiteró el planteo de prescripción de la acción penal como cuestión incidental la que, previa vista a las partes, fue resuelta por el juez desde el aspecto procesal (art. 366, 386 y cctes del CPP).

Luego, explican que con la participación activa de la denunciante, en compañía de su abogada de confianza, se inició la etapa de producción de prueba, arribándose a la presentación de los alegatos de clausura de las partes en la audiencia celebrada el 21 de diciembre de 2021.

En esa instancia procesal, refieren que la Fiscalía concretó la acusación, fijando la plataforma fáctica y la calificación legal que estimaba ajustada a los hechos acreditados, a la que adhirió la Asesora Penal de Menores. Mientras que la defensa del acusado, por tercera vez, realizó el planteo de prescripción de la acción penal el que, finalmente, fue acogido por el tribunal de la instancia previa en la resolución cuestionada.

Exponen que el juez de la instancia anterior admite que la acción penal se encuentra prescripta sin tener en cuenta que la situación padecida por la denunciante se encuentra enmarcada dentro de lo que debe ser considerado como violencia de género económica, en los términos del art. 4 y 5 inc. 4.c de la ley 26.485 y decreto 1.011/10, y receptado por este Cuerpo en el **precedente «Domínguez»** (Cuil n° 13-04573429-8/1). Considera que ese contexto genera el deber de valorar cada uno de los institutos procesales, entre ellos, de la prescripción de la acción penal, en forma integrada con el cuerpo normativo nacional e internacional.

De ahí que cuestionan que, para adoptar el decisorio impugnado, el sentenciante no mencionó ese contexto, ni tampoco profundizó sobre los motivos de las diferentes dilaciones que tuvo la presente causa para, finalmente, llegar a la realización del debate correccional.

Consideran que la integración entre el instituto de la prescripción con los lineamientos de género justifican, en el caso, la subsistencia de la acción penal. De lo contrario, se violaría el orden público internacional, afectándose el acceso a la justicia de la denunciante que, dada su realidad y la de su hijo, nunca perdió vigencia conflictiva.

Recuerda que ese contexto violento se muestra como indubitable a partir de la compulsión de los expedientes de la justicia de familia, incorporados como AEV en la presente causa. En particular, los autos n° 2380/7/If, originarios del Primer Juzgado de Familia, que acredita un contexto de violencia doméstica que se remonta en sus orígenes al año 2.007.

Disienten con el análisis del juez sobre el carácter continuado del delito imputado al acusado, y la limitación a los tramos temporales de la acusación en la presente causa.

Estiman que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cesa cuando se demuestra, con la fuerza de certeza afirmativa, que la conducta del acusado dejó de ser típica, lo que ocurre cuando brinda y asegura los medios indispensables para la subsistencia de su hijo con capacidades diferentes. Sobre ello, refiere que no le asiste razón al sentenciante cuando repara en que la acusación pública no consignó en la plataforma fáctica acusada hechos denunciados en una nueva causa penal, traída como prueba AEV al debate correccional.

Al respecto, menciona que, con ello, se incurriría en el principio *ne bis in idem*, y que dicha denuncia anuncia que el carácter de certeza positiva, en tanto cesación de la conducta típica, no existía a los efectos de la aplicación del instituto de la prescripción de la acción penal, en clara referencia a la falta de pago de los retroactivos una vez que se encontró firme la resolución de actualización de cuota alimentaria en los autos 4022/16/4, lo que recién sucedió con resolución definitiva de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de fecha 23 de mayo de 2019. Es decir, una vez que la presente causa ya estaba en estado de debate.

Por todo ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto, se case la resolución impugnada, y se proceda a su anulación total por los motivos señalados.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 7 corre agregado el dictamen del señor Procurador General de la Suprema Corte, quien mantiene el recurso de casación interpuesto por la Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal Especializada de Violencia de Género y la Fiscal de la Fiscalía de Instrucción n° 4 de Unidad Fiscal Especializada de Violencia de Género, contra la sentencia de sobreseimiento dictada el día 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 en actuación correccional.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por las representantes del Ministerio Público Fiscal, debo anticipar que el recurso no debe prosperar, por cuanto el decisorio cuestionado no adolece del vicio sustantivo que se le endilga. Veamos.

Según se desprende de autos, al acusado se le atribuyó la presunta comisión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Así, conforme la ampliación de la acusación efectuada por la **acusación pública (art. 391 del CPP)**, se le enrostró que, en el período comprendido entre el mes de marzo del año 2016 y hasta abril del año 2017, se sustrajo de pagar parte de la cuota alimentaria fijada en forma mensual para la subsistencia de su hijo, quien presenta un trastorno generalizado del desarrollo no especificado, como así también de la cuota a favor de M.S., ambas fijadas en autos n° 384/10/4f.

Asimismo, se le atribuyó que durante el mes de mayo del año 2017 hasta octubre del año 2017, se sustrajo de pagar parte de la cuota alimentaria establecida como alimento provisorio fijada en forma mensual para la subsistencia de su hijo fijada en los autos n° 4.022/16/4f, como también, y durante el mismo período de tiempo –mes de mayo de 2017 pero hasta noviembre inclusive del año 2017–, incumplió con el pago de parte de la suma de seiscientos pesos (\$600), obligación establecida en autos n° 384/10/4f.

Establecida esa plataforma fáctica, el juez consideró que **el comienzo del término de la prescripción de la acción penal quedó determinado con la limitación temporal de los hechos contenida en la acusación fiscal**. De tal modo, si los incumplimientos a las prestaciones alimentarias a cargo del acusado se extendieron hasta el mes de noviembre del 2017, esa sería la oportunidad en la que **cesó la omisión típica** que configura el delito enrostrado al acusado y, por tanto, el tiempo desde el cual comenzó a correr el plazo de extinción de la acción penal que la ley establece según la calificación legal respectiva, conforme lo previsto en el art. 63 del CP.

A partir de esa determinación sobre el comienzo del término de la prescripción, el sentenciante concluyó en que había transcurrido el plazo máximo de la prescripción de la acción penal por el delito atribuido –dos años– desde el último acto interruptivo, esto es, **desde que se realizó la audiencia de acusación (art. 417 quinquies del CPP)**, lo que tuvo lugar en fecha 14 de marzo del 2019. En consecuencia, resolvió sobreseer al acusado por prescripción de la acción penal, conforme lo prevén los arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 2 del CP, y los arts. 19 inc. 3, 24, 351 inc. 4 y 373 del CPP.

Ese razonamiento jurisdiccional es cuestionado por la representante del Ministerio Público Fiscal quien, por diversos argumentos, considera que si bien desde una perspectiva formal la resolución es correcta, y se observa debidamente fundada, el vicio que la invalida consistiría en que el análisis que sustenta el

decisorio impugnado **ha prescindido del examinar el contexto** en que sucedieron los hechos de la causa. Esto es, de analizar el caso **desde una perspectiva de género**, y resolver la incidencia planteada por la defensa del acusado respecto de la prescripción de la acción penal con estricta observancia de plexo normativo que contenidas en los diversos instrumentos internacionales que regulan la materia, en tanto integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la CN).

En apretada síntesis, las recurrentes consideran que el **examen del instituto de la prescripción no puede prescindir del análisis integrado del cuerpo normativo nacional e internacional porque, en autos, se presenta un cuadro de situación que se enmarca dentro de lo que debe ser considerado violencia de género económica –art. 4 y 5 de la ley 26.485–**. Ello, a su criterio, justifica la subsistencia de la acción penal como herramienta que garantiza el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia, entre otros derechos y garantías de la mujer denunciante, e impide comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en relación con los deberes y compromisos internacionales que asumió nuestro país mediante la ratificación e incorporación de aquellos instrumentos al ordenamiento jurídico nacional.

Resumidos de ese modo los argumentos defensivos, entiendo que no le asiste razón a la parte recurrente por cuanto, del modo en que lo adelantara, **la decisión censurada cumple con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación del derecho vigente**, con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas de la causa. Pues no obstante lo que se mencionará sobre la oportunidad en la que el tribunal de la instancia previa advirtió la extinción de la acción penal y –consecuentemente– dictó la sentencia de sobreseimiento, cuya existencia –a mi juicio– resultaba objetivamente cognoscible y constatable *antes* del inicio del debate correccional realizado, lo cierto es que en esta instancia extraordinaria de revisión **se impone su convalidación como acto jurisdiccional válido**.

Preliminarmente, resulta imperioso para la solución de la causa, reseñar los principales actos procesales cumplidos en el marco de la presente. Ello, a los fines de destacar no sólo su contenido sino, y en especial, su cronología y su incidencia en el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

En primer lugar, debe señalarse que con fecha 30 de octubre de 2017 el Ministerio Público Fiscal **se avocó** a la investigación de la presente causa y se dispuso, en el mismo acto, la citación del acusado para recibirle declaración informativa en los términos del **art. 318 del CPP** (v. fs. 135/136, expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 3).

En segundo lugar, se advierte que con fecha 25 de abril del año 2018, la acusación pública modificó el avoque inicial, y citó de Chávez Vitelli para su imputación (v. fs. 182), lo que tuvo lugar en fecha 7 de noviembre de 2018 (v. fs. 230).

En tercer lugar, corresponde referir que la **solicitud de audiencia acusación** efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal fue realizada en fecha 8 de noviembre de 2018 (fs. 250, expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 4).

Mediante su lectura, se observa que al acusado Víctor Oscar Chávez Vitelli se le atribuyó el hecho que a continuación se detalla: «[q]ue para fecha del mes de marzo de 2016 y hasta el mes de Octubre de 2017 el incuso VICTOR OSCAR CHAVEZ VITELLI se sustrajo de su obligación de abonar la totalidad de la cuota alimentaria mensual para la subsistencia de su hijo [L.V.CH.] nacido en fecha 28 de Mayo de 1997 y quien presenta un trastorno generalizado del desarrollo no especificado -retraso mental moderado- conforme fuera ordenado en los autos 384-10/4F caratulados [...] y Expediente 4022/16 caratulados [...] originarios del Cuarto Juzgado de Familia y que debiera ser depositado en la cuenta 361-3560640 correspondiente al

Banco Santander Río sede de calle Rodríguez Peña del Departamento de Godoy Cruz más el correspondiente a los impuestos y tasas municipales que recaen sobre el inmueble sito en calle Estrada 1560 de Guaymallén Mendoza donde reside su hijo. Mientras que desde el mes de mayo de 2017 y hasta el mes de octubre de 2017 inclusive el sindicato se sustrae de abonar la totalidad de la cuota mensual establecida para los alimentos de su hijo [L.V.CH.] como así también pago de colegio, cuota de deporte, cuota de club y obra social». Estos hechos fueron calificados provisoriamente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a su hijo discapacitado, previsto y penado en el art. 1 de la ley 13.944.

En cuarto lugar, debe subrayarse que esa audiencia de acusación se realizó en fecha 14 de marzo de 2019 (fs. 270).

Durante su desarrollo, la Fiscalía formuló la acusación en contra de Chávez Vitelli, a quien le atribuyó la comisión del mismo hecho que apareciera descripto en la solicitud previamente aludida, encuadrado legalmente en los arts. 1 y 2 de la ley 13.944, y arts. 4 y 5 de la ley 26.485. La defensa formuló una serie de planteos, mediante los cuales expresó su oposición al requerimiento fiscal, e instó la nulidad del avoque y el cambio de calificación legal, todos los cuales fueron rechazados por el tribunal de la instancia previa. Finalmente, las partes ofrecieron prueba por escrito, la que fue admitida en su totalidad. Con lo cual, la causa quedó a la espera que, a través de la OGAP, **se fije fecha de debate** (fs. 270 del expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 4).

En quinto lugar, también surge relevante mencionar que la defensa del acusado solicitó la aplicación del **principio de oportunidad previsto en el inc. 6 del art. 59 del CP** –reparación integral del perjuicio–, y, consecuentemente, el sobreseimiento de su representado para el caso que la propuesta de reparación fuera aceptada. A su turno, obra constancia escrita en la causa de la disconformidad de la denunciante al ofrecimiento económico contenido en el ofrecimiento efectuado (fs. 273/274, y fs. 289).

En el marco de la audiencia realizada el día 7 de junio del 2019, la representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que, previo a expedirse sobre el pedido de la defensa sobre la reparación integral, consideraba conveniente elevar en **consulta el planteo efectuado al Fiscal en Jefe correspondiente** (fs. 327 del expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 4). Fundó ello en que si bien la Resolución de Procuración n° 148/12 le imponía abstenerse de propiciar la aplicación de criterios de oportunidad en casos de violencia de género, entendía que las particulares circunstancias del presente caso permitían excepcionalmente apartarse de esa limitación porque la reparación integral del perjuicio representaba la posibilidad de satisfacer las pretensiones de la víctima, siempre y cuando esa parte así lo considerara oportuno (fs. 343/345). Por lo cual, solicitó la **suspensión de la audiencia en curso**, lo que fue acogido por el juez de la instancia anterior (v. constancia de audiencia realizada, fs. 327)

Ello dio lugar a la intervención, primero, de la Fiscal en Jefe de la Unidad Especializada de Violencia de Género y, luego, del Fiscal Adjunto en lo Penal. Por un lado, la Fiscal en Jefe sostuvo que si bien compartía los argumentos expuestos por la agente fiscal interviniente, correspondía solicitar directivas al Procurador General a los fines que se expidiera sobre la aplicación del criterio de oportunidad solicitado por la defensa del acusado (fs. 346). Por otro lado, el Fiscal Adjunto, en representación de la Procuración General, expresó que la denunciante de autos manifestó expresamente su disconformidad al ofrecimiento de reparación integral formulado, lo que tornaba prematuro expedirse sobre la aplicación excepcional del instituto planteado (fs. 347).

En sexto lugar, debe señalarse que la OGAP fijó fecha para que se realice la audiencia de debate para el día **8 de mayo de 2019**. Audiencia que, luego de sucesivas suspensiones y reprogramaciones atribuibles a diversas causas, entre ellas, peticiones de la defensa, del Ministerio Público Fiscal, así como también, derivadas del propio tribunal interviniente y de la situación de pandemia por COVID 19 (orden n° 16, 17, 33, entre otros), finalmente comenzó el **16 de marzo de 2.021** (orden n° 58).

Del soporte audiovisual respectivo se observa que luego del recuento de las actuaciones procesales cumplidas en la causa, el juez *a quo* consultó a la representante del Ministerio Público Fiscal si habían arribado con la defensa del acusado a algún acuerdo con relación al ofrecimiento de reparación integral oportunamente realizado. En esa oportunidad, tomó la palabra el defensor de Chávez Vitelli quien planteó, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, la extinción de la acción penal y el sobreseimiento del acusado. Ello por considerar que desde la realización de la audiencia de acusación en fecha **14 de marzo de 2019**, hasta ese momento había transcurrido el plazo máximo de pena prevista para el delito endilgado a su representado, esto es, dos años sin verificarse ninguna otra causal de suspensión ni de interrupción del cómputo respectivo (v. audiencia del día 16/03/21, a partir del min. 00:07:22/00:09:34).

Al evacuar la vista conferida, la representante del Ministerio público Fiscal rechazó el planteo de la defensa técnica del acusado. Para lo cual, interpretó que la audiencia realizada el **7 de junio de 2019 interrumpió el cómputo del plazo de la prescripción según lo previsto en el art. 385 del CPP**, con lo cual la acción penal se encontraba vigente. Argumentos que fueron compartidos en su totalidad por la Asesora de Menores e Incapaces interviniente, como también por la abogada de confianza de la denunciante (ver registro audiovisual, audiencia del 16 de marzo de 2021, min. 00:10:31/00:24:02).

Luego de ejercer el derecho a réplica por parte de la defensa técnica del acusado, el juez de la instancia previa rechazó el planteo de la defensa. Para resolver de esa manera, a resumidas cuentas, consideró que *«[...] no corresponde acoger la tesis propuesta por la defensa, toda vez que -con el grado provisorio de los juicios fácticos señalados en la acusación y sobre los cuales versará el debate- no es posible tener por verificado el inicio del cómputo de la prescripción en los delitos continuos (art. 63 del CP)»*, dado que *«[...] el sustrato fáctico sobre la base de la cual la defensa pretende el inicio y análisis del cómputo del plazo de prescripción no puede compartirse y constituye necesariamente una cuestión de hecho y prueba que debe dilucidarse en la audiencia de juicio»* (v. pág. 9/10 de los fundamentos del auto dictado, obrantes en el sistema LeD, orden n° 72, los que fueron leídos por el juez *a quo* en la audiencia realizada el día en fecha 6 de abril de 2021, mins. 00:06:01/00:43:49).

En séptimo lugar, corresponde referir que, luego de otra suspensión de la audiencia de debate por pedido de la defensa (orden n° 97), esa parte solicitó nuevamente el sobreseimiento del acusado por prescripción de la acción penal, de conformidad con lo previsto en el art. 19 inc. 3 del CPP y los arts. 62 y 67 del Código Penal.

En esa oportunidad, a los argumentos vertidos en su primera presentación, la defensa agregó que existe prueba en la causa que acreditaba el cese del incumplimiento reprochado a Chávez Vitelli antes de la última actuación procesal con efecto interruptivo del cómputo de la prescripción, esto es, de la realización de la audiencia de acusación (orden n° 100).

Así, destacó la declaración de la denunciante, cuando dijo que el acusado comenzó a depositar todos los meses los montos correspondientes a la cuota alimentaria fijada luego de haber sido citado en el marco de las presentes actuaciones, por lo que su reclamo se limitaba al adicional de aquella cuota en el período

comprendido entre el año 2011 a marzo del año 2017 (fs. 181vta.). En concordancia con ello, el juez expresó que el acusado fue citado a declarar en noviembre de 2017, que el día 13 de ese mes se le tomó declaración informativa, lo que permite comprender por qué el objeto procesal aparece limitado en la imputación a octubre de 2017.

Señaló que el adicional retroactivo reclamado por la denunciante se trata de intereses que surgen en una causa civil –que se encuentra apelada–, y que de ninguna manera podría dar lugar a un reproche penal, ni mucho menos podría entenderse como la continuación del delito aquí atribuido, debido a que se trata de conceptos no previstos en la obligación impuesta en su momento a Chávez Vitelli.

Agrega que la prueba instrumental ofrecida por la defensa en la audiencia de acusación (fs. 320/3269 también acredita los pagos de las obligaciones impuestas a Chávez Vitelli (obra social, Colegio y Club Los Tilos) relativas al período objeto del proceso.

Con motivo de esa presentación escrita, el administrador del Juzgado Penal Colegiado N° 1 dispuso que se reemplazara la audiencia fijada para el día **13 de mayo de 2021** para la continuación del debate, debiéndose tramitar exclusivamente en ella la cuestión incidental incoada por la defensa (orden n° 101).

Previa vista a las partes, la pretensión defensiva fue rechazada nuevamente por el juez, sobre la base de lo previsto en los arts. 366 y 386 del rito penal (v. constancia de audiencia realizada en fecha 13/05/2021, orden n° 113).

En octavo lugar, debe destacarse que al inicio del debate la representante del Ministerio Público Fiscal dio lectura a la acusación (v. registro de audiencia del día **14 de junio de 2021**, min. 00:20:54/00:24:12).

Seguidamente, agotada la etapa de producción de prueba, la agente fiscal amplió la acusación de acuerdo a lo previsto en el **art. 291 del CPP**. De tal manera, atribuyó al acusado que *«[e]n el período comprendido entre el mes de marzo del año 2016 y hasta abril de 2017 -fecha de notificación de sentencia alimentos provisorios-, Víctor Oscar Chávez Vitelli, se sustrajo de pagar parte de la cuota alimentaria fijada en forma mensual para la subsistencia de su hijo, [L.V.CH.], nacido en fecha 12 de Abril de 1.997, quien presenta un trastorno generalizado del desarrollo no especificado -retraso mental moderado- como así también la cuota a favor de [M.S.], ambas fijadas en los autos 384/10/4f caratulados [...], como así también durante este mismo período de tiempo se sustrajo de pagar parte de la suma de \$600 obligación establecida en los autos 384/10/4f caratulados [...] estableciendo que éstos serían destinados al pago de servicios del inmueble donde habiten sus hijos (impuestos y tasas municipales), que se encontraba vigente y como parte integrante de la cuota alimentaria hacia su hijo [L.V.CH.]. 2) Desde el mes de mayo del año 2017 -fecha de notificación de la sentencia- hasta octubre del año 2017, Víctor Oscar Chávez Vitelli, se sustrajo de pagar parte de la cuota alimentaria establecida como alimento provisorio fijada en forma mensual para la subsistencia de su hijo [L.V.CH.], nacido en fecha 12 de abril de 1997, quien presenta un trastorno generalizado del desarrollo no especificado -retraso mental moderado- fijada en los autos 4.022/16/4f caratulados [...], como así también, en el mismo período de tiempo –mes de mayo de 2017 pero hasta noviembre inclusive del año 2017- incumplió con el pago de parte de la suma de \$600, obligación establecida en los autos en los autos 384/10/4f caratulados [...] estableciendo que éstos serían destinados al pago de servicios del inmueble donde habiten sus hijos (impuestos y tasas municipales), que se encontraba vigente como parte integrante de la cuota alimentaria hacia su hijo [L.V.CH.]. 3) Todos estos pagos se debían depositar en la cuenta 361-3560640 correspondiente al Banco Santander Río sito en calle Rodríguez Peña del departamento de Godoy Cruz»*. Estos hechos fueron calificados bajo el delito de

incumplimiento de los deberes de prestar asistencia familiar a su hijo discapacitado, previsto en el art. 1 de la ley 13.944, en contexto de violencia de género, conforme los arts. 4 y 5 de la ley 26.485 (v. registro de audiencia del día 30/11/21, mins. 00:20:54/00:24:12).

En noveno lugar, durante la etapa de los alegatos, las partes expusieron sus respectivas pretensiones. En cuanto aquí interesa destacar, la representante del Ministerio Público Fiscal acusó a Víctor Oscar Chávez Vitelli por los hechos contenidos en la plataforma fáctica que resultó ampliada en los términos señalados en el párrafo anterior, y por aquella misma calificación legal. A su turno, tanto la Asesora de Menores e Incapaces, como la letrada de confianza que acompañó y asistió técnicamente a la denunciante durante todo el proceso, adhirieron a la exposición de la acusación pública.

Finalmente, hizo lo propio la defensa del acusado quien, entre múltiples planteos –inexistencia del hecho, atipicidad objetiva y atipicidad subjetiva–, solicitó nuevamente el sobreseimiento de su representado por extinción de la acción penal. Esto último, por considerar que, desde el último acto interruptivo –audiencia de acusación fiscal, realizada en fecha **14 de marzo de 2019**–, había transcurrido el plazo máximo de la prescripción que, de acuerdo con el tipo penal aplicado para encuadrar el hecho, es de dos años (arts. 1 y 2 de la ley 13.944). Planteo que, como se dijo, fue avalado por el tribunal de la instancia previa en la resolución impugnada.

Ahora bien, efectuado ese recuento de lo actuado en el marco de la presente causa, se advierte claramente que los argumentos del juez en el decisorio cuestionado se ajustan a las constancias comprobadas de la causa. Ello así, ya que hizo lugar a la excepción de extinción de la acción penal por prescripción y, en consecuencia, dispuso el sobreseimiento del acusado, con consideración de los actos procesales cumplidos durante la tramitación de la presente causa, particularmente en cuanto tiene que ver con el efecto que los mismos han producido sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción por el delito acusado.

En efecto, la conclusión a la que arriba el sentenciante se sostiene en base a dos afirmaciones que, en mi criterio, son correctas. La primera, que se encuentra determinado en autos el momento en que el acusado dejó de omitir el cumplimiento de las prestaciones alimentarias debidas y, con ello, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, de acuerdo a los términos de la acusación fiscal. La segunda, que computado el plazo bianual de vigencia de la acción penal **desde su interrupción por la realización de la audiencia de acusación en los términos del art. 417 quinquies del CPP**, el mismo se encuentra vencido al momento del dictado de la sentencia cuestionada, conforme lo previsto en el art. 62 inc. 2 del CP.

Respecto de la primera afirmación, de la reseña anteriormente realizada se advierte que la acusación fiscal se limitó a reprocharle a Chávez Vitelli sucesivos incumplimientos a las prestaciones alimentarias a las que resultó obligado de acuerdo a las resoluciones emitidas en las causas tramitadas en la Justicia de Familia. Ello, en diversos períodos de tiempo: a) desde el mes de marzo de 2016 y hasta el mes de abril del año 2017, se habría sustraído a cumplir con una parte de los alimentos provisorios a favor de su hijo [L.V.CH.], como también, de una parte la cuota fijada a favor de M.S., y de una parte de los seiscientos pesos (\$600,00) en concepto de pago de servicios –impuestos y tasas municipales– del inmueble donde habitan sus hijos. Todo lo cual fue ordenado en el marco de los autos n° 384/10/4f caratulados [...] originarios del Cuarto Juzgado de Familia; b) desde el mes de mayo de 2017 hasta el mes de octubre del año 2017, la sustracción al cumplimiento de parte de la cuota alimentaria establecida como alimento provisorio con

relación a su hijo L.V.CH. fijada en autos n° 4022/16/4f caratulados [...]; y, finalmente, c) desde el mes de mayo del 2017 hasta el mes de noviembre del año 2017, respecto de parte de la suma de seiscientos pesos (\$600,00) fijados en los autos referidos –n° 384/10/4f–.

Esa plataforma fáctica demuestra el primer acierto del juez, cuando afirma que el plazo de prescripción de la acción penal comenzó a correr cuando, según los términos en que resultó definida la acusación fiscal, específicamente en cuanto tiene que ver con las circunstancias temporales del hecho investigado, cesaron los incumplimientos reprochados al acusado. Es decir, desde el mes de **noviembre del año 2017**.

Por otro lado, se advierte que también es correcto el razonamiento del *a quo* cuando considera que, desde el último acto procesal con efecto interruptivo del cómputo de la prescripción, se ha cumplido el plazo máximo de vigencia de la acción penal. Ello por cuanto, más allá de cuál sea la posición que se asuma en relación a qué actos procesales de nuestro ámbito local –sobre todo a partir de las reformas de las **leyes 8.929 y 9.040**– interrumpen el curso de la prescripción en el procedimiento correccional, esto es, desde la **solicitud de la audiencia de acusación**, prevista en el art. 417 *quater* del CPP, o la **formulación de la acusación** que el representante del Ministerio público Fiscal efectúe luego de abierta la audiencia aludida, según lo normado en el art. 417 *quinquies* del CPP –posición asumida por el juez *a quo*–, lo cierto es que la acción penal no se encontraba vigente al momento del dictado de la sentencia (ver, al respecto, «**Asat Haltky**» y, las distintas posiciones asumidas en «**Galfo Ramírez**»). Incluso, según entiendo, aún antes de esa oportunidad.

En efecto, de las actuaciones que se tienen a la vista, surge que el **pedido** de la agente fiscal de fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia de acusación, fue realizado en fecha **8 de noviembre de 2018**. Mientras que la **formulación de la acusación en el marco de la audiencia respectiva tuvo lugar el 14 de marzo de 2019** (fs. 250 y 270, expediente digitalizado en soporte LeD, orden n° 4). Con posterioridad, y luego de múltiples suspensiones, se inició el **debate en fecha 16 de marzo de 2021** (orden n° 58), es decir, luego que transcurrieran los dos años establecidos por el art. 62 inc. 2 del C.P. y arts. 1 y 2 de la ley 13.944 desde el último acto interruptivo del curso de la prescripción.

De este modo, la inexistencia comprobada de otra actuación procesal con virtualidad interruptiva sobre el cómputo del plazo bianual de prescripción, deja incólume la pérdida de vigencia de la acción penal por el transcurso del tiempo en la oportunidad advertida en el párrafo precedente. **Situación que fue correctamente declarada –aun tardíamente, según se observa– en este proceso a través de la sentencia hoy impugnada, dictada en fecha 3 de marzo de 2022.**

Ahora bien, frente a la adecuada interpretación y aplicación del derecho sustantivo y procesal vigente en cuanto al instituto de la prescripción de la acción penal por parte del tribunal de la instancia previa, lo que resulta incluso admitido por la parte recurrente en su escrito casatorio, se le cuestiona la omisión de incorporación de las normas nacionales y supranacionales sobre la violencia de género.

Frente a ello, cabe remarcar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que el instituto de la prescripción de la acción penal *«tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito»*. Ello

por cuanto se interpreta que el derecho del imputado a ser juzgado en plazo razonable «*no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional -derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica-) y, en definitiva, del principio de inocencia plasmado en la Constitución Nacional (art. 18 citado), sino que se encuentra también previsto expresamente en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional)*» (Fallos: 342:2344).

Por lo tanto, la circunstancia que el o los hechos objeto de la acusación fueran cometidos dentro de un contexto de violencia de género, no puede habilitar la desnaturalización de institutos procesales de orden público, mediante exégesis normativas que excedan las posibilidades interpretativas de las cláusulas legales en juego.

De lo contrario, se consagrarían excepciones que atentan contra los más elementales derechos y garantías constitucionales que hacen al debido proceso legal. Entre otros, respecto del derecho de defensa en juicio, la garantía de igualdad ante la ley —«*Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes*» (art. 7 de la Constitución de Mendoza)—, y la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Las consecuencias político-criminales que conllevaría asumir una posición como la que aquí plantea —y reclama— las recurrentes, implicaría extender ilimitadamente la potestad punitiva del Estado, permitiéndole actuar para llegar al castigo efectivo del culpable aún cuando, por efecto del transcurso del tiempo, esa potestad represiva estatal se ha extinguido.

En ese sentido, debe remarcar que la forma en que se termina y calcula la extensión temporal de la pretensión represiva expresada en la acción penal, es vital en un Estado republicano de derecho, pues significa dentro de qué plazo el Estado puede perseguir legítimamente un ilícito.

Por lo demás, tampoco explica las recurrentes de qué manera la aplicación de la normativa que señala podría impactar de modo decisivo en la decisión cuestionada. Es decir, no indica los motivos por los cuales la acción penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, contextualizado provisoriamente en la acusación dentro de un marco de violencia de género de tipo económica, mantendría vigencia más allá de haberse cumplido con el plazo máximo de tiempo previsto en la ley para que se produzca la prescripción de la acción penal.

Por otra parte, no huelga resaltar que los derechos de las víctimas de autos, han sido debidamente tutelados durante la marcha del proceso. Muestra categórica de ello es, por un lado, la activa —y loable— intervención que tuvo la denunciante de autos —M.S.—, madre del hijo del acusado, a quien, siendo asistida en todo momento por una letrada de su confianza, y sin haberse constituido como parte querellante, fue participada de cada incidencia que se planteó durante el debate. Por otro, en la intervención de la Asesora de Menores e Incapaces en representación de L.V.CH.

A partir de lo examinado, es posible concluir que el decisorio impugnado cumple con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación del derecho vigente, con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, lo que impone su convalidación como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Dr. Valerio. Dr. Adaro. Dr. Palermo (Licencia)

APÉNDICE NORMATIVO

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º.- Este Código se aplicará:

- 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
- 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ARTÍCULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTÍCULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

TÍTULO II. DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTÍCULO 7º.- Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

ARTÍCULO 8º.- Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

ARTÍCULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009)

ARTÍCULO 11.- El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1º. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2º. A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3º. A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4º. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

ARTÍCULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria

potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

ARTÍCULO 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 14 — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375 B.O.28/07/2017)

ARTÍCULO 15.- La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

ARTÍCULO 17.- Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

ARTÍCULO 18.- Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

ARTÍCULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

- 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

ARTÍCULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTÍCULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

ARTÍCULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

ARTÍCULO 22.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

ARTÍCULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 23.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libelad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.815 B.O.1/12/2003)

ARTÍCULO 24.- La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 25.- Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34.

TÍTULO III. CONDENACION CONDICIONAL

ARTÍCULO 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTÍCULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

ARTÍCULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 28.- La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

TÍTULO IV. REPARACION DE PERJUICIOS

ARTÍCULO 29.- La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 30.- La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 31.- La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

ARTÍCULO 32.- El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

ARTÍCULO 33.- En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;
- 2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V. IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

- 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
- 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

ARTÍCULO 36.- Derogado.

ARTÍCULO 37.- Derogado.

ARTÍCULO 38.- Derogado.

ARTÍCULO 39.- Derogado.

ARTÍCULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTÍCULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de **un arma de fuego** la escala penal prevista para el delito de que se trate **se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo**, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTÍCULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

ARTÍCULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTICULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código, en leyes especiales o en las leyes que incorporen al derecho interno tipos penales previstos en convenciones internacionales vigentes ratificadas en la República Argentina, hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.739 B.O. 15/3/2024.)

TÍTULO VI. TENTATIVA

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

TÍTULO VII. PARTICIPACION CRIMINAL

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTÍCULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

ARTÍCULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTÍCULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTÍCULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

TÍTULO VIII. REINCIDENCIA

ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

ARTÍCULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;

4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTÍCULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

TÍTULO IX. CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54.- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

ARTÍCULO 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.928 B.O. 10/9/2004)

ARTÍCULO 56.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

ARTÍCULO 57.- A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º.

ARTÍCULO 58.- Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

TÍTULO X. EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 60.- La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

ARTÍCULO 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

ARTÍCULO 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

(Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 65.- Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2º. La de prisión perpetua, a los veinte años;

3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4º. La de multa, a los dos años.

ARTÍCULO 66.- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

a) La comisión de otro delito;

b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;

c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;

d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y

e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 68.- El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 69.- El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

ARTÍCULO 70.- Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

TÍTULO XI. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 72.- Son acciones **dependientes de instancia privada** las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá **de oficio**:

a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere **menor de 18 años de edad** o haya sido declarada incapaz;

b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de **seguridad o interés público**;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido **contra un menor** que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

(Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

ARTÍCULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1) Calumnias e injurias;

2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;

3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;

4) **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 74.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N°24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 75.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

TÍTULO XII. SJP

(Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994)

De la suspensión del juicio a prueba

ARTÍCULO 76.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconcimimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011)

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

TÍTULO XIII. SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

(Numeración del capítulo sustituida por art. 2° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 77.- Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 78.- Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

ARTÍCULO 78 bis. — (Artículo derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS

TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Art. 79 a 108

Capítulo I. Delitos contra la vida

ARTÍCULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

ARTÍCULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTÍCULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTÍCULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 84 bis. - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida

en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

(Artículo incorporado por art. 15 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

(Artículo sustituido por art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Capítulo II

Lesiones

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

ARTÍCULO 90. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

ARTÍCULO 91. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

ARTÍCULO 92. - Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

ARTÍCULO 93. - Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 94. - Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia,

por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTÍCULO 95. - Cuando en riña o agresión en que toman parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTÍCULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Capítulo IV

Duelo

ARTÍCULO 97. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 98. - Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 99. - El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1 Con multa de pesos mil a pesos quince mil si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

2 Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 100. - El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1º Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.

2 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3 Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

ARTÍCULO 101. - El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario.

2º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

ARTÍCULO 102. - Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

ARTÍCULO 103. - Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de pesos mil a pesos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Abuso de armas

ARTÍCULO 104. - Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

ARTÍCULO 105. - Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Capítulo VI

Abandono de personas

ARTÍCULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

TÍTULO II. DELITOS CONTRA EL HONOR. Art. 109 a 117

ARTÍCULO 109. - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 110. - El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 112. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 113. - El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 114. - Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

ARTÍCULO 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

ARTÍCULO 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

ARTÍCULO 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 117 bis.

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

TÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Art. 119 a 133

(Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 118.- (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

Capítulo II

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTÍCULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 121. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 122. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 123. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.893 B.O. 26/5/2004)

Capítulo III

ARTÍCULO 125. - El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 bis. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 127 ter. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

ARTÍCULO 129 — Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

(Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087, B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: multa actualizada anteriormente por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV

ARTÍCULO 130 — Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

(Artículo sustituido por art. 11° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Capítulo V

ARTÍCULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

ARTÍCULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

(Nota Infoleg: Rúbricas de los Capítulos II, III, IV y V derogadas por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL. Art. 134 a 140

Capítulo I. Matrimonios ilegales

ARTÍCULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta.

ARTÍCULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2º. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

ARTÍCULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

ARTÍCULO 138.- Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.**

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad** de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

(Artículo incorporado por art. 7º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo I

Delitos contra la libertad individual

ARTÍCULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 141. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

ARTÍCULO 142. - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARTÍCULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679 B.O. 09/05/2011)

ARTÍCULO 143. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

- 1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;
- 2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;
- 3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;
- 4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;
- 5º. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

ARTÍCULO 144. - Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.

ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;
2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;
3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

ARTÍCULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

ARTÍCULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

ARTÍCULO 145. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

ARTÍCULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

ARTÍCULO 148. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

ARTÍCULO 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.847 B.O. 12/4/2013)

ARTÍCULO 149. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

ARTÍCULO 149 bis. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

ARTÍCULO 149 ter. - En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Capítulo II

Violación de domicilio

ARTÍCULO 150. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

ARTÍCULO 151. - Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

ARTÍCULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTÍCULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTÍCULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTÍCULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTÍCULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTÍCULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

TÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTÍCULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTÍCULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo II

Robo

ARTÍCULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTÍCULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTÍCULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTÍCULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
- 2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
- 3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
- 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
- 5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
- 6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Capítulo III

Extorsión

ARTÍCULO 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

ARTÍCULO 169. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

ARTÍCULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

ARTÍCULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;
8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;
9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;
10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;
11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 174. - Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3º. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4º. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-

6º.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare,

hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.602 B.O. 20/6/2002 se incorporó el art. 174 bis pero fue vetado por Decreto N° 1059/2002 B.O. 20/6/2002)

ARTÍCULO 175. - Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos:

1º. El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2º. El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3º. El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4º. El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.-

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV bis

Usura

ARTÍCULO 175 bis. - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Quebrados y otros deudores punibles

ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTÍCULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

ARTÍCULO 178. - Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTÍCULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTÍCULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Capítulo VI

Usurpación

ARTÍCULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(Artículo sustituido por art. 2º Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 182. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

Capítulo VII

Daños

ARTÍCULO 183. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 184. - La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;
4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VIII

Disposiciones generales

ARTÍCULO 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

TÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Art. 186 a 208

Capítulo I

Incendios y otros estragos

ARTÍCULO 186. - El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 187. - Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.

ARTÍCULO 188. - Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

ARTÍCULO 189. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.189 B.O. 28/10/1999)

ARTÍCULO 189 bis . - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de **6 (SEIS) meses** a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

ARTÍCULO 189 ter .- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Capítulo II

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

(Denominación sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

ARTÍCULO 190. - Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

ARTÍCULO 191. - El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

2º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

3º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

4º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 192. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

ARTÍCULO 193. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

ARTÍCULO 193 bis. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 194. - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

ARTÍCULO 195. - Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

ARTÍCULO 196. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTÍCULO 197. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo III

Piratería

ARTÍCULO 198. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1º El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

2º El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;

4º El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación;

5º El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas;

6º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería;

7º El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio.

ARTÍCULO 199. - Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Capítulo IV

Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201. - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201 bis. - Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

ARTÍCULO 203. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 bis.- Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 ter.- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quater.- Será reprimido con multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quinquies: Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

ARTÍCULO 206. - Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 207. - En el caso de condenación por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

ARTÍCULO 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO. Art. 209 a

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTÍCULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTÍCULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Artículo incorporado por art. 4º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo II

Asociación ilícita

ARTÍCULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTÍCULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Capítulo III

Intimidación pública

ARTÍCULO 211. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

ARTÍCULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV

Apología del crimen

ARTÍCULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V

Otros atentados contra el orden público

ARTÍCULO 213 bis. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo VI. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo

(Capítulo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007)

Artículo 213 ter.- (Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

Artículo 213 quáter.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION

Capítulo I

Traición

ARTÍCULO 214. - Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.

ARTÍCULO 215. - Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

3º Si perteneciere a las fuerzas armadas. (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 216. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución.

ARTÍCULO 217. - Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

ARTÍCULO 218. - Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común.

Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44.

Capítulo II

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación

ARTÍCULO 219. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años. (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 220. Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años.

(Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 221. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

ARTÍCULO 222. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Párrafo sustituido por art. 8° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina.

Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Párrafo incorporado por art. 9° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 223. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio.

ARTÍCULO 224. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

ARTÍCULO 225. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.

TÍTULO X. DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTÍCULO 226. - Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTÍCULO 226 bis. - El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 227. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los

argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional).

ARTÍCULO 227 bis. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado; sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales.

ARTÍCULO 227 ter. - El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

ARTÍCULO 228. - Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase.

Capítulo II

Sedición

ARTÍCULO 229. - Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

ARTÍCULO 230. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Capítulo III

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 231. - Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas.

ARTÍCULO 232. - En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito.

ARTÍCULO 233. - El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

ARTÍCULO 234. - El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar. Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos.

ARTÍCULO 235. - Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena.- Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años.- Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

ARTÍCULO 236. - Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

ARTÍCULO 237. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 238. - La prisión será de seis meses a dos años:

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a

cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

ARTÍCULO 240. - Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

ARTÍCULO 240 bis - El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 241. - Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:

1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.

2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.

3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.

4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.

5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 242. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 243. - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Capítulo II

Falsa Denuncia

ARTÍCULO 244. -(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).

ARTÍCULO 245. - Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo III

Usurpación de autoridad, títulos u honores

ARTÍCULO 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTÍCULO 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 249 bis - El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTÍCULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.
2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTÍCULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión

de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.

Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)

ARTÍCULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 253 bis - El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

ARTÍCULO 254. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa. Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 255. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VI

Cohecho y tráfico de influencias

(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258 bis — Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

ARTÍCULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTÍCULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTÍCULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTÍCULO 263. - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTÍCULO 264. - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTÍCULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX

Exacciones ilegales

ARTÍCULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

ARTÍCULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX bis

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

ARTÍCULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 268 (2) — Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Capítulo X

Prevaricato

ARTÍCULO 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Capítulo XI

Denegación y retardo de justicia

ARTÍCULO 273. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

ARTÍCULO 274. - El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Capítulo XII

Falso testimonio

ARTÍCULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

ARTÍCULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

Capítulo XIII

Encubrimiento

(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.

b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.

c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

b) El autor actuare con ánimo de lucro.

c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

ARTÍCULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 278.- (Artículo derogado por art. 2º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 279.-

1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Capítulo XIV

Evasión y quebrantamiento de pena.

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3º de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

ARTÍCULO 280. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

ARTÍCULO 281. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

TÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Capítulo I

Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito

ARTÍCULO 282. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

ARTÍCULO 283. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTÍCULO 284. - Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 285. - Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 286. - (Artículo derogado por art. 3° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 287. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Capítulo II

Falsificación de sellos, timbres y marcas

ARTÍCULO 288. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años:

1º. El que falsificare sellos oficiales;

2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos.- En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero.

ARTÍCULO 289. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.

3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 290. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.-

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 291. - Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.-

Capítulo III

Falsificación de documentos en general

ARTÍCULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 294. - El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos.

ARTÍCULO 295. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio.

La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

ARTÍCULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTÍCULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 298 bis. - Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 24.760 B.O.13/1/1997)

Capítulo IV

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 299. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.-

Capítulo V

De los fraudes al comercio y a la industria

ARTÍCULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 300 bis - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

(Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 301. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

ARTÍCULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurren las circunstancias del artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de

las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

TÍTULO XIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

(Título incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTICULO 303:

1. Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, adquiriere, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de ciento cincuenta (150) Salarios mínimos, vitales y móviles al momento de los hechos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2. La pena prevista en el inciso 1) será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

3. El que recibiere bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1), que les dé la apariencia posible de un origen lícito será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4. Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1), el autor será reprimido con la pena de multa de cinco (5) a veinte (20) veces del monto de la operación.

5. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la **Ley N° 27.739 B.O. 15/3/2024.**)

ARTÍCULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o

cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTICULO 306:

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes u otros activos, de fuente lícita o ilícita, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- d) Para financiar, para sí o para terceros, el viaje o la logística de individuos y/o cosas a un Estado distinto al de su residencia o nacionalidad, o dentro del mismo territorio nacional, con el propósito de perpetrar, planear, preparar o participar en delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies;
- e) Para financiar, para sí o para terceros, la provisión o recepción de entrenamiento para la comisión de delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies;
- f) Para financiar la adquisición, elaboración, producción, desarrollo, posesión, suministro, exportación, importación, almacenamiento, transporte, transferencia, o de cualquier manera el empleo de armas de destrucción masiva del tipo nuclear, química, biológica, sus sistemas vectores, medio de lanzamiento y sus materiales relacionados, incluyendo tecnologías y bienes de uso dual para cometer cualquiera de los delitos previstos en este Código o en Convenciones Internacionales.

También será reprimido con la misma pena de prisión y multa quien elabore, produzca, fabrique, desarrolle, posea, suministre, exporte, importe, almacene, transporte, transfiera, emplee, o que de cualquier forma prolifere; incrementando, acrecentando, reproduciendo o multiplicando, las armas de

destrucción masiva señaladas en el párrafo anterior, sus sistemas vectores y sus materiales relacionados destinados a su preparación.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal que se financia o se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso de los incisos b) y c) la organización o el individuo se encontraran fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

(Artículo sustituido por art. 3° de la **Ley N° 27.739 B.O. 15/3/2024.**)

ARTÍCULO 307.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 306 renumerado como artículo 307 por art. 1° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 308.- El mínimo de la pena prevista en el artículo anterior se elevará a dos (2) años de prisión y el máximo a seis (6) años de prisión, cuando:

- a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;
- b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se elevará a ocho (8) años de prisión cuando:

- c) El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;
- d) El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público. En estos casos, se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho (8) años.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 307 renumerado como artículo 308 por art. 2° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 309.-

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;

b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 310.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente.

El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periódicas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 311.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros.

En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 310 renumerado como artículo 311 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 312.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 311 renumerado como artículo 312 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 313.- Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 312 renumerado como artículo 313 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 314. - El presente código regirá como ley de la Nación seis meses después de su promulgación. (Artículo 306 renumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 303 renumerado como Artículo 306 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 315. - El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del código conjuntamente con la exposición de motivos que lo acompaña. Los gastos que origine la publicación se imputarán a esta ley. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 304 reenumerado como Artículo 307 por art. 5º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 316. - Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás en cuanto se opusieran a este código. Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 305 reenumerado como Artículo 308 por art. 5º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Antecedentes Normativos

- Artículo 313, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, se ha omitido la redacción del presente artículo;

- Artículo 309, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, ha quedado duplicado el número del presente artículo;

- Artículo 308 reenumerado como Artículo 309 por art. 4º de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;

- Artículo 307 reenumerado como Artículo 308 por art. 4º de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;

- Artículo 306 reenumerado como Artículo 307 por art. 4º de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;

- Artículo 63, segundo párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011;

- Artículo 77, quinto párrafo, incorporado por art. 1º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;

- Artículo 252, segundo párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;

- Artículo 77, párrafo décimo tercero, incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;

- Artículo 77, párrafo décimo segundo, incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;

- Artículo 77, párrafo décimo primero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 128 sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 41 ter sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 ter incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 bis incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 193 bis incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008;
- Artículo 213 quáter incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 213 ter incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 278, inciso 5) incorporado por Art. 5º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006;
- Artículo 67, cuarto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 67, quinto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 14 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004;
- Artículo 77, párrafo décimo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004;
- Artículo 279, inciso 3) sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003;
- Artículo 258 bis sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003;
- Artículo 41 ter, incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 24, último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25. 742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 206, párrafos incorporados por art. 1° de la Ley N° 25.528 B.O. 9/1/2002;
- Artículo 78 bis, incorporado por art. 51 de la Ley N° 25.506 B.O. 14/12/2001;
- Artículo 157 bis, incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000;
- Artículo 279 sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.246 B.O.10/5/2000. Vetada parcialmente por Decreto N° 370/2000 B.O.10/5/2000;

- Artículo 279, inciso 2), Frase "No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;" vetada por Decreto N° 370/2000 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 278 sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000.
- Artículo 278, Nota Infoleg: inciso 2) vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000: "2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito";
- Artículo 277, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Libro II, Título XI, Capítulo XIII, Denominación, sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 67, sustituido por art. 29 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a partir de los ocho días desde su publicación;
- Artículo 265 sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 84 sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 94 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 203 sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 72 sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 119 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 131 derogado por art. 12 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 sustituido por art. 8° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 126 sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 125 bis incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 132 sustituido por art. 15 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 128, sustituido por art. 9° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;

- Artículo 127 ter, incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 bis, sustituido por art. 16 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 23, sustituido por art. 26 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 258 bis, incorporado por art. 36 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 266 sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 189 bis, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999. Frase "o de uso civil condicionado" vetada por Decreto N° 496/1999;
- Artículo 189 ter, incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 73 sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995;
- Artículo 94, multa actualizada por la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 ter, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 bis, Nota Infoleg, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 203, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 155, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 255, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 286, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 252, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72, inc. 3) incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.270 B.O. 26/11/1993;
- Artículo 298 bis, sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 301 bis derogado por art. 10 de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 204 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.737, B.O. 11/10/1989;
- Artículo 204 bis incorporado por Ley N° 23.737 B.O. 11/10/1989;

- Artículo 204 ter incorporado por Ley N°23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 quater incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 77, párrafo noveno, sustituido por art. 40 de la Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 163, inciso 1, sustituido por Ley N° 23.588 B.O.24/8/1988;
- Actualización montos de las multas: Ley N° 23.479 B.O.26/1/1987, Ley N° 23.974 B.O.17/9/1991 y la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987;
- Rúbrica del Capítulo III, Título III del Libro Segundo, sustituida por art. 2° de la Ley N°23.487 B.O. 26/1/1987;
- Artículo 277, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987;
- Artículo 204, monto actualizado por art. 1° de la Ley N° 23.479, 16/1/1987;
- Artículo 279, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987.

CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 1º - Principio de legalidad y duración de proceso.

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 1º CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza.)

***Art. 2º - Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda.**

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel. (Concs. Art. 3º CPP Cba.; Art. 2º CPP Costa Rica; Art. 3º CPP Mza.; Art. 4º CPP Mza.)

*La regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las Leyes indicadas.

(ULTIMO PARRAFO AGREGADO POR LEY 7231, ART. 5)

Art. 3º - Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 3 CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza)

Art. 4º - Ámbito Temporal.

Este código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 2º CPP Cba.)

Art. 5º - Solución del conflicto

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

(Conc. Art. 7º CPP Costa Rica; Art. 10 CPP Mza -parcial-)

Art. 6º - Medidas cautelares

Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

(Conc. Art. 10 CPP Costa Rica)

Art. 7º - Garantía para el imputado-Defensa Técnica.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.

(Conc. Art. 12 -parcial- y Art. 13 CPP Costa Rica)

TÍTULO II. ACCIONES PROCESALES

CAPÍTULO 1. ACCIÓN PENAL

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES. EJERCICIO

***Art. 8º - Acción Penal**

La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

(Concs. parciales Art. 5º CPP Cba.; Art. 16 CPP C.Rica; Art. 6º CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 1)

Art. 9º - Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. Será considerado guardador quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor.

La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito.

(Concs. Art. 6º CPP - Cba.; Art. 7º CPP - Mza.)

Art. 10 - Querellante particular.

- El ofendido penalmente por un delito de acción pública,
- sus herederos forzosos,
- representantes legales o
- mandatarios,

podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

El mismo derecho tendrá cualquier persona
contra funcionarios públicos,

que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos;
cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo
así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

(Concs. Art. 7° CPP Cba.; Art. 75 segunda parte CPP C. Rica)

Art. 11 - Acción privada.

La acción privada se ejercerá por medio de querella, en la forma especial que este Código establece.

(Conc. Art. 8° CPP Cba.)

Art. 12 - Prejudicialidad civil y penal.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción deberán resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las referentes a la validez o nulidad del matrimonio, cuando de su resolución dependa la existencia del delito. En estos casos, el ejercicio de la acción penal se suspenderá, aún de oficio, hasta que en la jurisdicción civil recaiga sentencia firme, la que producirá el efecto de cosa juzgada. Si el ejercicio de la acción penal dependiera de juicio político, desafuero o enjuiciamiento previo, se observarán los límites y condiciones establecidos por la ley.

(Concs. Art. 1°, 9° y 10 CPPCba.; Art. 21 CPP C.Rica; Arts. 11 y 13 CPP - Mza.)

***Art. 13 - Apreciación**

Cuando se deduzca una excepción de prejudicialidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, podrán apreciar, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil. En caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenará que éste continúe.

Cuando la resolución que ordene o deniegue la suspensión fuere dictada por el Fiscal de Instrucción, podrá ser objeto de oposición. El Juez de Garantías resolverá, sin sustanciación, en el término de tres días. La resolución no será apelable.

(Concs. Art. 11 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 14 - Efectos de la suspensión

Resuelta la suspensión del proceso de acuerdo con el Artículo 12, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, pudiendo disponerse las restricciones previstas en el artículo 280 y practicarse los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 12 CPP Cba.)

Art. 15 - Juicio Civil necesario.

El Juicio civil que fuere necesario podrá ser promovido y proseguido por el Fiscal en lo Civil, con citación de todos los interesados.

(Concs. Art. 13 CPP Cba.)

SECCIÓN SEGUNDA OBSTÁCULOS FUNDADOS EN PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Art. 16 - Procedimiento contra un legislador.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un legislador, el Fiscal de Instrucción interviniente, practicará todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. Si existiera mérito para proseguir la causa, solicitará el desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, acompañando una copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen.

Si aquel hubiera sido detenido por sorprenderlo in fraganti en la ejecución de delito que permita situación de libertad (Art. 280), el Fiscal de Instrucción pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la Cámara Legislativa correspondiente.-

(Concs. Art. 14 CPP Cba., Art. 199 y 200 CPP Mza. -parcial-)"

Art. 17 - Procedimiento contra otros funcionarios.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un funcionario sujeto a juicio político o enjuiciamiento previo, el Fiscal de Instrucción competente podrá practicar todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. El Fiscal de Instrucción remitirá copia de las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento.

El funcionario sujeto a investigación podrá ser enjuiciado cuando fuere suspendido o destituido por la Cámara de Senadores o por el Tribunal de Enjuiciamiento. (Concs. Art. 15 CPP Cba.; Art. 201 CPP Mza. - parcial -).

Art. 18 - Varios imputados.

Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros.

(Concs. Art. 15. CPP Cba.; 202 CPP Mza.-parcial-)

SECCIÓN TERCERA. EXCEPCIONES

Art. 19 - Enumeración.

El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no pudiere proseguir.
- 3) Extinción de la pretensión penal.

Si concurrieran dos o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

(Concs. Art. 17 CPP Cba.; Art. 42 CPP Costa Rica).

Art. 20 - Interposición y prueba.

Las excepciones se deducirán por escrito y, si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad. Si las excepciones se basaren en hechos que deban ser probados, previamente se ordenará la recepción de la prueba por un término que no podrá exceder de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa. El acta se labrará en forma sucinta. El trámite de la excepción no podrá durar más de un mes, no computándose el tiempo de diligenciamiento de prueba fuera de la provincia, incidentes, recursos o actos que dependan de la actividad de las partes.

(Conc. Art. 18 CPP Cba.)

***Art. 21 - Trámite y resolución.**

De las excepciones planteadas se correrá vista al Ministerio Público, al querellante particular y a las partes interesadas. El Tribunal resolverá por auto.

Si se dedujera durante la investigación fiscal, efectuado el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Fiscal elevará el incidente a resolución del Juez de Instrucción, con opinión fundada, en el término de tres días. Si no hubiera prueba que recibir, elevará inmediatamente las actuaciones.

(Conc. Art. 19 CPP Cba.; Art. 43 CPP C. Rica)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 22 - Tramitación separada.

El incidente se sustanciará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la investigación. La resolución será apelable.

(Conc. Art. 20 CPP Cba.)

Art. 23 - Falta de jurisdicción o de competencia.

Si se admitiere la falta de jurisdicción o de competencia, excepción que deberá ser resuelta antes que las demás, se procederá conforme a los artículos 52 y 56. (Conc. Art. 21 CPP Cba.)

Art. 24 - Excepciones perentorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido.

(Conc. Art. 22 CPP Cba.)

Art. 25 - Excepciones dilatorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción dilatoria, se ordenará el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

(Conc. Art. 23 CPP Cba.)

SECCIÓN CUARTA. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACTUACIÓN ENCUBIERTA

Art. 26 - Principio de oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- 2)** Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3)** En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4)** En el juicio abreviado;
- 5)** En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
 1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;
 2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
 3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

(Concs. Art. 22 CPP Costa Rica; Ley Nº 23.737)

6) En los casos en los que corresponda la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de conformidad con el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por dicho régimen". (Ley 9237)

Art. 27 - Efectos del Criterio de Oportunidad.

Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Si se produjere la reiteración de un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

(Concs. Art. 23 CPP Costa Rica).

Art. 28 - Plazo para solicitar criterios de oportunidad.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse durante la sustanciación de la causa, y hasta la citación a juicio (artículo 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

(Concs. Art. 24 CPP Costa Rica).

Art. 29 - Actuación encubierta. Investigación bajo reserva.

Actuación encubierta. El Fiscal de Instrucción podrá, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o miembro de la policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delito y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal y leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del Fiscal de Instrucción.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el Fiscal de Instrucción deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no conforme al artículo 34 inc. 4) del Código Penal Argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la

autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este artículo, el Fiscal de Instrucción resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el Fiscal de Instrucción señale tendientes a la protección del agente. Si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto. Investigación bajo reserva.

El Fiscal podrá autorizar la reserva de identidad de uno o más investigadores de la Fiscalía, cuando ello sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación, por un período de tres meses, el que podrá extenderse hasta seis meses.

Concluido el plazo, el Fiscal elaborará una conclusión sobre la investigación, y si se advierte la probable comisión de delito, revelará la identidad de los investigadores de ser necesario y dará inicio a la investigación penal preparatoria conforme la norma del Art. 313 y concordantes. En caso contrario archivará las actuaciones.

El Fiscal será responsable directo de los investigadores.

(Concs. Ley Nº 23737; Art. 335 Anteproyecto CPP de la Provincia. Del Neuquén).

Artículo 29 bis.- Agente encubierto digital.

En los casos de investigación de delitos en que resulte necesaria la intervención del agente en entornos o plataformas digitales, el Fiscal podrá requerir fundadamente ante el Juez Penal Colegiado la actuación encubierta de un agente bajo las premisas anteriores y las condiciones aquí previstas. La autorización de este medio de investigación excepcional, se emitirá por decreto fundado, en el marco de la investigación de delitos previstos en los artículos 128, 131 del Código Penal, en delitos concretos de especial gravedad o de investigación compleja y siempre que existan motivos suficientes que acrediten: a) Que el éxito de la investigación esté seriamente dificultado de no recurrirse a este medio, b) Que se trata de delitos cometidos a través de medios informáticos que no permiten otra forma de investigación.

La actuación encubierta no podrá exceder de ciento ochenta (180) días a contar desde que la autorización otorgada por el Juez Penal sea notificada al Fiscal. Los perfiles o identidades digitales, en ningún caso podrán ser imágenes de personas reales, serán creados y administrados por personal técnico idóneo del Ministerio Público Fiscal, funcionarios o auxiliares de la fuerza de seguridad en función judicial con experiencia y desarrollo en la materia, y bajo el control directo del Fiscal a cargo de la investigación, quien hará constar las directivas, reservando en caja de seguridad: la denominación y características del perfil utilizado por el agente encubierto; plataformas digitales donde se actuará; claves de acceso validadas y actividad concreta a desarrollar por el agente. Una vez concluida la intervención del agente encubierto digital, el Fiscal dejará constancias de su existencia en el legajo/expediente.

El agente encubierto digital, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido. El agente encubierto digital estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la

investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de ésta y no constituyan una provocación al delito.

A los efectos del presente artículo se considera agente encubierto digital al funcionario de las fuerzas de seguridad o miembro del Ministerio Público Fiscal autorizado, que previo prestar su consentimiento, oculte o utilice un perfil digital encubierto, interactúe y se relacione digitalmente a través de tecnologías de la información y de la comunicación con el objeto de: identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores de un delito; impedir la consumación de un delito; o para reunir información o elementos de prueba necesarios para la investigación. (Ley 9510. BO 04-03-2024)

SECCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Art. 30 - Procedencia.

El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación del procedimiento. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena. No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o partícipe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión.

(Conc. Art. 25 CPP Costa Rica; Art. 3 Ley Nº 24316)

Art. 31 - Condiciones por cumplir durante el período de prueba.

El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas de conducta cuando estime que resultan razonables.

(Conc. Art. 26 CPP C. Rica)

Art. 32 - Notificación y vigilancia de las condiciones de prueba.

El Tribunal deberá explicarle personalmente al imputado las condiciones que deberá cumplir durante el período de prueba y las consecuencias de incumplirlas. Dispondrá también las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones. (Conc. Art. 27 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 2. ACCIÓN CIVIL

Art. 33 - Ejercicio. Titulares. Limitaciones.

La acción civil destinada a obtener la restitución del objeto material del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de homicidio. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediere entre ellos un concurso ideal de delito.

(Concs. Art. 24 CPP Córdoba; Art. 37 CPP Costa Rica)

Art. 34 - Delegación. Defensor de Pobres y Ausentes

La acción civil deberá ser ejercida por un Defensor de Pobres y Ausentes, cuando:

- a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.
- b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Ministerio

Pupilar. En ningún caso podrá el mismo Defensor de Pobres y Ausentes ejercer simultáneamente la acción civil y el cargo de Defensor del imputado.

(Concs. Art. 25 CPP Cba.; Art. 39 CPP Costa Rica)

Art. 35 - Carácter accesorio.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Sobreseído el imputado o suspendido el procedimiento por alteración grave de sus facultades mentales - acreditada por informe médico forense-, o decretada la rebeldía del imputado, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

(Concs. Art. 27 CPP Cba.; Art. 40 CPP Costa Rica -parcial-; Arts. 16 y 17 CPP Mza.).

Art. 36 - Ejercicio alternativo.

La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles; pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones.

(Concs. Art. 41 CPP Costa Rica)

TÍTULO III. TRIBUNAL

CAPÍTULO 1. JURISDICCIÓN

Art. 37 - Extensión y Carácter.

La Jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la Ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable.

(Concs. Art. 28 CPP Cba.; Art. 45 CPP Costa Rica; Art. 18 CPP Mza.)

Art. 38 - Jurisdicciones Especiales.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción federal o militar, el orden de juzgamiento se regirá por la ley nacional. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 29 CPP -Cba.; Art. 19 CPP Mza)

Art. 39 - Jurisdicciones Comunes.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro correspondiente a la jurisdicción de otra provincia, primero será juzgado en Mendoza, si el delito imputado aquí fuere de mayor gravedad. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 30 CPP Cba.; Art. 20 CPP Mza)

Art. 40 - Trámite Simultáneo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, el proceso de jurisdicción provincial podrá sustanciarse simultáneamente con el conexo, cuando ella no determine obstáculos para el ejercicio de las jurisdicciones o para la defensa del imputado. (Concs. Art. 31 CPP Cba.; Arts. 52 y 53 CPP Costa Rica)

Art. 41 - Unificación de Penas.

Cuando una persona hubiere sido condenada en diversas jurisdicciones y correspondiere unificar las penas (C.P. 58), el Tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según hubiere impuesto la pena mayor o la menor. El condenado cumplirá la pena en la Provincia cuando en ésta se disponga la unificación, salvo que la ley determine lo contrario.

(Concs. Art. 32 Cba.; Art. 54 CPP Costa Rica; Art. 21 CPP Mza)

CAPÍTULO 2. COMPETENCIA

SECCIÓN PRIMERA. COMPETENCIA MATERIAL

Art. 42 - Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 33 CPP - Cba.; Art. 22 CPP - Mza.)

Art. 43 - Revisión por el Tribunal de Sentencia.

El Tribunal que hubiera dictado sentencia en la causa, conocerá excepcionalmente del recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la pena impuesta no exceda del máximo admitido en la nueva Ley.

***Art. 44 - Cámara del Crimen. Tribunal Penal Colegiado.**

La Cámara del Crimen o el Tribunal Penal Colegiado a través de sus Salas Unipersonales o en Colegio, de conformidad con lo previsto en los artículos 45, 46 y concordantes, juzgará en única instancia los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal.

(Concs. Art. 34 CPP - Cba.; Concs. parcial Art. 24 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 28)

***Art. 45 - Regla: Salas Unipersonales.**

A los fines del ejercicio de su competencia, cada juez de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado asumirá la jurisdicción y procederá con las normas del juicio común, excepto lo previsto en el Art. 46, salvo para los actos preliminares del juicio común previstos en el Capítulo I, Título II, del Libro Tercero de este Código que siempre será en Salas unipersonales.

(Concs. Art. 34 bis CPP Cba.). (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 29)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 2)

***Art. 46 - Excepción: Jurisdicción en Colegio.**

No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse las partes a juicios (último párrafo del artículo 364,) el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción.

(Concs. Art. 34 Ter CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 30)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 3)

***Art. 47 - Competencia de Apelación.**

Los Jueces que integran las distintas Cámaras del Crimen o los Tribunales Penales Colegiados y los Tribunales Penales de Menores en Salas Unipersonales, asumiendo la Jurisdicción, conocerán de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones apelables de los Jueces que integran los Juzgados de Garantías, Ejecución y de los Juzgados Penales Colegiados. Excepcionalmente, se procederá conforme al artículo 46 de la presente ley.

La asignación de los casos, por las Oficinas de Apelaciones Penales (OAP), en Salas Unipersonales o en Colegio, se hará aleatoriamente entre todos los Jueces competentes por sistema informático, manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

La audiencia oral de apelación será fijada, según los artículos 294 y 472, exclusivamente en horario vespertino.

(Concs. Art. 35 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 31)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 3)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 4)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 48 - Juez de Ejecución. Juzgado Penal Colegiado**

Los jueces penales de primera instancia tendrán la competencia penal del presente Código y la que la ley le asigne, según las siguientes funciones:

- 1) El Juez de Garantías intervendrá tan solo en los supuestos que este Código le atribuye jurisdicción.
- 2) El Juez de Flagrancia intervendrá en el procedimiento de flagrancia conforme los artículos 439 bis, ter y quater.
- 3) El Juez Correccional intervendrá en el procedimiento correccional y juzgará en los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieran reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con multa y/o inhabilitación.
- 4) El Juez de Ejecución Penal intervendrá en los supuestos del Libro V de este Código.
(Concs. Art. 36 CPP Cba.; Art. 25 CPP Mza. -parcial-).
(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 32)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8680, ART. 8)
(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 49 - Jueces Penales Colegiados.**

Los Jueces Penales Colegiados tendrán competencia en todos los supuestos en que este Código les atribuye jurisdicción, en materia de Garantías, Correccional, Flagrancia y Ejecución.

- (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 33)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 5)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7280, ART. 1) (Conc. Art. 37 CPP Cba.)

***Art. 49 bis - El Juez de Delitos de Tenencia** juzgará en única instancia los delitos previstos en los apartados (2) y primer párrafo del (3) del artículo 189 bis del Código Penal, cualesquiera fuera su pena.

Asimismo, juzgará de aquellos delitos cuya acción típica esté constituida por la tenencia o portación de objetos, cualesquiera fuera la pena conminada en la ley penal, y que la Suprema Corte de Justicia incluya en su competencia.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 8263, ART. 1. LA LEY 8263 **HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515**, ART. 1)

Art. 50 - Juez de Paz.

Si en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores, el Juez de Paz practicará los actos urgentes de la investigación con arreglo al artículo 316. Podrá recibir declaración al imputado en la forma y con las garantías establecidas por la Ley, ordenar su detención en los casos previstos en los artículos 284 y 286, comunicándola inmediatamente al órgano competente; y recibir las declaraciones testificales, según las normas de la investigación penal preparatoria. Deberá remitir las actuaciones al órgano judicial competente dentro del término de cinco días a contar de su avocamiento, mas en caso de difícil investigación, aquél podrá prorrogar este término por otro tanto.

(Concs. Art. 39 CPP Cba.)

Art. 51 - Determinación.

Para determinar la competencia se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, será competente la Cámara en lo Criminal.

(Concs. Art. 40 CPP Cba.; Art. 30 CPP Mza)

Art. 52 - Incompetencia.

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso. El Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere.

Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

(Concs. Art. 41 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 31 CPP Mza.)

Art. 53 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sean imposibles repetir.

Esta disposición no regirá cuando un Tribunal de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

(Concs. Art. 42 CPP Cba. ; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 32 CPP Mza.)

SECCIÓN SEGUNDA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Art. 54 - Reglas Principales.

Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.

(Concs. Art. 43 CPP Cba.; Art. 47 inc. a) CPP Costa Rica; Art. 33 CPP Mza)

Art. 55 - Regla Subsidiaria.

Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior.

(Concs. Art. 44 CPP Cba., Art. 47 inc.a) CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 34 CPP Mza.)

Art. 56 - Incompetencia.

En cualquier estado del proceso, el Tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 45 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 35 CPP Mza)

Art. 57 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia.

(Concs. Art. 46 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Art.36 CPP - Mza)

SECCIÓN TERCERA. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Art. 58 - Casos de Conexión.

Las causas serán conexas:

- 1) Si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas.
- 2) Si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.
- 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

(Concs. Art. 47 CPP - Cba. ; Art. 50 inc. b) CPP - Costa Rica; Art. 37 CCP - Mza.)

***Art. 59 - Efecto de la conexión: Unidad de investigación y juzgamiento.**

Quando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, deberá intervenir con unidad de investigación la misma Fiscalía y de juzgamiento el mismo Tribunal, y será competente:

- 1) El Tribunal competente para juzgar el delito más grave.
- 2) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el Tribunal competente para juzgar el delito que se cometió primero.
- 3) Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior. Se podrá disponer la acumulación de procesos mientras transite la misma etapa procesal, salvo cuando ello determine grave retardo para alguno. A pesar de la acumulación, las actuaciones se compilarán por separado. El Procurador podrá disponer por razones de especialidad o funcionalidad otros criterios de intervención, manteniendo siempre la unidad de investigación, salvo lo autorizado por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 48 CPP - Cba.; Art. 51 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 38 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 1)

***Art. 60 - Excepción a la unidad de investigador o juzgador.**

No serán aplicables las reglas de la unidad de investigación y juzgamiento de causas conexas, cuando se deba actuar siguiendo el procedimiento de flagrancia previsto por los Artículos 439 bis, 439 ter y 439 quater.

(Concs. Art. 49 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 39 CPP Mza)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 2)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 2. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7692, ART. 1)

CAPÍTULO 3. RELACIONES JURISDICCIONALES

SECCIÓN PRIMERA. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***Art. 61 - Tribunal Competente.**

Si dos (2) Tribunales Penales Colegiados se declarasen simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho, el conflicto será resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

Surgido el conflicto de competencia, el expediente deberá remitirse a la Suprema Corte de Justicia en el plazo de dos (2) días y resolverse en el plazo perentorio de cinco (5) días y en los casos con detenidos el plazo de resolución es fatal.

(Concs. Art. 50 CPP - Cba.; Art.40 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 34)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 3)

Art. 62 - Promoción.

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente.

El que opte por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlos simultánea o sucesivamente.

Al plantear la cuestión, el oponente deberá, manifestar, bajo pena de inadmisibilidad, no haber usado el otro medio, y si resultare lo contrario, será condenado en costas, aunque aquélla se resuelva a su favor o sea abandonada.

(Concs. Art. 51 CPP - Cba.; Art. 41 CPP Mza)

Art. 63 - Oportunidad.

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 52, 56 y 386.

(Concs. Art. 52 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 42 CPP Mza)

***Art. 64 - Inhibitoria.**

Cuando se promueva inhibitoria se observarán las siguientes normas:

- 1) El Tribunal ante quien se proponga la resolverá previa vista al Ministerio Público. Si la resolución que deniega el requerimiento de inhibición fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Cuando decida librar exhorto inhibitorio, con él acompañará las piezas necesarias para fundar su competencia.
- 2) Cuando reciba exhorto de inhibición, el Tribunal requerido resolverá previa vista al Ministerio Público, y a las partes. Si la resolución que hace lugar a la inhibitoria fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Los autos serán remitidos oportunamente al Juez que la propuso, poniendo a su disposición al imputado y los elementos de convicción que hubiere. Si negare la inhibición informará al Tribunal que la hubiere propuesto, remitiéndole copia del auto, y le pedirá que conteste si reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.
- 3) Recibido el oficio antes expresado, el Tribunal que propuso la inhibitoria resolverá sin más trámite si sostiene o no su competencia: en el primer caso remitirá los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y se lo comunicará al requerido para que haga lo mismo con el proceso; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado.

4) La Suprema Corte de Justicia decidirá previa vista al Ministerio Público y enviará inmediatamente la causa al competente.

(Concs. Art. 53 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 43 CPP Mza)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 65 - Declinatoria.

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones (20 y ss.).

(Concs. Art. 54 CPP - Cba.; Art. 44 CPP Mza)

Art. 66 - Efectos.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada:

1) Por el Juez que primero conoció en la causa.

2) Si dos jueces hubieran proveído en la misma fecha, por el requerido de inhibición.

Las cuestiones propuestas antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el Tribunal ordene una investigación suplementaria (369).

(Concs. Art. 55 CPP - Cba.; Art. 49 CPP - Costa Rica; Art. 45 CPP - Mza)

Art. 67 - Validez de los actos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal determinará, si correspondiere (53 y 57), qué actos del declarado incompetente no conservan validez.

(Concs. Art. 56 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 46 CPP Mza)

Art. 68 - Cuestiones de Jurisdicción.

Las cuestiones de jurisdicción con jueces nacionales, militares o de otras provincias se resolverán conforme a lo dispuesto anteriormente para las de competencia, con arreglo a la Ley nacional o tratados interprovinciales que existieren.

(Concs. Art. 66 CPP - Cba.; Art. 46 CPP Costa Rica; Art. 54 CPP - Mza -parcial)

SECCIÓN SEGUNDA. EXTRADICIÓN

Art. 69 - Requerimiento a jueces del País.-

Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.

(Conc. Art. 48 CPP Mza.; Art. 58 CPP Cba.).

Art. 70 - Requerimiento a jueces extranjeros.-

Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.

(Conc. Art. 49 CPP Mza; arts. 59 y 160 CPP Cba.)

Art. 71 - Requerimientos de otros jueces.-

Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69.

Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

(Conc. Art. 50 CPP Mza; Art. 58 CPP Cba.)

***CAPÍTULO 4. APARTAMIENTO Y RECUSACIÓN**

(DENOMINACION SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

***Art. 72 - Motivos de Inhibición.**

1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado.

2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.

3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.

4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.

5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.

8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.

9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad (Concs. Art. 60 CPP Cba.; Art. 55 CPP Costa Rica; Art. 51 CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 73 - Interesados.

A los fines del artículo anterior, se consideran interesados el Ministerio Público, el imputado, el querellante, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

(Concs. Art. 61 CPP Cba.; Art. 55 in fine CPP Costa Rica; Art. 53 CPP Mza)

Art. 74 - Oportunidad de la Inhibición.

El Juez deberá inhibirse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 72, aunque hubiera intervenido antes en el proceso.

(Concs. Art. 62 CPP Cba.)

Art. 75 - Excepción.

No obstante el deber impuesto por el artículo 72, los interesados podrán solicitar al Juez que siga conociendo en la causa, excepto que el motivo de la inhibición esté previsto en alguno de los cuatro primeros incisos o cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tenga sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo sociedad anónima.

Aquél resolverá sin recurso alguno.

(Concs. Art. 63 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 52 CPP Mza)

***Art. 76 - Tribunal Competente.**

Los jueces que tienen competencia en apelación (artículo 47), juzgarán de la inhibición o recusación de los jueces penales de primera instancia del artículo 48 y estos, de los jueces de paz que actúen en procesos en que aquellos sean competentes. Y los Tribunales Colegiados, previa integración conforme el artículo 46, la recusación de sus miembros.

La recusación no admitida de los jueces de los juzgados penales colegiados (artículo 49), será juzgada por los jueces con competencia en apelación conforme a los artículos 46 y 47, la de los Tribunales Penales Colegiados previa integración colegiada de tres jueces, la de sus miembros.

(Concs. Art. 64 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 57 - 2º Parte CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 36)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 77 - Trámite de la Inhibición.**

El Juez que se inhiba remitirá el expediente, por decreto fundado, al que deba reemplazarlo; éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso, sin perjuicio de que eleve los antecedentes en igual forma al Tribunal respectivo, si estimare que la inhibición no tiene fundamento. La incidencia será resuelta sin más trámite.

Cuando el Juez que forme parte de un Tribunal colegiado reconozca un motivo de inhibición, pedirá que se disponga su apartamiento.

Cuando los motivos de inhibición sean reconocidos por la totalidad de sus integrantes, la causa deberá ser remitida al Tribunal subrogante.

*Los jueces de los Juzgados penales colegiados y Tribunales penales colegiados que se inhiban será reemplazados inmediatamente por la OGAP por otros integrantes del juzgado o tribunal manteniendo siempre la equitativa carga de trabajo.

(Concs. Art. 65 CPP Cba.; Art. 56 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 37)

***Art. 78 - Recusantes.**

El Ministerio Público Fiscal y las partes, podrán recusar al Juez sólo cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 72.

(Concs. Art. 66 CPP Cba.; Art. 57 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 54 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 38)

Art. 79 - Tiempo y Forma de Recusar.

La recusación deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en un escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba de los que haya de valerse, en las siguientes oportunidades: durante la investigación, antes de la clausura; en el juicio, durante el término de citación (364); cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468) o al deducir el de revisión.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causal producida o conocida después de los plazos susodichos, podrá deducirse dentro de las 24 horas a contar de la producción o el conocimiento.

Además, en caso de ulterior integración de Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las 24 horas de la resolución que la hubiera dispuesto.

(Concs. Art. 67 CPP Cba.; Art. 58 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 56 CPP Mza)

Art. 80 - Trámite de la Recusación.

Si el Juez admitiere la recusación, se procederá con arreglo al artículo 77. En caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al Tribunal competente (76), para que el incidente se tramite por pieza separada, o si el Juez integrase un Tribunal colegiado, pedirá el rechazo de aquélla.

Previa audiencia en que se recibirá la prueba e informarán las partes, el Tribunal competente resolverá el incidente dentro de las 48 horas, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 68 CPP Cba.; Art. 59 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 57 CPP Mza)

***Art. 81 - Recusación no Admitida.**

Si el Juez de Instrucción fuere recusado y no admitiere la existencia del motivo que se invoca, continuará la investigación aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciere lugar a la recusación, los actos serán declarados nulos siempre que el recusante lo pidiera en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al Juzgado que deba actuar.

(Concs. Art. 69 CPP Cba.; Art. 58 CPP Mza. -Parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 82 - Recusación de Secretarios

Los Secretarios deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos que expresa el artículo 72, y el Tribunal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente lo que corresponda, sin recurso alguno.

(Concs. 70 CPP Cba.; Art. 60 CPP Costa Rica)

**TÍTULO IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL*

(NOMBRE DEL TÍTULO MODIFICADO POR LEY 8008, ART. 59, INC. 16)

CAPÍTULO 1. FUNCIÓN

***Art. 83 - Función.**

El Ministerio Público Fiscal tendrá las funciones que determine este Código y las leyes respectivas.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 17)

(Concs. Art. 71 CPP Cba.; Art. 62 CPP Mza)

***Art. 84 - Procurador General.**

El Procurador General es la autoridad superior del Ministerio Público Fiscal y responsable principal de la persecución penal. Dirigirá la Policía Judicial y demás órganos auxiliares de dicho Ministerio. Actuará también en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 18)

(Concs Art. 72 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica - Parcial)

***Art. 85 - Fiscal de Cámara.**

Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. Podrá llamar al Fiscal de Instrucción que haya intervenido en la investigación penal preparatoria, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate. 2. Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 6)

(Concs. Art. 73 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica; Art. 63 CPP Mza)

***Art. 86 - Fiscal de apelación.**

Además de las funciones acordadas por la Ley y las directivas del Procurador, el Fiscal de Instrucción actuará en los recursos de apelación en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 4)

(Concs. Art. 74 CPP Cba.)

***Art. 87 - Fiscal de Instrucción.**

El Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, dará órdenes a la Policía Judicial, dirigirá las investigaciones, practicará y hará practicar los actos inherentes a

ella y actuará ante los jueces penales de primer instancia (artículo 48 o 49), jueces con competencia en apelación, Cámaras del Crimen o Tribunales Penales Colegiados, cuando corresponda, en la investigación penal preparatoria, en el procedimiento Correccional, en el procedimiento de Flagrancia y en la etapa de debate.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 39)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 7)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 19)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Concs. Art. 75 CPP Cba.; Art. 64 CPP Mza - Parcial)

CAPÍTULO 2. FISCAL DE INSTRUCCIÓN

Art. 88 – Ámbito de Actuación.

En la investigación fiscal, el ámbito material y territorial de actuación del Fiscal de Instrucción y lo relativo a conexión de causas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 51 al 60, en cuanto sean aplicables. En el caso del artículo 59 inciso 3, el Procurador General designará al Fiscal que deba intervenir.

No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando la investigación la deban realizar Fiscales de Instrucción con asiento en distintas sedes, salvo que pudiera afectar los fines de aquélla (314 y 315).

(Concs. Art. 76 CPP Cba.)

***Art. 89 - Conflictos de Actuación.**

Los conflictos de actuación planteados por los Fiscales de Instrucción o por las partes, serán resueltos por los Fiscales Adjuntos de la Procuración General o, según sea la jurisdicción, por el Fiscal de la Cámara del Crimen que correspondiere, sin más trámite. La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento de la investigación preparatoria, hasta su clausura.

(TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 46)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 20)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")(Concs. Art. 77 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. INHIBICIONES Y RECUSACIÓN

***Art. 90 - Casos, Trámite.**

Los miembros del Ministerio Público Fiscal deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en el artículo 72, con excepción de sus incisos 7) y 8).

Cuando se inhiban remitirán inmediatamente el expediente por decreto fundado al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si, en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Fiscal Adjunto o, según sea la jurisdicción, al Fiscal del Tribunal Colegiado que correspondiere, quien resolverá la incidencia sin más trámite.

Cuando sean los Fiscales de Tribunales Colegiados - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales- quienes se inhiban, remitirán inmediatamente las actuaciones por decreto fundado, al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Procurador General, quien resolverá sin más trámite.

Los interesados sólo podrán recusar a los miembros del Ministerio Público Fiscal cuando exista alguno de los motivos enumerados en el artículo 72 incisos 1) al 6) y 9) al 11).

El recusado deberá remitir inmediatamente las actuaciones al Fiscal Adjunto, o según sea la jurisdicción al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal- que correspondiere, quien resolverá sin más trámite. Si se recusase a los Fiscales del Tribunal Colegiado - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales-, resolverá el Fiscal Adjunto Penal sin más trámite.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 40)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 47)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 21)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Conc. Art. 78 CPP Cba.; Art. 66 CPP C. Rica; Art. 67 CP.P. Mza)

Art. 91 - Recusación de los Secretarios del Fiscal de Instrucción.

Los Secretarios del Fiscal de Instrucción deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos del artículo 72.

El Fiscal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente sin recurso alguno.

(Concs. Art. 66 CPP C. Rica)

TÍTULO V. PARTES Y DEFENSORES

CAPÍTULO 1. IMPUTADO

SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS GENERALES

Art. 92 - Calidad e Instancias.

Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda.

(Conc. Art. 81 CPP Cba.; Art. 68 CPP Mza; Art. 81 y 82 CPP C. Rica)

***Art. 93 - Identificación.**

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, identificadores biométricos dactilares, cámaras de identificación facial, huellas genéticas digitalizadas, señas particulares y fotografías.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 41)

(Conc. Art. 69 CPP Mza; Art. 81 CPP Cba.; Art. 83 CPP C.Rica)

Artículo 93 bis - Identificación de las Personas Jurídicas.

La identificación de la Persona Jurídica imputada de los delitos previstos en la Ley Nacional N° 27.401 se practicará en base a las disposiciones contenidas en los artículos 151° y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo aplicarse también las leyes respectivas que sean necesarias a los efectos de la identificación de las mismas." (Ley 9237)

Artículo 94° - Identidad física o jurídica.

Cuando sea cierta la identidad física o jurídica de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos no alterarán el curso del proceso, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución. (Ley 9237)

Art. 95 - Presunta Inimputabilidad.

Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el artículo 299, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiere, por el Defensor de Pobres y Ausentes, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o el tutor.

(Concs. Art. 83 CPP Cba.; Art. 71 CPP Mza)

***Art. 96 - Incapacidad Sobreviniente.**

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. El Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz.

(Concs. Art. 84 CPP Cba.; Art. 72 CPP Mza.; 85 CPP Costa Rica).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 97 - Pericia Psiquiátrica.

El imputado será sometido a pericia psiquiátrica siempre que fuere

- menor de 18 años,
- mayor de 70,
- sordo - mudo;
- cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o
- estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o,
- si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el art. 52 del CP

(Concs. Art. 85 CPP Cba.; Art. 87 CPP C. Rica; Art. 73 CPP Mza)

SECCIÓN SEGUNDA. REBELDÍA

Art. 98 - Casos en que Procede

Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciera a la citación judicial; no cumpliera la obligación impuesta por el artículo 298; se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare del lugar designado para su residencia, sin licencia del Tribunal o del Fiscal de Instrucción. (Concs. Art. 86 CPP Cba.; Art. 89 CPP C. Rica; Art. 166 CPP Mza - Parcial)

Art. 99 - Declaración.

En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.

"Tratándose de personas jurídicas privadas, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, deberá informar dicha resolución a la Dirección de Personas Jurídicas, Dirección de Registros Públicos, Dirección de Asociativismo y Cooperativas y otras dependencias, de manera que adopten las medidas que les correspondan, conforme el tipo de entidad de que se trate y de acuerdo a normativa vigente, como así también a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos". (2° párrafo incorporado por Ley 9237)

(Concs. Art. 87 CPP Cba.; Art. 167 CPP Mza)

Art. 100 - Efectos sobre el Proceso.

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

(Concs. Art. 88 CPP Cba.; Art. 90 CPP C. Rica; Art. 168 CPP Mza)

Art. 101 - Efectos sobre la Prisión Preventiva y las Costas.

La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la medida del artículo 295 y obligará al imputado al pago de las costas causadas por la contumacia.

(Conc. Art. 89 CPP Cba.; Art. 169 CPP Mza)

Art. 102 - Justificación.

Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior.

(Conc. Art. 90 CPP Cba.; Art. 170 CPP Mza; Art. 90 CPP C. Rica - parcial)

CAPÍTULO 2. QUERELLANTE PARTICULAR

Art. 103 - Instancia y Requisitos.

Las personas mencionadas en el artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular.
- 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda.
- 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere.
- 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

(Conc. Art. 91 CPP Cba.; Art. 72, 75 y 76 CPP C. Rica - parcial)

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante particular, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inciso 5 incorporado por Ley 9237)

***Art. 104 - Oportunidad. Trámite.**

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la presente Ley desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de investigación con el objeto determinado en el Artículo 315, aunque no hubiere imputado en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres (3) días.

El pedido será resuelto por el Juez de Garantías en audiencia oral.

(Conc. Art. 92 CPP Cba.; Art.77 CPP Costa Rica).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 2)

***Art. 105 - Rechazo.**

Si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, éstos podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable.

(Conc. Art. 93 CPP Cba.; Art. 77 CPP Costa Rica -parcial-).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 106 - Facultades y Deberes.

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código.

La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo.

En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado.

En los casos que se resuelvan conforme al Art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

(Conc. Art. 94 CPP Cba.; Art. 80 CPP C. Rica)

Art. 107 - Renuncia.

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado.

Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones.

(Conc. Art. 95 CPP Cba.; Art. 78 y 79 CP.P. C. Rica)

CAPÍTULO 3. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

***Art. 108 Víctima del Delito.**

La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

- a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.
- b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.
- c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado.
- d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.
- e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.
- f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima.

Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Pupilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

(Conc. Art. 89 bis CPP Mza.; Art. 96 CPP Cba. -parcial-; Art. 71 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 1)

***Art. 108 bis –**

En caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y sólo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
- b) Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
- c) Consentimiento informado de la mujer.
- d) Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

- 1) Vencimiento del plazo judicial.
- 2) Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
- 3) Solicitud de la mujer.
- 4) Sobreseimiento o absolución del denunciado. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8931, ART. 3)

CAPÍTULO 4. ACTOR CIVIL

Art. 109 - Constitución de Parte.

Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

(Concs. Art. 97 CPP Cba.; art 74 CPP Mza; Art. 111 CPP C. Rica)

Art. 110 - Instancia.

La instancia de constitución deberá formularse, personalmente o por un representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud-acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del accionante.
- 2) La determinación del proceso a que se refiere.
- 3) Los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca, y el daño que pretende haber sufrido.
- 4) La petición de ser admitido como parte, y la firma.

(Concs. Art. 98 CPP Cba.; Art. 75 CPP Mza.; Art. 111 "in fine" y 112 CPP Costa Rica).

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inc. 5° incorporado por Ley 9237)

Art. 111 - Demandado.

La constitución procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado.

Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos.

(Conc. Art. 113 CPP C. Rica; Art. 76 CPP Mza; Art. 99 CPP Cba.)

Art. 112 - Oportunidad.

El pedido de constitución deberá presentarse antes de la clausura de la investigación penal preparatoria. La solicitud será considerada por el Tribunal de Juicio, en el decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir embargo de bienes.

(Conc. Art. 100 CPP Cba.; Art. 77 C.P.P. Mza - parcial; Art. 114 CPP C. Rica - parcial)

Art. 113 - Notificación.

El decreto que acuerde la constitución deberá notificarse al imputado, al demandado civil y a sus defensores, y surtirá efectos a partir de la última notificación.

En el caso previsto por la primera parte del artículo 111, la notificación se hará en cuanto se individualice al imputado.

(Concs. Art. 101 CPP Cba.; Art. 79 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 114 - Oposición.

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación; pero cuando al demandado civil se lo citare o intervinere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término a contar de su citación o intervención.

(Conc. Art. 102 CPP Cba.; Art. 80 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 115 - Trámite.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones y será resuelta por el Tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la Intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado.

(Concs. Art. 103 CPP Cba.; Art. 81 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 116 - Caducidad e Irreproductibilidad.

Cuando no se dedujere oposición en la oportunidad que establece el artículo 114, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad conferida por el artículo 117.

La aceptación o el rechazo del actor civil no podrá ser reproducidos en el debate.

(Concs. Art. 104 CPP Cba.; Art. 83 CPP Mza)

Art. 117 - Rechazo y Exclusión de Oficio.

Durante los actos preliminares del juicio, el Tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición.

(Concs. Art. 105 CPP Cba.; Art. 84 CPP Mza)

Art. 118 - Efectos de la Resolución.

El rechazo o exclusión del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 106 CPP Cba.; Art. 85 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 119 - Facultades y Deberes.

El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado.

Será de aplicación el artículo 106 segundo párrafo.

(Concs. Art. 107 CPP Cba.; Art. 78 CPP Mza; Art. 116 CPP C. Rica)

Art. 120 - Desistimiento.

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado.

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el artículo 405, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado.

(Conc. Art. 108 CPP Cba.; Art. 86 CPP Mza; Art. 117 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 5. DEMANDADO CIVIL

Art. 121 - Intervención por Citación.

Quien ejerza la acción resarcitoria podrá pedir la citación de la persona que según las leyes civiles deba responder por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescrita por los artículos 110 y 112, con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

(Concs. Art. 109 CPP Cba.; Art. 90 CPP Mza; Art. 119 CPP C. Rica).

Art. 122 - Decreto de Citación.

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y del citado, y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor.

(Conc. Art. 110 CPP Cba.; Art. 92 CPP Mza)

Art. 123 - Nulidad.

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba.

La nulidad no influirá en la marcha del proceso ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil.

(Conc. Art. 111 CPP Cba.; Art. 93 CPP Mza)

Art. 124 - Rebeldía.

Será declarada la rebeldía del demandado civil, a petición del interesado, cuando no comparezca en el plazo de citación a juicio (364). Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al Defensor de Pobres y Ausentes si hubiere sido citado por edictos.

(Conc. Art. 112 CPP Cba.) .

Art. 125 - Intervención Espontánea.

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir en el proceso.

Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad que prescriben los artículos 110 y 112, en cuanto sea aplicable. El decreto que la acuerde será notificado a las partes y a sus defensores.

(Conc. Art. 113 CPP Cba.; Art. 94 CPP Mza - parcial)

Art. 126 - Oposición.

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado, el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación.

Este incidente se deducirá y tramitará en la forma, oportunidad y plazos establecidos en los artículos 114 y siguientes.

(Conc. Art. 114 CPP Cba.; Art. 96 CPP Mza; Art. 122 CPP C. Rica)

Art. 127 - Exclusión.

La exclusión o el desistimiento del actor civil harán caducar la intervención del civilmente responsable.

(Conc. Art. 95 CPP Mza; Art. 123 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 6. CITACIÓN EN GARANTÍA DEL ASEGURADOR

Art. 128 - Derecho.

El actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, podrán pedir la citación en garantía del asegurador de los dos últimos.

(Concs. Art. 115 CPP Cba.)

Art. 129 - Carácter.

La intervención del asegurador se regirá por las normas que regulan la del demandado civil, en cuanto sean aplicables.

(Concs. Art. 116 CPP Cba.)

Art. 130 - Oportunidad.

El actor civil, el imputado y el demandado civil deberán pedir la citación en la oportunidad prevista en el artículo 112.

(Concs. Art. 117 CPP Cba.)

CAPÍTULO 7. DEFENSORES Y MANDATARIOS

***Art. 131 - Derecho del Imputado.**

El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad.

Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al defensor de pobres y ausentes como su defensor al solo efecto de los artículos 320 y 321. El imputado que se encuentre detenido tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, salvo en los supuestos de incomunicación legal. Es obligación de la autoridad judicial o policial interviniente proporcionar las condiciones materiales para ello. Se dejará constancia de tal circunstancia. El desconocimiento de tal derecho acarreará la nulidad del acto.

(Concs. Art. 118 CPP Cba.; Art. 99 CPP Mza.; Art. 100 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 2)

***Art. 132 - Número de Defensores.**

El imputado podrá designar el número de abogados que considere necesario, pero no podrán actuar simultáneamente más de dos (2) en un mismo acto procesal. La notificación hecha a uno de ellos valdrá para todos, y la sustitución del uno por el otro no alterará trámite ni plazos

(Concs. CPP Cba. 119; Art. 100 CPP Mza.; Art. 106 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 3)

Art. 133 - Obligatoriedad.

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible. La aceptación será obligatoria, sólo cuando se lo nombrare en sustitución del Defensor de Pobres y Ausentes.

(Concs. Art. 120 CPP Cba.; Art. 101 CPP Mza.; Art. 101 CPP C.RICA)

Art. 134 - Defensa de Oficio.

Cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal nombrará en tal carácter al Defensor de Pobres y Ausentes, salvo que lo autorice a defenderse personalmente.

(Concs. Art. 121 CPP Cba.; Art. 103 CPP Mza.; Art. 104 CPP C. Rica)

Art. 135 - Nombramiento Posterior

La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

(Concs. Art. 122 CPP Cba.; Art. 102 CPP C. Rica)

Art. 136 - Defensor Común.

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aún de oficio a las sustituciones necesarias.

(Concs. Art. 123 CPP Cba.; Art. 104 CPP Mza.; Art. 107 CPP C.Rica)

Art. 137 - Mandatario del Imputado.

En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta", por ante un Secretario Judicial autorizante. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

(Concs. Art. 124 CPP Cba.; Art. 105 CPP Mza.; Art. 103 CPP C.Rica)

***Art. 138 - Otros Defensores y Mandatarios.**

El querellante, el querellante particular y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por abogados de la matrícula: el primero, con poder especial, notarial o apud acta. Nunca podrá superar el número de dos (2) letrados la representación de cada parte en cada acto procesal, sin perjuicio de la proposición de un número mayor de profesionales.

(Concs. Art. 125 CPP Cba.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 4)

Art. 139 - Abandono.

Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el Defensor de Pobres y Ausentes, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial.

El abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso.

(Concs. Art. 126 CPP Cba.; Art. 107 -108 CPP Mza.; Art. 105 CPP C. Rica)

***Art. 140 - Sanciones.**

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores o mandatarios será comunicado al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales, la comunicación se cursará a la Suprema Corte de Justicia y al Secretario General de la Defensa.

El abandono constituye falta grave y obliga al que incurra en él a pagar las costas de la sustitución sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle.

(TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 22)

(Concs. Art. 127 CPP Cba.-Parcial; Art. 109 CPP Mza.; Art. 105 -108 CPP C. Rica)

TÍTULO VI. ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 141 - Idioma.

Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 128 CPP Cba.; Art. 110 CPP Mza.; Art. 130 CPP C.Rica)

Art. 142 - Fecha.

Para fechar un acto deberán consignarse el lugar, día, mes y año en que se cumpliera. La hora será indicada sólo cuando la Ley lo exija.

Si la fecha fuere requerida bajo pena de nulidad, esta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no pueda establecerse con certeza.

(Concs. Art. 129 CPP Cba.: Art. 113 CPP Mza.)

Art. 143 - Día y Hora de Cumplimiento.

Los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, salvo los de la investigación penal preparatoria. En caso de necesidad, el tribunal podrá habilitar los días y horas que estime conveniente.

(Concs. Art. 130 CPP Cba.; 133 CPP C.Rica Parcial)

Art. 144 - Juramento.

Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez, el Presidente del Tribunal, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal, lo recibirá - bajo pena de nulidad - por las creencias del que jure, después de instruirlo de las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "lo juro".

Si el deponente se negare a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir verdad.

(Concs. Art. 131 Cba.; Art. 112 -115 CPP Mza.; Art. 134 CPP C.Rica)

Art. 145 - Oralidad.

Las personas que fueren interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas o documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y respuestas, usándose las expresiones del declarante.

(Concs. Art. 132 CPP Cba.; Art. 111 CPP Mza.; Art. 135 CPP C. Rica)

Art. 146 - Declaraciones Especiales.

Para recibir juramento y examinar a un sordo, se le presentarán por escrito la fórmula y las preguntas; si se tratare de un mudo, responderá por escrito; si fuere un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas.

Cuando dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, en su defecto, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado.

(Concs. Art. 133 CPP Cba.; Art. 112 CPP Mza.; arts. 130 -131 CPP C.Rica)

CAPÍTULO 2. ACTAS

***Art. 147 - Regla General. Excepción.**

Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella.

Excepcionalmente cuando un funcionario público o Juez deba dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal será asistido por el secretario; el Agente Fiscal lo será por un secretario o un Ayudante Fiscal; el Ayudante Fiscal, por un auxiliar de la policía judicial o administrativa; el Juez de Paz y los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa, por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

(Concs. Art. 134 CPP Cba.; 138 -139 CPP Mza.; Art. 136 CPP C.Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 42)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7282, ART. 2)

Art. 148 - Contenido y Formalidades.

Las actas deberán contener: la fecha y el objeto; el nombre y apellido de las personas que actúen; en su caso, el motivo de la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento, y si las dictaron los declarantes; las observaciones que las partes requieran y, previa lectura, la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo, o cuando alguno no pudiere o no quisiere firmar, la mención de ello.

Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se les informará que el acta puede ser leída y suscrita por una persona de confianza, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 135 CPP Cba.; Art. 140 CPP Mza.; 136 CPP C.Rica-Parcial)

Art. 149 - Testigo de Actuación.

No podrán ser testigos de actuación los menores de 16 años, los dementes, y los que se encuentren en estado de ebriedad; o aquellos que al momento de la actuación presentaren signos evidentes de alteración de sus facultades.

(Conc. Art.136 CPP Cba.; 116 CPP Mza.)

Art. 150 - Nulidad.

Salvo previsiones expresas el acta será nula si falta la fecha; la firma del funcionario actuante, la del Secretario o testigo de actuación; o la información prevista en la última parte del artículo 148, y la hora si fuera de significativa relevancia.

(Concs. Art. 137 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Art. 151 - Poder Coercitivo.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

(Concs. Art. 138 CPP Cba.; Art. 139 CPP C. Rica)

Art. 152 - Actos Fuera del Asiento.

El Tribunal podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos. En tal caso, si corresponde, avisará al Tribunal de la respectiva competencia territorial.

(Concs. Art. 139 CPP Cba., Art.132 CPP C.Rica)

Art. 153 - Asistencia del Secretario.

El Tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario.

(Concs. Art. 140 CPP Cba.)

Art. 154 - Resoluciones.

Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.

(Concs. Art. 141 CPP Cba.;Art.119 CPP Mendoza; Art. 141 CPP C Rica)

***Art. 155 - Fundamentación.**

El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos, según las exigencias que imponga en cada caso la ley. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga. En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.

(Concs. Art. 142 CPP Cba.; Art. 120 CPP Mendoza, Art. 142 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 5)

***Art. 156 - Firma.**

Las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente.

Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actúe, con la salvedad prevista por el inc. 5) del artículo 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve.

Los Decretos fundados, por el Juez. Los Decretos de mero trámite lo serán por el Secretario; implementado el Fuero Penal Colegiado por el funcionario habilitado y designado por el Administrador de la OGAP o por la Oficina de Apelaciones, respectivamente. La falta de firma producirá la nulidad del acto.

(Concs. Art. 143 CPP Cba.; Art. 121 CPP Mza; Art. 144 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 43)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 6)

Art. 157 - Término.

Los Tribunales dictarán los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco días, salvo que se disponga otra cosa; las sentencias, en las oportunidades especialmente previstas.

(Concs. Art. 144 CPP Cba.; Art. 123 parcial CPP Mza; Art. 145 parcial CPP C Rica)

Art. 158 - Rectificación y Aclaración.

Dentro del término de tres días de dictadas las resoluciones, el Tribunal podrá rectificar, de oficio o a instancia del Fiscal o las partes, previa noticia a éstas cualquier error u omisión material de aquéllas, siempre que esto no importe una modificación esencial.

La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

(Concs. Art. 145 CPP Cba.; Art. 122 CPP Mza; Art. 146 - parcial CPP C Rica)

Art. 159 - Queja por Retardada Justicia.

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres (3) días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara, o el Tribunal Colegiado o a la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, según si la omisión fuere de un Juez o de un Tribunal. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar.

(Concs. Art. 146 CPP Cba.; Art. 124 CPP Mza.) (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 44)

Art. 160 - Retardos en la Suprema Corte de Justicia

Si la demora a que se refiere el artículo anterior fuere imputable al Presidente o a un miembro de la Suprema Corte de Justicia, la queja podrá formularse ante Tribunal en Pleno. Si el causante de la demora fuere el Tribunal, el interesado podrá ejercitar los derechos que le acuerda la Constitución.

(Concs. Art. 147 CPP Cba.; Art. 125 CPP Mza;)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 45)

Art. 161 - Resolución Firme.

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

(Concs. Art. 148 CPP Cba.; Art. 126 CPP Mza; Art. 148 - parcial - CPP C. Rica)

***Art. 162 - Copia Auténtica.**

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las sentencias u otros actos procesales necesarios, la copia auténtica tendrá el valor de aquél, la cual será expedida por la OGAP y la OAP, respectivamente. Podrá solicitarse a la OGAP o a la OAP copia de los audios de las audiencias orales, a cargo del solicitante.

(Concs. Art. 149 CPP Cba.; Art. 127 CPP Mza; Art. 149 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 46)

Art. 163 - Restitución y Renovación.

Si no hubiere copia de los actos, el Tribunal ordenará que se rehagan, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido.

Cuando esto no fuere posible, dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerla.

(Concs. Art. 150 CPP Cba.; Art. 128 CPP Mza; Art. 150 CPP C Rica)

***Art. 164 - Copias, Informes y Certificados.**

El Tribunal podrá ordenar la expedición de copias o certificados que fueren pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, si el estado del proceso no lo impide ni se estorba su normal sustanciación, correspondiendo al Secretario, la OGAP o la Oficina de Apelaciones la realización del trámite.

(Concs. Art. 151 CPP Cba.; Art. 129 CPP Mza; Art. 151 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 47)

Art. 165 - Nuevo Delito.

Si durante el proceso tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, el Tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

(Concs. Art. 152 CPP Cba.; Art. 130 CPP Mza; Art. 152 CPP C Rica)

CAPÍTULO 4. ACTOS Y RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

***Art. 166 - Normas Aplicables.**

Serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción los artículos 151, 152, 157, 158 y 161.

El Fiscal de Instrucción será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario o por el Ayudante Fiscal.(Concs. Art. 153 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 48)

***Art. 167 - Forma de Actuación.**

Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponda, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

*Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía. Los actos procesales que comprende el presente Artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.

(Concs. Art. 154 CPP Cba.; Art.65 - parcial CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 7)

***Art. 168 - Queja por Retardada Justicia.**

Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, si la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 159 denunciando el retardo al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Si la omisión fuere de un Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal-, la denuncia se hará ante el Fiscal Adjunto Penal.

(Concs. Art. 155 CPP Cba.)(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 49) (HIS.: TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 23)

Art. 169 - Nuevo Delito.

Si durante la investigación fiscal se tuviere conocimiento de un nuevo delito perseguible de oficio y no correspondiere la acumulación de las causas, el Fiscal de Instrucción remitirá los antecedentes al Fiscal que correspondan.

(Concs. Art. 156 CPP Cba.)

CAPÍTULO 5. COMUNICACIONES

Art. 170 - Reglas Generales.

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, se podrá encomendar su cumplimiento por medio de suplicatoria, exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior, o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial.

(Concs. Art. 157 CPP Cba.; Art. 131 CPP Mza.; Art. 153 CPP C Rica).

Art. 171 - Comunicación Directa.

Los órganos judiciales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad de la Provincia, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten, sin demora alguna.

(Concs. Art. 158 CPP Cba.; Art. 132 CPP Mza; Art. 153 - parcial CPP C Rica)

Art. 172 - Comunicaciones de Otras Jurisdicciones.

Las comunicaciones de otras provincias serán diligenciadas sin retardo, de acuerdo con la legislación vigente que haya adherido la Provincia, o en su defecto por las normas que establezca la Suprema Corte de Justicia. El órgano requerido podrá comisionar el despacho del oficio a uno inferior o podrá remitirlo a quien debió dirigirse. En este caso informará inmediatamente al requirente.

Concs. Art. 159 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 173 CPP C Rica)

Art. 173 - Exhortos a Tribunales Extranjeros.

Los exhortos a Tribunales extranjeros serán diligenciados, mediante la Suprema Corte de Justicia, por vía diplomática, en la forma prescrita por los tratados o costumbres internacionales.

(Concs. Art. 160 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 154 CPP Costa Rica)

Art. 174 - Exhortos del Extranjero.

Los exhortos de Tribunales extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país, cuando lo disponga la Suprema Corte de Justicia.-

(Concs. Art. 161 CPP Cba.; Art. 134 CPP Mza.)

Art. 175 - Denegación y retardo.

Si el diligenciamiento de un oficio fuere denegado o demorado, el requirente podrá dirigirse a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda, quienes ordenarán o gestionarán la tramitación si procediera, según sea de la Provincia el órgano requerido. La Suprema Corte de Justicia resolverá previa vista fiscal.

(Concs. Art. 162 CPP Cba.)

CAPÍTULO 6. NOTIFICACIONES, CITACIONES Y VISTAS

Art. 176 - Regla General.

Las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiera un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas.

(Concs. Art. 163 CPP Cba.; Art. 142 CPP Mza; Art. 155 CPP C. Rica -)

***Art. 177 - Notificaciones en general.**

Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, telefónica, o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Cuando sea necesario notificar en forma personal o en el domicilio, se ordenará esta forma mediante decreto fundado.

Si el imputado estuviere privado de libertad será notificado mediante funcionario judicial o administrativo, especialmente designado al efecto, en los lugares de detención. También podrá utilizarse videoconferencia o tecnología similar.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en su domicilio, residencia o lugar donde se hallaren.

(Concs. Art. 144 CPP Mza.; Art. 157 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 8)

Cuando se trate de una persona jurídica que no se hubiere presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal consignado en el instrumento de su creación, el cual tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca o notificarlas en cualquiera de las formas previstas por el presente ordenamiento. (Último párrafo incorporado por Ley 9237)

***Art. 178 - Domicilio Legal.**

Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de denunciar el domicilio de los primeros y constituir domicilio legal dentro de cincuenta (50) cuabras del asiento del tribunal, cada uno de ellos, todo en su primera presentación. Si así no lo hicieren se los notificará y practicarán las diligencias que deban cumplirse en esos domicilios en los estrados del tribunal sin trámite o declaración previa alguna. Estos domicilios subsistirán, a todos los efectos legales, aún cuando no existan o desapareciere el edificio donde se constituyera, mientras no sean expresamente cambiados. Los jueces podrán atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratare de expedientes paralizados por tiempo mayor de dos (2) años.

(TEXTO SEGUN LEY 8775, ART. 1)

(Concs. Art. 166 CPP Cba.; Art. 155 CPP Mza.; Art. 157 CPP Costa Rica)".

Art. 179 - Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Si las partes tuvieran defensor o mandatario, las notificaciones deberán ser hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas sean notificadas.

(Concs. Art. 167 CPP Cba.; Art. 146 CPP Mza.; Art. 158 CPP C.Rica)

Art. 180 - Modo del Acto.

La notificación se hará entregando al interesado que lo exigiere una copia autorizada de la resolución donde conste el proceso en que se dictó.

Si se tratare de resoluciones fundamentadas o requerimientos del Fiscal, la copia se limitará al encabezamiento y parte resolutive o pedido.

(Concs. Art. 168 CPP Cba.; Art. 147 CPP Mza.)

***Art. 181 - Notificación en la Oficina.**

Está prohibido el traslado del expediente, o en su caso del legajo, a las partes, para notificaciones y vistas, sin perjuicio de la extracción de copias o medio equivalente.

(Concs. Art. 169 CPP Cba.; Art. 150 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 9)

Art. 182 - Notificación en el Domicilio.

Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución, donde se hayan indicado el órgano judicial y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, y firmará junto con el notificado.

Cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encontrare a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia.

Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, a dar su nombre o a firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la diligencia. Si la persona requerida no supiere o no pudiese firmar, lo hará un testigo a su ruego.

(Conc. Art. 170 CPP Cba.; Art. 148 CPP Mza.; 159 y 161 CPP Costa Rica -parcial-)

"Tratándose de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse en el domicilio legal o especial según corresponda, y se hará constar la diligencia en la persona con quien se entienda la notificación; en éste último supuesto, debajo de la firma, se anotará la constancia de un documento de identidad de quien firma. De no poder realizarse de la forma prevista, serán de aplicación las demás previsiones del presente artículo". (Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 183 - Notificación por Edictos.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.

(Conc. Art. 171 CPP Cba.; Art. 149 CPP Mza.)

Art. 184 - Disconformidad entre Original y Copia.

En caso de disconformidad entre el original y la copia, hará fe respecto de cada interesado la copia por él recibida.

(Concs. Art. 172 CPP Cba.; Art. 151 CPP Mza.)

Art. 185 - Formas especiales de Notificación

Cuando el interesado lo aceptare expresamente por cualquier medio fehaciente previamente comunicado al Tribunal Interviniente y en cualquier momento del proceso, podrá notificársele por medio de pieza postal que certifique su remisión, facsímil o cualesquier otros medios electrónicos. El plazo correrá a partir del momento de la recepción en el caso de piezas postales y desde la emisión o envío en el resto de los medios de comunicación señalados.

Bajo las mismas circunstancias de aceptación, también podrá notificarse a los sujetos del proceso, por otros medios, electrónicos, satelitales o cualesquiera otros que autoricen la Suprema Corte de Justicia, siempre que no causen indefensión.

(Conc. Art. 160 CPP Costa Rica)

Art. 186 - Nulidad de la Notificación.

La notificación será nula:

- 1) Si hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- 2) Si la resolución hubiera sido notificada en forma incompleta.
- 3) Si en la diligencia no constare la fecha o, cuando corresponda, la entrega de la copia.
- 4) Si faltare alguna de las constancias del artículo 182 de las firmas prescritas.

(Concs. Art. 173 CPP Cba.; Art. 152 CPP Mza.; Art. 164 CPP C Rica)

Art. 187 - Citación.

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación.

Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 174 CPP Cba.; Art. 153 CPP Mza.; Art. 165 CPP C Rica)

Art. 188 - Citación Especial.

Los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden - sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda - serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al Tribunal. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

(Concs. Art. 175 CPP Cba.; Art. 154 CPP Mza;)

***Art. 189 - Vistas.**

Las vistas se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán notificadas de acuerdo con el Artículo 177. Se acompañará copia digital del planteo formulado.

(Concs. Art. 176 CPP Cba.; Art. 156 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 10)

Art. 190 - Notificación.

Cuando no se encontrare a la persona a quien se deba correr vista, la resolución será notificada conforme al artículo 182. El término correrá desde el día hábil siguiente.

(Concs. Art. 177 CPP Cba.; Art. 157 CPP Mza.)

Art. 191 - Término de las Vistas.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres días.

(Concs. Art. 178 CPP Cba.; Art. 158 CPP Mza.)

Art. 192 - Falta de Devolución de las Actuaciones.

Vencido el término por el cual se corrió vista sin que las actuaciones hubieran sido devueltas por el Fiscal o Defensor de Pobres y Ausentes, se dispondrá su incautación inmediata por el Secretario, sin perjuicio de remitirse los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda.

(Concs. Art. 179 CPP Cba.; Art. 159 CPP Mza.)

CAPÍTULO 7. TÉRMINOS

Art. 193 - Regla General.

Los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes, desde la última que se practicare, y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

Si el término fijado viciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado válidamente dentro de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente.

(Concs. Art. 180 CPP Cba.; Art. 161 CPP Mza.; Art. 164 CPPN)

Art. 194 - Términos.

Para los términos se computarán únicamente los días hábiles, con excepción de los casos que expresamente disponga el presente Código u otra Ley.

(Concs. Art. 162 CPP Mza; Art. 181 CPP Cba.)

Art. 195 - Términos Perentorios y Fatales.

Los términos perentorios son improrrogables salvo las excepciones previstas en la Ley.

Si el imputado estuviere privado de su libertad serán fatales los términos del artículo 349. (Concs. Art. 182 CPP Cba.)

***Art. 196 - Vencimiento. Efectos.**

El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa, del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público Fiscal, al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquellos. Cuando el vencimiento del término fatal se atribuya a un miembro de la Suprema Justicia o al Procurador General, en el primer caso será sustituido por otro miembro de la Corte o por un Conjuez y en el caso del Procurador General por los Fiscales Adjuntos, o un Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables a los Jueces, Tribunales o representantes del Ministerio Público Fiscal titulares y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia.

El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad personal, el cumplimiento de los términos fatales, a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes."

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 50)

(Concs. Art. 183 CPP Cba.)

CAPÍTULO 8. NULIDAD

Art. 197 - Regla General.

Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 184 CPP Cba.; Art. 171 CPP Mza.)

Art. 198.- Conminación Genérica.

Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de disposiciones concernientes:

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.
- 2) A la intervención de Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 346 y 355.

(Concs. Art.185 CPP Cba.; Art. 172 CPP Mza. -parcial-; Art.178 C.Rica)

Art. 199 - Declaración.

El Tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte.

Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en los incisos 1 al 3 del artículo anterior que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

(Concs. Art. 186 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-).

Art. 200 - Instancia.

Salvo los casos en que proceda la declaración de oficio, sólo podrán instar la nulidad el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas.

(Concs. Art. 187 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza.)

Art. 201 - Oportunidad y Forma.

Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades:

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 472 o 483, o en el alegato escrito.

La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el artículo 350. En los demás casos seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (463), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4, del presente.

(Concs. Art. 188 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-)

Art. 202 - Modo de subsanarla.

Toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en este Código, salvo las que deban ser declaradas de oficio.

Las nulidades quedarán subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público o las partes no las opongán oportunamente (201).

2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.
(Concs. Art. 189 CPP Cba.; Art. 176 CPP Mza; Art. 177 C. Rica -parcial-)

Art. 203 - Efectos.

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal interviniente establecerá, además a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado.

Cuando fuere necesario y posible, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados.

(Concs. Art. 190 CPP Cba.; Art. 177 CPP Mza.; Art. 179 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 204 - Sanciones.

Cuando un Tribunal de Alzada declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior o un Fiscal, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 191 CPP Cba.)

CAPÍTULO 9. MEDIOS DE PRUEBA

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES

Art. 205 - Libertad Probatoria.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

(Concs. Art. 192 CPP Cba.; Art. 182 CPP C. Rica)

Art. 206 - Valoración.

Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.

(Concs. Art. 193 CPP Cba.; Art. 184 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 207 - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(Concs. Art. 194 CPP Cba.; Art. 181 CPP C. Rica)

SECCIÓN SEGUNDA. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Art. 208 - Inspección Judicial.

Se comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles.

(Concs. Art. 195 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.; Art. 185 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 209 - Ausencia de Rastros.

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior. En caso de desaparición o alteración, se averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

(Concs. Art. 196 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.-parcial-; Art. 186 CPP C.Rica.)

Art. 210 - Facultades Coercitivas.

Para realizar la inspección, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar, o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública.

(Concs. Art. 197 CPP Cba.; Art. 223 CPP Mza.; Art. 187 CPP C. Rica)

***Art. 211 - Inspección Corporal y Mental.**

Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del Artículo 233.

(TEXTO SEGUN LEY 8916, ART. 16)

(Concs. Art. 198 CPP Cba.; Art. 222 CPP Mza.; Art. 188 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 212 - Identificación de Cadáveres.

Si la investigación penal preparatoria se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique.

(Concs. Art. 199 CPP Cba.; Art. 224 CPP Mza. -parcial-; Art. 191 CPP C.Rica)

Art. 213 - Reconstrucción del Hecho.

Podrá ordenarse la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas u otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con la mayor reserva posible para evitar la presencia de extraños que no deban actuar.

(Concs. Art. 200 CPP Cba.; Art. 225 CPP Mza.; Art. 192 CPP C.Rica)

Art. 214 - Operaciones Técnicas.

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, se podrán ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

(Concs. Art. 201 CPP Cba.; Art. 226 CPP Mza.; Art. 188 in fine CPP C. Rica)

Art. 215 - Juramento.

Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, deberán prestar juramento conforme a los artículos 144, 240 y 246.

(Concs. Art. 202 CPP Cba.; Art. 227 CPP Mza.)

SECCIÓN TERCERA. REGISTRO Y REQUISA

Art. 216 - Registro.

Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.

Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título.

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente.

(Concs. Art. 203 CPP Cba.; Art. 228 CPP Mza. -parcial-; Art. 185 CPP Costa Rica-parcial-; cfr. Art. 1 Ley N° 6796).

***Art. 217 - Allanamiento de la morada.**

Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma.

El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento. En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá peticionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial.

El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida. Cuando por existir evidente riesgo para la

seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 1)

(Concs. Art. 204 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza. -parcial-; Art. 193 CPP Costa Rica -parcial; cfr. Ley Nº 6637)

***Art. 218 - Registro de otros locales.**

La restricción horaria establecida en el artículo anterior, no regirá para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular, pudiendo ser decretada la orden de registro por el Juez de Garantías o el Fiscal de Instrucción. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación. Para la entrada y registro en las Cámaras Legislativas, será necesaria la autorización del Presidente respectivo.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 2)

(Concs. Art. 205 CPP Cba.; Art. 230 CPP Mza.; Art. 194 CPP C.Rica)

***Art. 219 - Allanamiento Sin Orden.**

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.
- 4) Si voces provenientes de una casa anuncian que allí se está cometiendo un delito, o de ella pidieran socorro.
- 5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 3)

(Concs. art . 206 CPP Cba.; Art. 231 CPP Mza.; Art. 197 CPP C.Rica)

Art. 220 - Formalidades para el Allanamiento.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde debe efectuarse.

Cuando éste estuviera ausente, se notificará a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero.

Al notificado se lo invitará a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta será firmada por los concurrentes. Si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón.

(Concs. Art. 207 CPP Cba.; Art. 232 CPP Mza.; Art. 196 CPP C. Rica)

Art. 221 - Orden de Requisa Personal.

Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 15 de la ley 6722.

(Concs. Art. 208 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.; Art. 188 CPP Costa Rica -parcial-).

Art. 222 - Procedimiento de Requisa.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer, serán efectuadas por otra, salvo que esto importe demora perjudicial a la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa.

(Concs. Art. 209 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.-pacial-; Art. 189 CPP C.Rica)

SECCIÓN CUARTA. SECUESTRO

Art. 223 - Orden de Secuestro.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción, si no fuere necesario allanar domicilio, podrán disponer que sean conservadas o recogidas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o aquéllas que puedan servir como prueba; para ello, cuando fuere necesario, se ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial en la forma prescrita para los registros.

(Concs. Art. 210 CPP Cba.; Art. 235 CPP Mza. -parcial-; Art. 198 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 224 - Orden de Presentación. Limitaciones.

En vez de disponer el secuestro se podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

(Concs. Art. 211 CPP Cba.; Art. 189 CPP C.Rica -2º parte-)

Artículo 224 bis. - Orden de Presentación de Datos Informáticos.

Siempre que se vincule con la investigación de un delito de su competencia, el Fiscal podrá ordenar por decreto fundado, a cualquier persona humana o jurídica en el territorio provincial, la presentación de datos informáticos, electrónicos o digitales o en un dispositivo de almacenamiento informático que obre en su poder o bajo su control, relativos a la identificación o localización u otra información asociada de un usuario y/o abonado, y que se pueda acceder al sistema legítimamente aunque no se encuentre dentro del territorio.

Asimismo, el Fiscal podrá ordenar a toda persona humana o jurídica que preste un servicio de comunicaciones o a los proveedores de Internet de cualquier clase en jurisdicción argentina, la entrega de datos personales o de identificación de los usuarios y/o abonados u otra información asociada, que

tengan bajo su poder o a los que pueda acceder de manera legítima, aunque estén fuera de esa jurisdicción. La orden podrá contener la indicación de que la medida deberá mantenerse secreta bajo apercibimiento de sanción penal y con las limitaciones establecidas en el Art. 225 del C.P.P..

El destinatario quedará obligado a adoptar todas las medidas técnicas de seguridad necesarias, para mantener en secreto la medida ordenada por el Magistrado

(Ley 9510, BO 04-03-2024)

Artículo 224 ter. - Aseguramiento de Datos Informáticos almacenados.

Cuando existieren motivos para sospechar que los datos almacenados en un sistema informático dentro del territorio provincial pudieren ser alterados o suprimidos, el Fiscal podrá ordenar a cualquier persona humana o jurídica el aseguramiento de datos informáticos concretos y que estén a su disposición o para el que tiene legítimo acceso.

Dicho aseguramiento podrá consistir en la conservación rápida de datos informáticos almacenados y la conservación y revelación parcial rápida de datos relativos al tráfico.

La orden deberá especificar los datos concretos que se pretende conservar y la duración de la medida que no podrá exceder de noventa (90) días, prorrogables por igual periodo si se mantuvieron los motivos que fundamentaron la orden.

La persona requerida deberá mantener en secreto la medida bajo apercibimiento de sanción penal.

(Ley 9510, BO 04-03-2024)

Art. 225 - Documentos Excluidos.

No podrán secuestrarse, bajo pena de nulidad, las cartas, documentos, grabaciones o elementos soportes de medios electrónicos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

(Concs. Art. 212 CPP Cba.; Art. 241 CPP Mza.; Art. 201 CPP C.Rica -parcial-)

Artículo 226.- Custodia o Depósito.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia a disposición del magistrado interviniente, o se ordenará su depósito.

Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor, no se entregarán en depósito sino a sus propietarios, salvo que desde su secuestro hayan transcurrido seis (6) meses sin que hubiere mediado reclamo por parte de aquellos.

Los automotores podrán ser solicitados en depósito al órgano judicial interviniente, por el Poder Ejecutivo - a través de funcionario que éste designe- para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia o por el Procurador General para ser destinados a la tarea de la Policía en función Judicial.

Los dispositivos electrónicos podrán ser solicitados en depósito al magistrado interviniente, por el Poder Ejecutivo, a través de funcionario que éste designe, para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia a través de la División Investigaciones o la que en su futuro la reemplace o por el Procurador General para ser destinados a la tarea del Ministerio Público Fiscal o a los Laboratorios Forenses.

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la investigación penal preparatoria.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con faja de seguridad o mediante sistema de protección adecuado y sello del Tribunal o Fiscalía que intervenga, con la firma del Juez o Fiscal según corresponda y la firma del Secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas. Durante todo el procedimiento se deberán tomar las medidas necesarias y conducentes a fin de asegurar la cadena de custodia e integridad de las evidencias colectadas, dejando debido registro de todas las intervenciones realizadas sobre el material secuestrado.

(Ley 9510. 04-03-2024)

Art. 227 - Intercepción de Correspondencia.

Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de todo efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

(Conc. Art. 214 CPP Cba.; Art. 238 CPP Mza. -parcial-)

Art. 228 - Apertura y Examen de Correspondencia. Secuestro.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta.

Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

(Concs. Art. 215 CPP Cba.; Art. 239 CPP Mza. -parcial-)

Artículo 228 bis. - Secuestro, Apertura y Análisis de Sistema Informático e Incautación de Datos.

A pedido del Fiscal, el Juez Penal Colegiado podrá ordenar por decreto fundado, el registro de un sistema informático o de una parte de éste o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación, bajo las mismas condiciones establecidas en el Art. 216 del C.P.P. y con las limitaciones establecidas en el Art. 225 del C.P.P..

La ejecución de la actuación se hará bajo la responsabilidad del Fiscal que solicitó la medida. El Fiscal deberá indicar al juez:

- a) La individualización de los dispositivos o sistemas informáticos que serán objeto del registro,
- b) Una descripción del objeto concreto de la medida,
- c) La identificación de los mecanismos, metodología y herramientas mediante los cuales se almacenará la información obtenida que permitan asegurar la integridad de los datos y el resguardo de la cadena de custodia,
- d) El funcionario y/o quien designe como encargada de la ejecución del registro, copia o incautación de datos.

Rigen en cuanto son aplicables todos los límites y garantías referidos al secuestro de cosas, documentos privados y correspondencia epistolar.

En caso de que durante la ejecución de esta medida surjan elementos que permitan considerar que los datos buscados se encuentran almacenados en otro dispositivo o sistema conectado al inicial o estén disponibles para éste, dentro de la misma jurisdicción, quienes lleven adelante la medida podrán extenderla o ampliar el registro al otro sistema, previa comunicación con el agente Fiscal, quien deberá

solicitar autorización telefónica del Juez Penal Colegiado competente. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el Fiscal de Instrucción a ningún funcionario judicial. El Juez, por decreto fundado deberá disponer la autorización o rechazo de la medida, notificándola por correo electrónico y/o en forma telefónica. En caso que la medida sea autorizada, el agente Fiscal deberá acompañar por escrito la solicitud fundada dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario, por la complejidad del asunto el Juez podrá librar la orden, consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de las mismas. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de autorización de la orden.

En los supuestos en que los datos se encuentren almacenados en otra jurisdicción, la medida de registro de datos podrá ampliarse a dispositivos o sistemas informáticos, sólo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se obtenga el consentimiento voluntario y lícito de la persona con facultades para disponer de la revelación de los datos desde el dispositivo o sistema informático inicial al que se accedió legalmente.
- b) Cuando resulte posible recibir o acceder a los datos buscados desde el sistema original sin necesidad de realizar maniobras técnicas que signifiquen ejercer actos de poder jurisdiccional en otro Estado.
- c) Cuando por la estructura del sistema informático no resulte posible determinar en forma certera al momento de ejecución de la medida, la jurisdicción en la cual los datos están alojados físicamente y no resulte necesario para acceder a ellos de la realización de maniobras técnicas que signifiquen ejercer actos de poder jurisdiccional en otro Estado.

En los supuestos b) y c) se procurará restringir lo máximo posible el alcance de la medida copiando los datos que resulten de interés para la investigación y sin la alteración, remoción o eliminación por cualquier forma de los datos a los que se accede.

Una vez concluido el Proceso Penal, por sentencia firme, se dispondrá la devolución de los dispositivos electrónicos secuestrados, que no fueren objeto de decomiso previa eliminación del material ilícito.

Si en estricto cumplimiento de la ejecución de las medidas se encontraren de modo casual datos o archivos informáticos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la medida, se procederá a su secuestro y se comunicará al Fiscal interviniente

(Ley 9510. 04-03-2024)

Art. 229 - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

(Concs. Art. 216 CPP Cba.; Art. 240 CPP Mza.)

***Art. 229 bis**

- Cuando se presuma la existencia de una Asociación Ilícita, en cualquier instancia y bajo cualquier régimen procesal, Leyes 1.908 y 6.730, el Juez de Garantías, previa evaluación del o los elementos indiciarios que justifiquen el pedido de intervención de las comunicaciones de los sospechosos, decretará fundada e inmediatamente la medida, disponiendo el tiempo de los mismos.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 1)

***Art. 229 ter –**

La intervención de las comunicaciones a las que se alude en los artículos precedentes, podrán extenderse hasta un plazo máximo de sesenta días, pudiendo ser prorrogado por igual término, si las circunstancias del caso lo requieren. No podrá concederse autorización para realizarla de manera indeterminada. Quedan prohibidas dentro de los procesos penales las intervenciones de las comunicaciones llevadas a cabo entre los imputados y sus abogados defensores. Vencidos los plazos establecidos el Juez dará vista al Ministerio Público para que determine la iniciación de la causa o su archivo. Si se ordenara el archivo, el Juez y Tribunal interviniente exclusiva y excluyentemente, será el ejecutor de la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones." (TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 2)

***Art. 229 quater –**

De la orden que dispone la intervención de la comunicación, el Juez de Garantía, remitirá copia en sobre cerrado a la Excma . Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 3)

Art. 230 - Devolución.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito,

e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.

(Concs. Art. 217 CPP Cba.; Art. 242 CPP Mza. -parcial- ; Art. 200 CPP C.Rica -parcial-)

SECCIÓN QUINTA. TESTIGOS

Art. 231 - Deber de Indagar.

Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

(Concs. Art. 218 CPP Cba.; Art. 243 CPP Mza.; Art. 204 CPP C. Rica)

Art. 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos.

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

(Concs. Art. 219 CPP Cba. -parcial-; Art. 244 CPP Mza.-parcial-; Art. 204 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 233 - Facultad de Abstención.

Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio.

(Concs. Art. 220 CPP Cba.; Art. 246 CPP Mza. -parcial-; Art. 205 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 234 - Deber de Abstención.

Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, con excepción de las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo.

(Concs. Art. 221 CPP Cba.; Art. 247 CPP Mza. -parcial-; Art. 206 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 235 - Comparecencia.

Para el examen de testigos, se librára orden de citación con arreglo al artículo 188, excepto los casos previstos por los artículos 241 y 242.

En los casos de urgencia sin embargo, podrán ser citados verbalmente.

El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 222 CPP Cba.; Art. 248 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 236 - Residentes Fuera de la Ciudad.

Cuando el testigo no resida en la ciudad donde el órgano judicial interviniente actúa ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se someterá la declaración, por oficio a la autoridad de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer, en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda.

De igual manera se procederá cuando el testigo resida en otra jurisdicción.

(Concs. Art. 223 CPP Cba.; Art. 249 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 237 - Ignorancia del idioma y discapacidades.

Si el testigo no supiere darse a entender por ignorar el castellano o ser sordomudo, o si fuere ciego, se procederá de la siguiente manera; para la ignorancia del idioma regirán los artículos 260 y concordantes de este Código. Para hacer jurar y examinar a un sordo le presentarán por escrito la fórmula del juramento, las preguntas y las observaciones, para que jure y responda oralmente; si se tratare de un mudo se harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si de un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas no supieran darse a entender por escrito, se nombrará intérprete. Si se tratase de un ciego que deba suscribir algún documento, podrá pedir que antes de ello, le dé lectura una persona de su confianza, lo cual se hará saber bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 112 CPP y 141 CCP. Mza.-parcial-)

Art. 238 - Compulsión.

Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 188, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.

(Concs. Art. 225 CPP Cba.; Art. 250 CPP Mza. -parcial-; Art. 208 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 239 - Arresto Inmediato.

Podrá ordenarse el inmediato arresto a un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

(Concs. Art. 226 CPP Cba.; Art. 210 CPP C.Rica)

Art. 240 - Forma de Declaración.

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de la pena de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de 16 años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Inmediatamente, se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés por las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Si el testigo pudiera abstenerse de declarar, se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que se hará constar.

A continuación se le interrogará sobre el hecho, si corresponde, de acuerdo con el Artículo 145.

Para cada declaración se labrará acta con arreglo a los artículos 147 y 148.

A solicitud del testigo el Magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de sufrir un daño en ellos.

(Concs. Art. 227 CPP Cba.; Art. 252 CPP Mza. -parcial-; Art. 211 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 240 bis -**

Implementase el Sistema de **Cámara Gesell** en el ámbito de la Provincia de Mendoza. En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

b) El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.

c) El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.

d) A pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

e) En caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

(TEXTO MODIFICADO POR LEY 8925, ART. 1)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 1)

***Art. 240 ter**

Cuando se trate de testigos, que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan menos de dieciocho (18) años, el Tribunal previa a la recepción del testimonio, podrá requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 240 bis del presente Código. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 3)

***Art. 240 quater**

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación lo prescripto por la Ley 6.354 -protección integral de niños, adolescentes, derechos y garantías, régimen jurídico de menores- y/o las que en el futuro la modifiquen.

El menor, en todos los casos, será asistido por el Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 5)

Art. 241 - Tratamiento Especial.

No estarán obligados a comparecer: el Presidente y Vicepresidente de la Nación; los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; los Ministros y Legisladores al igual que los Magistrados del Poder Judicial - nacionales y provinciales-; miembros de los Tribunales Militares; los Ministros Diplomáticos y Cónsules Generales; Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas en actividad; los altos dignatarios de las Iglesias legalmente reconocidas por la República Argentina, el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Asesor de Gobierno y los Directores de la Inspección General de Seguridad.-

Según la importancia que se atribuya al testimonio, estas personas declararán en su residencia oficial o informe por escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento. En el primer caso, no podrán ser interrogados directamente por las partes ni sus defensores.-

Sin embargo, los testigos nombrados podrán renunciar al tratamiento especial.-

(Concs. Art. 228 CPP Cba. -parcial-; Art. 254 -parcial- CPP Mza.; Art. 206 CPP Costa rica -parcial-; Art. 2º Ley 6796)

Art. 242 - Examen en el Domicilio.

Las personas que no puedan concurrir al Tribunal o Fiscalía de Instrucción por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio.

(Concs. Art. 229 CPP Cba.; Art. 255 CPP Mza. -parcial-)

Art. 243 - Falso Testimonio.

Si un testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, se ordenará las copias pertinentes y se las remitirá al Ministerio Público, sin perjuicio de disponerse la detención.

(Concs. Art. 230 CPP Cba.; Art. 256 CPP Mza.)

SECCIÓN SEXTA. PERITOS

Art. 244 - Pericias.

Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

(Concs. Art. 231 CPP Cba.; Art. 257 CPP Mza. -parcial-)

Art. 245 - Calidad Habilitante.

Los peritos deberán tener título habilitante en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, o cuando no existan peritos diplomados, deberán designarse a personas de conocimiento o práctica reconocidos.

(Concs. Art. 232 CPP Cba.)

Art. 246 - Obligatoriedad del Cargo.

El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial correspondiente al ser notificado de la designación.

(Concs. Art. 233 CPP Cba.; Art. 261 CPP Mza. -parcial-)

Art. 247 - Incapacidad e Incompatibilidad.

No podrán ser peritos: los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido llamados como tales, los condenados y los inhabilitados durante el tiempo de la condena o inhabilitación.

(Concs. Art.262 Mza.; 234 CPP Cba. -parcial-)

Art. 248 - Excusación y Recusación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusación y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el Tribunal o el Fiscal de Instrucción según corresponda, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 235 CPP Cba.; Art. 263 CPP Mza.)

Art. 249 - Nombramiento y Notificación.

Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.

(Concs. Art. 236 CPP Cba.; Art. 259 CPP Mza. -parcial-)

Art. 250 - Peritos de Control.

En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (245 - 247); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.

No regirán para los peritos de control los artículos 246 y 248.

(Concs. Art. 237 CPP Cba.)

Art. 251 - Directivas.

El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.

(Concs. Art. 238 CPP Cba.; Art. 264 CPP Mza. -parcial-)

Art. 252 - Conservación de Objetos.

El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder.

(Concs. Art. 239 CPP Cba.; Art. 265 CPP Mza. -parcial-)

Art. 253 - Ejecución.

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.

Los peritos de control no estarán obligados a dictaminar. (Concs. Art. 240 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. -parcial)

Art. 254 - Peritos Nuevos.

Si los informes fueren dubitativos, insuficientes o contradictorios, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren o, si fuere factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieren sido nombrados después de efectuada la pericia.

(Concs. Art. 241 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. in fine -parcial-)

Art. 255 - Dictamen.

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.

(Concs. Art. 242 CPP Cba.; Art. 267 CPP Mza.)

Art. 256 - Necropsia Necesaria.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.

(Concs. Art. 243 CPP Cba.; Art. 269 CPP Mza.)

Art. 257 - Cotejo de Documentos.

Cuando se trate de examinar o cotejar algún documento, se ordenará la presentación de escrituras de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponerse el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo.

También podrá disponerse que alguna de las partes forme cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia, pero si se tratare del imputado aquella no importará una presunción de culpabilidad.

(Concs. Art. 244 CPP Cba.; Art. 270 CPP Mza. -parcial-)

Art. 258 - Reserva y Sanciones.

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El órgano que la hubiere dispuesto podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos, y aún sustituirlos, sin perjuicio de las otras sanciones que puedan corresponder.

(Concs. Art. 245 CPP Cba.; Art. 271 CPP Mza. -parcial-)

Art. 259 - Honorarios.

Los peritos nombrados de oficio o a pedido del Ministerio Público tendrán derecho a cobrar honorarios, a menos que tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera.

El perito nombrado a petición de parte podrá cobrarlos siempre, directamente de ésta o del condenado en costas.

(Concs. Art. 246 CPP Cba.; Art. 272 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SÉPTIMA. INTÉRPRETES

Art. 260 - Designación.

Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idiomas distintos del nacional.

Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al expediente junto con la traducción.

(Concs. Art. 247 CPP Cba.; Art. 273 CPP Mza. -parcial-)

Art. 261 - Normas Aplicables.

En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación, recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos.

(Concs. Art. 248 CPP Cba.; Art. 274 CPP Mza.)

SECCIÓN OCTAVA. RECONOCIMIENTOS

Art. 262 - Casos.

Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

(Concs. Art. 249 CPP Cba.; Art. 275 CPP Mza., Art. 227 CPP C.Rica. -parcial-)

Art. 263 - Interrogatorio Previo.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para describa a la persona de que se trata, y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento a excepción del imputado.

(Concs. Art. 250 CPP Cba.; Art. 276 CPP Mza., Art. 228 CCP.C. Rica. -parcial)

Art. 264 - Forma.

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, junto con otras personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según se lo estime oportuno, el deponente manifestará si allí se encuentra la persona a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo la designe clara y precisamente.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hubieren formado la rueda.

(Concs. Art. 251 CPP Cba.; Art. 277 CPP Mza. -parcial-, Art. 228 CPP C. Rica. -parcial-)

Art. 265 - Pluralidad de reconocimientos

Cuando varias personas deban reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquellas se comuniquen entre si, pero podrá labrarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una deba identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

(Concs. Art. 252 CPP Cba.; Art. 278 CPP Mza. -parcial-; Art. 229 CPP C.Rica)

Art. 266 - Reconocimiento por Fotografía.

Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiere ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos.
- 2) Cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22.172 artículo 10), o cuando no pudiere hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas.

(Concs. Art. 253 CPP Cba.; Art. 279 CPP Mza. -parcial-; Art. 230 CPP C.Rica)

Art. 267 - Reconocimiento de Cosas.

Antes del reconocimiento de una cosa, se invitará a la persona que deba verificarlo, a que la describa. En lo demás y en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

(Concs. Art. 254 CPP Cba.; Art. 280 CPP Mza.; Art. 231 CCP. C.Rica)

SECCIÓN NOVENA. CAREOS

Art. 268 - Procedencia.

Podrá ordenarse el careo de personas que sus declaraciones hubieran discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a carearse.

Al careo del imputado deberá asistir su defensor, bajo sanción de nulidad.

(Concs. Art. 255 CPP Cba.; Art. 281 CPP Mza. -parcial-; Art. 233 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 269 - Juramento.

Los que hubieren de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

(Concs. Art. 256 CPP Cba.; Art. 282 CPP Mza. -parcial-)

Art. 270 - Forma.

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias. Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del Tribunal o del Fiscal de Instrucción acerca de la actitud de los careados.

(Concs. Art. 257 CPP Cba.; Art. 283 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 10. IMPUTACIÓN Y DECLARACIÓN

Art. 271 – Imputación

- Obligaciones para con el imputado.

Quando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que

se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiere podido efectuar la imputación o cuando lo pidiera el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación, se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de lo dispuesto por los artículos 26, 30, 359, 364 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.

(Concs. Art. 261 CPP Cba. -parcial-; Art. 294 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 272 - Interrogatorio de Identificación.**

Después de proceder conforme al artículo 317, se invitará al imputado a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo - si lo tuviere -, edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida; si tiene antecedentes penales - y en su caso -, por qué causa, por qué Tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida; nombre, estado y profesión de los padres.

*Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.

(SEGUNDO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 17)

(Concs. Art. 260 CPP Cba.; Art. 297 CPP Mza. -parcial-)

"Cuando se tratare de la aplicación del régimen penal de las personas jurídicas privadas, se invitará al representante legal de la misma o a quien tenga poder especial para el caso otorgado con las formalidades que corresponden al tipo de entidad de que se trate a constituir domicilio procesal e informar su denominación o razón social, cumpliéndose con los requisitos contemplados en el artículo 151° del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, a indicar su domicilio legal y sede social, domicilios sociales y sedes principales de sus negocios anteriores -si los hubo-, si existen antecedentes penales, y en su caso, causa de los mismos, Tribunal interviniente, sentencia recaída y si ella fue cumplida. A los fines de la representación, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13° y cc de la Ley N° 27.401".

(Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 273 - Libertad de Declarar.

El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

(Concs. Art. 259 CPP Cba.; Art. 296 CPP Mza. -parcial-)

Art. 274 - Declaración Sobre el Hecho.

Cuando el imputado manifieste que quiere declarar, se lo invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Su declaración se hará constar con sus propias palabras.

Después de esto, se dirigirá al indagado las preguntas que se estime conveniente. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 323.

El declarante podrá dictar las respuestas.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan. (Concs. Art. 262 CPP Cba.; Art. 299 CPP Mza. -parcial-)

Art. 275 - Forma de Interrogatorio.

Las preguntas serán claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

(Concs. Art. 263 CPP Cba.; Art. 300 CPP Mza. -parcial-)

Art. 276 - Acta.

Concluida la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, el acta será leída en alta voz por el Secretario, bajo pena de nulidad, y de ello se hará mención, sin perjuicio de que también la lea el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones serán consignadas sin alterar lo escrito.

El acta será suscripta por todos los presentes.

Si alguien no pudiere o no quisiere hacerlo, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla.

Para los supuestos de ignorancia del idioma y/o discapacidades se procederá conforme al artículo 237 y concordantes.

(Concs. Art. 264 CPP Cba.; Art. 301 CPP Mza. -parcial-)

Art. 277 - Declaraciones Separadas.

Cuando hubiere varios imputados, sus declaraciones se recibirán separadamente, y se evitará que ellos se comuniquen antes de la recepción de todas.

(Concs. Art. 265 CPP Cba.; Art. 303 CPP Mza.)

Art. 278 - Ampliación de la Declaración.

El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

(Concs. Art. 266 CPP Cba.; Art. 304 CPP Mza.)

Art. 279 - Evacuación de Citas.

Se deberán investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

(Concs. Art. 267 CPP Cba.; Art. 305 CPP Mza.)

TÍTULO VII. COERCIÓN PERSONAL

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES

Art. 280 - Situación de Libertad.

Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio.
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

(Concs. Art. 268 CPP Cba.)

Art. 281 - Restricción de la Libertad.

La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1) y 2) artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

(Concs. Art. 269 CPP Cba.; Art. 285 CPP Mza.-parcial-)

Art. 282 - Mantenimiento de Libertad.

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

(Concs. Art. 270 CPP Cba.; Art. 284 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. MEDIDAS DE COERCIÓN

Art. 283 - Citación.

La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente.

Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

(Concs. Art. 271 CPP Cba.; Art. 287 CPP Mza -parcial-)

***Art. 284 - Detención.**

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

(Concs. Art. 272 CPP Cba.; Art. 288 CPP Mza.; Art. 237 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 51)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 11)

***Art. 285 - Incomunicación.**

Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos - que se harán constar - para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos (2) días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el artículo 131.

(Concs. Art. 273 CPP Cba.; Art. 216 CPP Mza. -parcial-; Art. 261 CPP C. Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 52)

Art. 286 - Arresto.

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieran intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuere necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

(Concs. Art. 274 CPP Cba.; Art. 237 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 287 - Aprehensión en Flagrancia.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido "in fraganti" en la comisión de un delito de acción que merezca pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

(Concs. Art. 275 CPP Cba.; Art. 289 CPP Mza. -parcial-; Art. 235 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 288 - Flagrancia.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguida por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

(Concs. Art. 276 CPP Cba.; Art. 290 CPP Mza.; Art. 235 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 289 - Otros Casos de Aprehensión.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial deberán aprehender, aún sin orden judicial, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fugare estando legalmente preso. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista en el Artículo 284, primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención.

(Concs. Art. 277 CPP Cba.; Art. 291 CPP Mza.-parcial-; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 290 - Presentación del Aprehendido.

El oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practicare la aprehensión de una persona, deberá presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por las personas enunciadas en el segundo párrafo del artículo 131, las que además podrán solicitar en la misma oportunidad, la libertad del detenido, en caso de violación de lo dispuesto por los artículos 280 a 291 de este Código por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

(Concs. Art. 278 CPP Cba.; Art. 292 y 293 CPP Mza.; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 291 - Aprehensión Privada.

En los casos que prevén los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial.

(Concs. Art. 279 CPP Cba.; Art. 293 CPP Mza.-parcial-)

Art. 292 - Recuperación de la Libertad.

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

- 1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte).
- 2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.
- 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva.
- 4) Prima facie hubiere actuado justificadamente.

(Concs. Art. 280 CPP Cba.)

***Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.**

Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;
- b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;
- c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposos.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

- 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;
- 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga:

Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

- 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;
- 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

(Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7929, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7782, ART. 1)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 294 - Procedimiento.**

*Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días, debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de

- inmediatez,
- contradicción,
- publicidad,
- celeridad
- mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá

determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295).

*La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsas de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsas a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 53)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 2)

(Concs. Art. 282 CPP Cba.; Art. 243 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.**

Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse:

- a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más.
- b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art. 293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

*6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar.

(Conc. Art. 283 CPP Cba.; Art. 257 CPP Costa Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 54)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 3)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 296 - Revocación.

El cese de la prisión preventiva, será revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 280, realice preparativos de fuga, o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad recuperada con arreglo al artículo 292, si concurrieran los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 293.

(Concs. Art. 284 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica- parcial -)

Art. 297 - Tratamiento de Presos.

Salvo lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de penados; se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les impute; podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten al régimen carcelario; recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Cuando se trate de personal perteneciente a las fuerzas de seguridad, podrá establecerse su alojamiento en establecimientos de las mismas, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ley y reglamentarios tanto para la seguridad como para el ejercicio de sus derechos, a juicio del Magistrado interviniente.

(Concs. Art. 285 CPP Cba.; Art. 313 CPP Mza - parcial-)

Art. 298 - Detención Domiciliaria

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio.

(Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 299 - Internación Provisional.

Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

(Concs. Art. 287 CPP Cba.; Art. 262 CPP C.Rica - parcial; Art. 316 CPP Mza - parcial-)

Art. 300 - Caución. Objeto.

Se impondrá al imputado una caución juratoria, personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones (280).

(Concs. Art. 288 CPP Cba.; Art. 250 CPP C.Rica- parcial-; Art. 320 CPP Mza - parcial-)

Art. 301 - Determinación de la Caución.

Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado.

(Concs. Art. 289 CPP Cba.; Art. 321 CPP Mza -parcial-; art 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 302 - Caución Personal.

La caución personal consistirá en la obligación que el imputado asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije.

(Concs. Art. 290 CPP Cba.; Art. 323 CPP Mza; Art. 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 303 - Capacidad y Solvencia del Fiador.

Podrá ser fiador el que tenga capacidad para contratar y acredite solvencia suficiente. Nadie podrá tener otorgadas y subsistentes más de seis fianzas.

(Concs. Art. 291 CPP Cba.; Art. 324 CPP Mza - parcial -; Art. 250 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 304 - Caución Real.**

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. De la caución real ofrecida, deberá dar vista a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Dirección General de Rentas de la Provincia, para verificar la legalidad del origen de la misma. (Concs. Art. 292 CPP Cba.; Art. 325 CPP Mza -parcial-; Art. 250 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8588, ART. 1)

Art. 305 - Forma de Caución.

Las cauciones se otorgarán en actas que serán suscritas ante el Secretario y se inscribirán de acuerdo a las leyes registrales.(Concs. Art. 293 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 306 - Domicilio y Notificaciones.

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio especial en el acto en que se presta la caución. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado.

(Concs. Art. 294 CPP Cba.; Art.330 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 307 - Cancelación de las Cauciones.

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos:

1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuere constituido en prisión dentro del término que se le acordó.

2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.

3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

(Concs. Art. 295 CPP Cba.; Art. 333 CPP Mza -parcial-; Art. 254 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 308 - Sustitución.

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También podrá sustituirse la caución real.

(Concs. Art. 296 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 309 - Presunción de Fuga.

Si el fiador temiere fundadamente la fuga del imputado, deberá comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal que corresponda, y quedará liberado si aquél fuere detenido. Pero si resultare falso el hecho en que se basó la sospecha, se impondrá al fiador una multa de hasta mil quinientos pesos (conforme Ley N° 23928) y la caución quedará subsistente.

(Concs. Art. 297 CPP Cba.; Art. 335 CPP Mza- parcial-)

Art. 310 - Emplazamiento.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

(Concs. Art. 298 CPP Cba.; Art. 336 CPP Mza - parcial-; Art. 252 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 311 - Efectividad de la Caución.

Al vencimiento del término previsto por el artículo anterior, se dispondrá, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Regirá para ello el Código Procesal Civil. El producido de la venta de los bienes se destinará al Poder Judicial para la ampliación y/o mantenimiento de su biblioteca.

(Concs. Art. 299 CPP Cba.; Art. 337 CPP Mza -parcial-; Art.252 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 3. INDEMNIZACIÓN

Art. 312 - Procedencia.

Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, éste entendiere que fue privado arbitrariamente de su libertad, podrá reclamar en el fuero civil la indemnización que estime corresponder conforme a la legislación sustantiva.

(Concs. Art. 300 CPP Cba.; Art. 271 CPP C. Rica - parcial-)

LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

TÍTULO I. PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

***Art. 313 - Procedencia y Titularidad.**

Los delitos de acción pública dolosos y culposos, sancionados con pena mayor a tres años serán investigados con arreglo a las disposiciones del presente Título. La investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 8)

(Concs. Art. 301 CPP Cba.)

***Art. 313 bis** - Los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieren reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años con multa y/o inhabilitación serán investigados con arreglo al procedimiento correccional previsto en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 1.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8929, ART. 9)

Art. 314 - Finalidad.

La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

(Concs. Art. 302 CPP Cba.; arts. 274, 275 y 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 315 - Objeto.

La investigación penal tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

(Concs. Art. 303 CPP Cba.; Art. 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 316 - Investigación Directa.

Los órganos de la investigación penal deberán proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos delictivos que aparezcan cometidos en la ciudad de su asiento. Del mismo modo procederá con respecto a los delitos graves que aparezcan perpetrados fuera de dicha ciudad pero en su circunscripción.

Cuando sea necesario practicar diligencias fuera de la circunscripción, podrá actuarse personalmente o encomendarlas al órgano que corresponda.

(Concs. Art. 304 CPP Cba.)

Art. 317 - Defensor y Domicilio.

En la primera oportunidad, y si el imputado hubiese manifestado su voluntad de declarar, se lo invitará a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, se procederá conforme al artículo 134.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 320.

En el mismo acto, el imputado que esté en libertad deberá fijar domicilio.

(Concs. Art. 305 CPP Cba.; Art. 93, Art. 100 - parcial- CPP C.Rica)

"En el caso de las personas jurídicas privadas imputadas de los delitos previstos en artículo 1° de la Ley N° 27.401, deberá procederse de conformidad a lo establecido en el artículo 13° de la citada ley en lo relativo a la designación de abogado defensor". (Ley 9237)

***Art. 318 - Declaración informativa.**

Cuando no concurren las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1), las que no podrán exceder de un (1) año.

Deberá hacérsele saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de prestar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva.

(Concs. Art. 306 CPP Cba.; arts. 91 y 95 CPP C.Rica - parcial -Art. 206 Anteproyecto Sosa Arditti -parcial- Art. 6 Ley 13911)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 12)

Art. 319 - Identificación y Antecedentes.

Efectuada la imputación se remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y se ordenará que se proceda a su identificación. La oficina remitirá en triple ejemplar la planilla que se confeccione, uno se agregará al expediente y los otros se utilizarán para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Nacional 22.117.

(Concs. Art. 307 CPP Cba.; Art. 94 CPP C.Rica)

Art. 320 - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial.

Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

(Concs. Art. 308 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 321 - Notificación. Casos Urgentísimos.

Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

(Concs. Art. 309 CPP Cba.; arts. 101 y 294 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 322 - Posibilidad de Asistencia.

Se permitirá que los defensores asistan a los demás actos de investigación, salvo lo previsto por el artículo 272, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación.

La resolución no será recurrible.

Admitida la asistencia se avisará verbalmente a los defensores, sin retardar el trámite en lo posible. En todo caso se dejará constancia.

(Concs. Art. 310 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica)

Art. 323 - Deberes y Facultades de los Asistentes.

Los defensores que asistan a los actos de investigación no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del órgano competente, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuese concedido; podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución no será recurrible.

(Concs. Art. 311 CPP Cba.; Art. 214 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 324 - Compulsa de las actuaciones.**

El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes desde la imputación formal, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo.

Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318.

La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones.

Los abogados, con los límites precedentemente expuestos, tendrán acceso y libertad de compulsas con la sola exhibición de la credencial profesional. La negativa a exhibir las actuaciones, fundada en cuestiones administrativas, será considerada falta grave para el funcionario que la realice o consienta y para el Fiscal a cargo.

(Concs. Art. 312 CPP Cba.; Art. 215 CPP Mza. ; Ley 6408).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 13)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 325 - Actuaciones.

Las diligencias del sumario se harán constar en actas que el Secretario extenderá y compilará conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero.

(Concs. Art. 313 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. DENUNCIA

Art. 326 - Facultad de Denuncia.

Toda persona que tenga noticia de un delito perseguible de oficio podrá denunciarlo al Fiscal de Instrucción o a la Policía Judicial. Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar.

(Concs. Art. 314 CPP Cba.; Art. 278 CPP C.Rica; Art. 179 CPP Mza -parcial-)

Art. 327 - Forma.

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse el poder.

La denuncia escrita será firmada ante el funcionario que la reciba.

Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo con el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero. En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

(Concs. Art. 315 CPP Cba.; Art. 279 CPP C.Rica; Art. 180 CPP Mza - parcial-)

Art. 328 - Contenido.

La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil, podrá contener también la manifestación prevista en el inciso a) del artículo 34.

(Concs. Art. 316 CPP Cba.; Art. 280 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 329 - Obligación de Denuncia. Excepción.

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por ley bajo el amparo del secreto profesional. Nadie podrá formular denuncia contra su cónyuge, ascendiente,

descendiente, o hermano, salvo que el delito sea ejecutado en su perjuicio o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo al que lo liga con el denunciado.

(Concs. Art. 317 CPP Cba.; arts. 183 y 184 CPP Mza.; Art. 281 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 330 - Responsabilidad y protección del Denunciante.

El denunciante no será parte del proceso, no incurrirá en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnia. Tendrá derecho a su pedido a que se disponga el resguardo de su identificación, hasta tanto la defensa del imputado solicite la necesidad de su revelación y el Magistrado interviniente lo considerase conveniente.

Tendrá derecho también de solicitar la protección de su persona, familia y/o bienes.

(Concs. Art. 318 CPP Cba.)

Art. 331 - Denuncia ante el Fiscal de Instrucción.

En la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal.

(Concs. Art. 319 CPP Cba. -parcial-)

Art. 332 - Denuncia ante la Policía Judicial.

Cuando la denuncia fuere presentada ante la Policía Judicial, ésta actuará con arreglo a los artículos 336 y 338.

(Concs. Art. 320 CPP Cba.; Art. 194 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Art. 333 - Función.

La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 9.

(Concs. Art. 321 CPP Cba.; arts. 283 y 285 CPP C.Rica -parcial-; Art. 189 CPP Mza -parcial-)

Art. 334 - Composición.

Serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía Administrativa actuará como Policía Judicial hasta tanto sea puesta en funcionamiento la Policía Judicial, o cuando existiendo la misma, no pueda hacerlo inmediatamente. Desde que la Policía Judicial intervenga, la Policía Administrativa, será su auxiliar.

(Concs. Art. 322 CPP Cba.; Art. 284 CPP C.Rica -parcial-; Art. 190 CPP Mza -parcial-)

***Art. 335 - Subordinación.**

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto por las Leyes de Policía o las que las sustituyan. Cumplirán sus funciones bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes que les impartan los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales. *Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los Jueces y Fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos.

(Concs. Art. 323 CPP Cba.)

(#NDR.: El tercer párrafo de este artículo se intentó modificar por la Ley 7282, art. 3. De su lectura se desprende que la modificación propuesta por esta norma no altera en nada la redacción original del texto de este artículo.)

***Art. 336 – Atribuciones policía judicial**

La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

*2) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

*3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros impostergables.

5) Si fuera indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 286.

6) Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

7) Citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.

8) Recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, en las formas y con las garantías que establecen los artículos 271 y ss.

9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

(Concs. Art. 324 CPP Cba.; Art. 286 CPP C.Rica; Art. 192 CPP Mza -parcial-)

Art. 337 - Prohibiciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial no podrán abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Sin embargo, en los casos urgentes podrán ocurrir a las más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Concs. Art. 325 CPP Cba.)

Art. 338 - Comunicación y Procedimiento.

Los oficiales de la Policía Judicial comunicarán inmediatamente al Fiscal de Instrucción todos los delitos que llegaren a su conocimiento y practicarán los actos urgentes que la ley autoriza y los que aquél les ordenare, observando las normas que este Código establece. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 290, las actuaciones y las cosas secuestradas serán remitidas al Fiscal de Instrucción o al Juez de Paz, dentro del plazo de tres días de iniciada la investigación; pero dichos funcionarios podrán prorrogarlo por otro tanto cuando aquélla sea compleja o existan obstáculos insalvables.

(Concs. Art. 326 CPP Cba.; Art. 288 CPP C.Rica -parcial-; Art. 194 CPP Mza -parcial-)

Art. 339 - Sanciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados por los tribunales o el Ministerio Público, previo informe del interesado, con apercibimiento o multa de hasta mil quinientos pesos (cfr. Ley 23928), sin perjuicio de la suspensión hasta por treinta días, cesantía o exoneración que pueda disponer la Suprema Corte de Justicia y de la responsabilidad penal que corresponda. Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, podrán ser objeto de las mismas sanciones; pero la suspensión, cesantía o exoneración de ellos sólo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 196 CPP Mza)

CAPÍTULO 4. INVESTIGACIÓN FISCAL

Art. 340 - Forma.

El Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 274 CPP C.Rica -parcial-; Art. 208 CPP Mza -parcial-)

Art. 341 - Facultades.

El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

(Concs. Art. 329 CPP Cba.; Art. 290 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 341 bis - Los ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:**

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.
- c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.
- d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

*e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- 1) Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- 2) Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- 3) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.
- 4) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia.
- 5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción.

(TEXTO INC E MODIFICADO POR LEY 8929, ART. 16)

(HIS.: TEXTO INC E INCORPORADO POR LEY 8896, ART. 14)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 7282, ART. 1)

Art. 342 - Actos Definitivos e Irreproductibles.

Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproductibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

(Concs. Art. 330 CPP Cba.; Art. 276 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 343 - Defensor.

El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317.

(Concs. Art. 331 CPP Cba.; Art. 100 -Art. 101 y conc.CPP C.Rica -parcial-; Art. 209 CPP Mza -parcial-)

Art. 344 - Situación del Imputado.

En el ejercicio de su función, el Fiscal de Instrucción podrá citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle la declaración si lo requiriese el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 283, 284, 292, 293, 295, 296 y 271.

(Concs. Art. 332 CPP Cba.)

***Art. 345 - Control Jurisdiccional.**

En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 333 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 4)(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 346 - Archivo.**

Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable.

Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa.

(Concs. Art. 334 CPP Cba.; Art. 206 CPP Mza -parcial-)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 15)(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 347 - Proposición de Diligencias.**

Las partes podrán proponer diligencias, las que serán practicadas salvo que el Fiscal no las considere pertinentes y útiles; si las rechazara, podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción en el término de tres días. El Juez resolverá en igual plazo.

(Concs. Art. 335 CPP Cba.; art 292 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 348 - Pedido de la Prisión Preventiva.**

*En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

*Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo.

(Concs. Art. 336 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 55)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 5) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 349 - Duración.**

La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

(Concs. Art. 337 CPP Cba.) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 350 - Oposición. Trámite.**

En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento del Fiscal, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. En ningún caso se prorrogarán o suspenderán los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 338 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 16) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

TÍTULO II. SOBRESEIMIENTO

***Art. 351 - Facultad de Sobreseer.**

El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado durante la investigación cuando se hubiera procedido a efectuar formalmente la imputación conforme al Artículo 271, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 373.

En el supuesto previsto en el Artículo 353 inciso 4, el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

Durante la investigación fiscal, será requerido por el Fiscal en forma fundada.

(Concs. Art. 348 CPP Cba.; Art. 341 CPP Mza.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 17)

Art. 352 - Valor.

El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

(Concs. Art. 349 CPP Cba.; Art. 342 CPP Mza.)

***Art. 353 - Procedencia.**

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.

5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. Art. 5 (armonía social) Art. 59 inciso 6° CP

7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.

8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

(Concs. Art. 350 CPP Cba.; Art. 343 CPP Mza., Art. 311 CPP C.Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 18)

11) Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo". (Ley 9237)

Art. 354 - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior.

(Concs. Art. 351 CPP Cba.; Art. 344 CPP Mza.; Art. 312 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 355 - Apelación.**

La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y por el querellante particular.

Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el Artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

(Concs. Art. 352 CPP Cba.; Art. 345 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 19)

Art. 356 - Efecto.

Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

(Concs. Art. 353 CPP Cba.; Art. 348 CPP Mza.; Art. 313 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. CLAUSURA

Art. 357 - Procedencia.

El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.

(Concs. Art. 354 CPP Cba.)

Art. 358 - Contenido de la Acusación.

El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.

(Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial.**

Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado. El Juez de Instrucción fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

(Concs. Art. 356 -parcial., 419 y 420 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 360 - Instancias.**

Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de cinco días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal.

(Concs. Art. 357 CPP Cba.; Art. 364 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 24)

***Art. 361 - Elevación a Juicio.**

El Juez resolverá en audiencia oral la oposición. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal. Si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa, ordenará la elevación con dicha calificación. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el fiscal al tribunal de juicio.

(Concs. Art. 358 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 20)

***Art. 362 - De las audiencias orales.**

Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno.

Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines.

(Concs. Art. 359 CPP Cba.; Art. 366 - Art. 370 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 21)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 25)

Art. 363 - Clausura y Notificación.

La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene. Cuando el Tribunal de juicio tuviere asiento en otro lugar, aquellas resoluciones serán notificadas a las partes y defensores, quienes deberán constituir nuevo domicilio.

(Concs. Art. 360 CPP Cba.)

LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I. JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PRELIMINARES

***Art. 364 - Audiencia preliminar.**

Recibido el caso por la Cámara de Crimen o la OGAP, dentro del primer día hábil, fijará fecha para realizar la audiencia preliminar, la que deberá tener lugar en un plazo no mayor de diez (10) días.

Dentro de los dos (2) primeros días de recibida la notificación del artículo 364 haciendo saber el Juez que va a entender, las partes podrán plantear la recusación en los términos del artículo 79. En el mismo plazo deberá formularse la demanda civil, bajo apercibimiento de tener al interesado por desistido.

La audiencia preliminar deberá tramitarse con la presencia ininterrumpida del Juez, el Fiscal, el imputado, su defensor, y demás partes, bajo pena de nulidad. Se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos, salvo la lista de testigos y peritos, o individualización de prueba, con copia a todos los intervinientes.

La ausencia del querellante o actor civil, debidamente notificados, implica el desistimiento de su intervención y el procedimiento seguirá su curso sin su participación posterior.

"Ante la incomparecencia del imputado se diferirá la audiencia hasta contar con su presencia y, a pedido del fiscal o querellante, se ordenará su inmediata detención. Tratándose de una persona jurídica privada, el juez deberá cumplimentar las disposiciones de los artículos 14° de la Ley N° 27.401 y 99° de la presente Ley". (Modifícase el quinto párrafo del artículo 364° de la Ley N° 6.730. Conforme Ley 9237)

Ante la comparecencia del imputado el Juez declarará abierta la audiencia, identificará al imputado, e inmediatamente realizará una breve enunciación de las presentaciones que hubieren realizado las partes que se encontraren presentes en la audiencia.

Seguidamente podrán plantear la aplicación de algún Criterio de Oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a pedido del Ministerio Público Fiscal; a pedido del imputado o su defensor la Suspensión del Juicio a Prueba que solo procederá con consentimiento fundado del Fiscal; o cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado. El Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan. Se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto.

En su caso, el Juez invitará al actor civil, al imputado, al demandado civil y citado en garantía, a solucionar el conflicto civil, acordando el litigio sobre la pretensión que hubiere deducido el primero. Será constancia

del acuerdo el audio, sin perjuicio que las partes decidan instrumentarlo por escrito con posterioridad al acuerdo.

De no ser planteado ningún Criterio de Oportunidad, o el mismo fuere rechazado, o no solucionada la cuestión civil, el Juez citará las partes a juicio.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 56) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 5)

(HIS.: ULTIMO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7137, ART. 1) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 365 - Comparecencia del acusado detenido.**

Conducido el acusado declarado rebelde que se ordenó detener según el Art. 364, se procederá de acuerdo al mismo y si se peticiona un Criterio de Oportunidad deberá resolverse sobre su situación de privación de libertad según corresponda. Si no se aplicare un Criterio de Oportunidad, y sólo luego de brindar las explicaciones de su incomparecencia, y a pedido de parte, podrá disponer el Juez medidas de seguridad o cautelares necesarias, o mantener la detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 361 bis CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 57)

***Art. 366 - Continuación de la Audiencia Preliminar.**

Nulidades y excepciones.

Seguidamente las partes podrán interponer, bajo pena de caducidad, las nulidades y excepciones que no hayan deducido anteriormente, las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral.

(Concs. Art. 362 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 58)

***Art. 367 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Ofrecimiento de prueba.

Las partes deberán presentar por escrito en la audiencia preliminar la prueba de la que han de valerse en el juicio, con copia para cada parte, con individualización de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada una, bajo pena de inadmisibilidad. Los testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio.

Sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria. Quedan a salvo de esta disposición cuando deban designarse psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima.

El Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva.

(Concs. Art. 363 CPP Cba.; Art. 386 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 59)

***Art. 368 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Observaciones y acuerdos de la prueba; admisión y rechazo.

Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba.

Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.

Finalmente, el Juez admitirá la prueba pertinente que será sustanciada en el juicio oral.

(Concs. Art. 364 CPP Cba.; Art. 387 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 60)

***Art. 369 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Exclusión de prueba de cargo esencial. Cuando se excluyeren pruebas de cargo esenciales para sustentar la acusación en el juicio oral respectivo, las partes podrán solicitar el sobreseimiento definitivo, y el Juez previo oír a los interesados, resolverá en forma inmediata. Cuando el pedido lo formule el Fiscal, el Juez deberá sobreseer. Si el querellante se opuso podrá recurrirlo. Si instare el sobreseimiento la defensa, el rechazo será irrecurrible.

(Concs. Art. 365 CPP Cba.; Art. 388 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 61)

***Art. 370 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Actividad probatoria complementaria. Cuando la prueba admitida no pueda practicarse durante el juicio oral, y sólo a requerimiento de parte el Juez podrá disponer la realización en los siguientes casos:

- 1) La declaración de testigo que no pudiere comparecer al debate y fuera imposible que deponga por video conferencia.
- 2) El simple reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba.
- 3) Las pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el juicio oral.

En los casos de los incisos 1) y 2), se fijará inmediatamente fecha para que tenga lugar la audiencia oral, quedando notificadas las partes.

Cuando se trate de un perito, según corresponda se tendrá por designado al propuesto o se procederá al inmediato sorteo.

En cualquiera de estos casos, los actos deberán practicarse en el tiempo que fije el Juez de acuerdo a la actividad procesal a realizar, que nunca podrá ser superior a los quince (15) días desde la Audiencia Preliminar, debiendo agregarse en las actuaciones los informes, actas o instrumentos, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los dos (2) días desde su vencimiento.

(Concs. Art. 366 CPP Cba.; Art. 391 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 62)

***Art. 371 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Fecha de juicio oral. En la misma audiencia, el Juez solicitará a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y en su caso, y que integre en caso de ser necesario el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

Las partes quedarán notificadas en el mismo acto de la fecha de debate que fija la OGAP.

La OGAP de inmediato ordenará la citación de testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir en el juicio oral, y la producción del resto de la prueba admitida.

(Concs. Art. 367 CPP Cba.; Art. 389 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 63)

***Art. 372.- Unión y Separación de Juicios.**

A petición de parte se podrá ordenar la acumulación, cuando por el mismo delito atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones siempre que esta no determine un grave retardo; o si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, se podrá disponer que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro.

(Concs. Art. 368 CPP Cba.; Art. 390 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 64)

***Art. 373 - Sobreseimiento.**

El Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando:

nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable;

se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal;

se produjere otra causa extintiva de aquélla,

se verificase que concurre una excusa absolutoria;

a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación.

(Concs. Art. 370 CPP Cba.; Art. 392 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 65)

Art. 374 - Indemnización y Anticipo de Gastos.

Cuando los testigos, peritos e intérpretes citados no residan en la ciudad donde se realizará el debate, el Presidente fijará prudencialmente, a petición del interesado, la indemnización que corresponda por gastos indispensables de viaje y estadía. Las partes civiles y el querellante particular deberán consignar en Secretaría el importe necesario para indemnizar a las personas citadas a su pedido, salvo que también lo fueren a propuesta del Ministerio Público o del imputado, o que acrediten estado de pobreza.

(Concs. Art. 371 CPP Cba.; Art. 394 CPP Mza.-parcial)

CAPÍTULO 2. DEBATE

SECCIÓN PRIMERA. AUDIENCIAS

Art. 375 - Oralidad y Publicidad.

El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

(Concs. Art. 372 CPP Cba.; Art. 395 CPP Mza.-parcial-; Art. 333 y 334 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 376 - Prohibiciones para el Acceso.

No tendrán acceso a la sala de audiencia los menores de 14 años, los dementes y los ebrios. Por razones de seguridad, orden, higiene, moralidad o decoro, la Cámara podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria o limitar la admisión a un determinado número.

(Concs. Art. 373 CPP Cba.; Art.396 CPP Mza.-parcial; Art. 332 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 377 - Continuidad y Suspensión.

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse por un término máximo de quince días en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, el Fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al artículo 369.
- 4) Si algún Juez, Fiscal o defensor se enfermase hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. En estos supuestos, el Presidente les informará lo ocurrido en la audiencia.

5) Si el imputado se encontrare en la situación prevista en el inciso anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por los médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de juicios.

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria, que se practicará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 369.

7) Cuando el defensor lo solicite conforme al artículo 391.

8) Si se produjere la situación prevista en el Artículo 139, segundo párrafo. En caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para los comparecientes. El debate continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Si ésta excediere el término máximo antes fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente, bajo pena de nulidad, e iniciarse antes de los sesenta días. Durante el tiempo de suspensión, los Jueces y Fiscales podrán intervenir en otros juicios.

(Concs. Art. 374 CPP Cba.; Art. 397 CPP Mza. -parcial-)

Art. 378 - Asistencia y Representación del Imputado.

El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona sin perjuicio de la vigilancia y cautelas necesarias que se dispongan para impedir su fuga o violencia. Si después del interrogatorio de identificación el imputado deseara alejarse de la audiencia, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos será representado por el defensor. Si su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser compelido por la fuerza pública. Cuando el imputado se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 375 CPP Cba.; Art. 398 CPP Mza.-parcial-; Art. 336 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 379 - Postergación Extraordinaria.

En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate, y en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia.

(Concs. Art. 376 CPP Cba.; Art. 400 CPP Mza. -parcial-)

Art. 380 - Poder de Policía y de Disciplina.

El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con multa de hasta mil pesos (cfr. Ley Nº 23.928) o arresto de hasta 30 días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

La medida será dictada por la Cámara cuando afecte al Fiscal, a las partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos.

(Concs. Art. 377 CPP Cba.; Art. 401 CPP Mza. -parcial-)

Art. 381 - Obligación de los Asistentes.

Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

(Concs. Art. 378 CPP Cba.; Art. 402 CPP Mza. -parcial-; Art. 335 "in fine" CPP C.Rica -parcial-)

Art. 382 - Delito en la Audiencia.

Si en la audiencia se cometiere un delito de acción pública, el Tribunal ordenará levantar un acta y, si correspondiere, la inmediata detención del presunto culpable, el que será puesto a disposición del Fiscal de Instrucción, a quien se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que proceda como corresponda.

(Concs. Art. 379 CPP Cba.)

Art. 383 - Forma de las Resoluciones.

Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta.

(Concs. Art. 380 CPP Cba.)

Sección Segunda. Actos del Debate

Art. 384 - Dirección.

El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

(Concs. Art. 381 CPP Cba.; Art. 406 CPP Mza. -parcial-)

Art. 385 - Apertura.

El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Después de verificar la presencia del Fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.

(Concs. Art. 382 CPP Cba.; Art. 405 CPP Mza. -parcial-)

Art. 386 - Cuestiones Preliminares.

Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, se podrá deducir, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refiere el inciso 2 del Artículo 201. Las cuestiones referentes a la incompetencia por razón de territorio, a la unión o separación de juicio, a la admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad, con igual sanción, salvo que la posibilidad de proponerlas no surja sino en el curso del debate.

(Concs. Art. 383 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza. -parcial-)

Art. 387 - Trámite de los incidentes.

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del proceso.

En la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte, hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el Presidente.

(Concs. Art. 384 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza.-parcial-)

Art. 388 - Declaraciones del Imputado.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el Presidente recibirá declaración al imputado si éste lo solicitase. En caso contrario procederá a recibir las pruebas en el orden indicado en los artículos respectivos de esta sección. Si hubiera manifestado espontáneamente su voluntad de declarar y así lo hiciere e incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante el Fiscal de Instrucción, los Jueces de Menores y de Paz, siempre que se hubieren observado las normas de la investigación. De igual manera se procederá si manifestare su voluntad de no declarar. Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

(Concs. Art. 385 CPP Cba.)

Art. 389 - Declaración de Varios Imputados.

Si los imputados fueren varios, el Presidente podrá alejar de la sala de audiencia a los que no declaren, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

(Concs. Art. 386 CPP Cba.; Art. 410 CPP Mza.-parcial-)

Art. 390 - Facultades del Imputado.

En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas - incluso si antes se hubiere abstenido - siempre que se refieran a su defensa. El Presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere aún, podrá alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

(Concs. Art. 387 CPP Cba.; Art. 411 CPP Mza.-parcial-)

Art. 391 - Ampliación del Requerimiento Fiscal.

El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.

Regirá lo dispuesto por el artículo 369.

El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

(Concs. Art. 388 CPP Cba.; Art. 412 CPP Mza. -parcial-; Art. 347 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 392 - Hecho Diverso.

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.

Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los Artículos 385, 388, 393 y 405, en cuanto corresponda. (Concs. Art. 389 CPP Cba.)

Art. 393 - Recepción de Pruebas.

El Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo. Si el imputado hubiese manifestado espontáneamente su decisión de declarar, éste será el primer acto.

(Concs. Art. 390 CPP Cba.)

Art. 394 - Normas de la Investigación Penal Preparatoria.

En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la investigación penal preparatoria relativas a la recepción de las pruebas.

(Concs. Art. 391 CPP Cba.)

Art. 395 - Dictamen Pericial.

El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formularen.

El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

(Concs. Art. 392 CPP Cba.; Art. 415 CPP Mza.; Art. 350 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 396 - Testigos.

Enseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el artículo 399. La parte que los propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el Presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

(Concs. Art. 393 CPP Cba.; Art. 351 CPP C.Rica -parcial-; Art. 415 CPP Mza.)

Art. 397 - Examen en el Domicilio.

El testigo o el perito que no compareciere por legítimo impedimento podrá ser examinado, en el lugar donde se hallare, por un Vocal. Podrán asistir, además de los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores. En todo caso, el acta que se labre será leída durante el debate.

(Concs. Art. 394 CPP Cba.)

Art. 398 - Elementos de Convicción.

Los elementos de convicción secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos según lo dispuesto por el artículo 267 y a declarar lo que fuere pertinente.

(Concs. Art. 395 CPP Cba.)

Art. 399 - Interrogatorio.

Con la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración.

El Presidente rechazará toda pregunta inadmisibles. La resolución podrá ser recurrida sólo ante la Cámara.
(Concs. Art. 396 CPP Cba.)

Art. 400 - Lectura de Declaraciones Testificales.

Las declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos, bajo pena de nulidad:

- 1) Cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó o hubiese acuerdo entre el Tribunal y las partes.
- 2) A pedido del Ministerio Público o de las partes, si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario para ayudar la memoria del testigo.
- 3) Cuando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar.
- 4) Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.

(Concs. Art. 397 CPP Cba.) fallo de la guarda

***Art. 401 - Lectura de Actas y Documentos.**

El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción.
- 5) Las constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.

(Concs. Art. 398 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 402 - Inspección Judicial.

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el Tribunal podrá disponerla, aún de oficio, y la practicará de acuerdo con el artículo 397.

(Concs. Art. 399 CPP Cba.)

Art. 403 - Nuevas Pruebas.

El Tribunal podrá ordenar, a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes o proceder con arreglo al artículo 254. Las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(Concs. Art. 400 CPP Cba.; Art. 355 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 404 - Falsedades.

Si un testigo, perito o intérprete incurriere en falsedad, se procederá conforme al artículo 382.
(Concs. Art. 401 CPP Cba.; Art. 422 CPP Mza.)

Art. 405 - Discusión Final.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra

- al actor civil,
- al Ministerio Público,
- al querellante particular, y
- a los defensores del imputado y ju8
- del demandado civil,

para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 119. El demandado civil observará lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil. Si intervinieren dos Fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas.

Sólo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar.

Corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones. La omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

A continuación se establecerá el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos.

(Concs. Art. 402 CPP Cba.; Art. 425 y Art. 78 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 3. ACTA DEL DEBATE

Art. 406 - Contenido.

El secretario labrará un acta del debate que deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha de la audiencia, con mención de la hora en que comenzó y terminó, y de las suspensiones dispuestas.
- 2) El nombre y apellido de los jueces, fiscales, querellante particular, defensores y mandatarios.
- 3) Las condiciones personales del imputado y el nombre de las otras partes.
- 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate.
- 5) Las instancias y conclusiones del Ministerio Público y de las partes.

6) Otras menciones prescritas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer y aquéllas que solicitaren el Ministerio Público o las partes.

7) Las firmas de los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios, querellante particular, si lo hubiere, y otros sujetos del proceso que hubieren intervenido, y Secretario, previa lectura.

(Concs. Art. 403 CPP Cba.; Art. 426 CPP Mza. -parcial-)

Art. 407 - Resumen o Versión.

En las causas de prueba compleja, a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, el Secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta.

También podrá ordenarse la grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate.

(Concs. Art. 404 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA

Art. 408 - Deliberación.

Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el Secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377.

(Concs. Art. 405 CPP Cba.; Art. 428 CPP Mza. -parcial-; Art. 360 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 409 - Normas para la Deliberación.

El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al artículo 206. Los Jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio.

Regirá el artículo 406. (Concs. Art. 406 CPP Cba.; Art. 361 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 410 - Reapertura del Debate.

Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.

(Concs. Art. 407 CPP Cba.; Art. 429 CPP Mza. -parcial-)

Art. 411 - Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

1) La mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación.

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado.

4) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5) La firma de los Jueces; pero si uno de los miembros del Tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, ésto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

(Concs. Art. 408 CPP Cba.; Art. 431 CPP Mza. -parcial-; Art. 363 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 412 - Lectura.

Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan.

Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral. Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate.

(Concs. Art. 409 CPP Cba.; Art. 432 CPP Mza. -parcial-)

Art. 413 - Sentencia y Acusación.

En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

(Concs. Art. 410 CPP Cba.; Art. 433 CPP Mza. -parcial-; Art. 365 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 414 - Absolución.

La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente; la aplicación de medidas de seguridad; o la restitución, indemnización o reparación demandada.

(Concs. Art. 411 CPP Cba.; Art. 434 CPP Mza. -parcial-; Art. 366 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 415 - Condena.**

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

*Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Título II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en los artículos 1º, 2º y 3º de la presente.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7222, ART. 5)

*Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 18)

(Concs. Art. 412 CPP Cba.; Art. 435 CPP Mza. -parcial-; Art. 367 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 416 - Nulidad.

La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los Jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 411.

(Concs. Art. 413 CPP Cba.; Art. 436 CPP Mza. -parcial-)

TÍTULO II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

***CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTO CORRECCIONAL**

(NOMINACION DEL CAPITULO 1 SUSTITUIDA POR LEY 8929, ART. 10)

***Art. 417 - Información Sumaria.**

El Ayudante Fiscal, bajo las directivas del Fiscal de Instrucción, practicará una información sumaria que se realizará en el término de quince (15) días, con el objeto de reunir los elementos probatorios que sirvan de base a la acusación fiscal y procederá a efectuar la imputación formal conforme las disposiciones del artículo 271.

Las partes podrán proponer diligencias las que serán producidas en la etapa de plenario, salvo que se trate de actos urgentes o definitivos e irreproducibles.

El Fiscal de Instrucción podrá disponer el archivo de las actuaciones, cuando así correspondiera (artículo 346).

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 66)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 11)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 3. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (Concs. Art. 414 CPP Cba.; Art. 437 y ss. CPP Mza.- Parcial)

***Art. 417 bis - Medidas de Coerción.**

En caso que el imputado estuviere privado de su libertad el término de la Información Sumaria será de diez (10) días desde la imputación formal y se aplicarán los artículos 284 y 345, no así el artículo 348, del presente Código. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 67)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 12)

***Art. 417 ter - Información Sumaria como Investigación Fiscal.**

Vencido el término de la Información Sumaria sin que se hubiere solicitado la audiencia de acusación la causa continuará su trámite conforme las disposiciones de la Investigación Fiscal (Capítulo IV, del Título Primero, del Libro Segundo).

Cuando el acusado estuviere privado de su libertad deberá solicitarse la prisión preventiva (artículo 348) en el término fatal de un (1) día.

También, en caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento, continuando el trámite según las disposiciones de la Investigación Penal Preparatoria.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 68)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 13)

***Art. 417 quáter - Clausura de la Información Sumaria.**

Cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener:

- 1) Individualización de la causa.
- 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo.
- 3) Condiciones personales de las partes.
- 4) Enunciación del hecho y su calificación legal.
- 5) El pedido de citación a las partes.
- 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

El Ministerio Público Fiscal deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación. Luego, deberá remitir el legajo o las actuaciones o, en su caso, el expediente al juzgado o la OGAP

En caso de no haber reunido elementos de convicción, deberá solicitar al Juez el Sobreseimiento, conforme las disposiciones del artículo 351 y siguientes de la presente ley.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 14)

***Art. 417 quinquies - Audiencia de Acusación.**

La audiencia de acusación deberá fijarse dentro del término fatal cinco (5) días.

Abierta la audiencia y formulada la acusación podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado. Si no existiera ningún planteo de oportunidad o este fuese rechazado, la defensa podrá solicitar el control de la detención sobre la legalidad de la misma fundada en alguno de los tres incisos del artículo 293, se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas, salvo las que se establezcan en este Capítulo.

Ofrecida y aceptada la prueba, el Juez solicitará a la OGAP la fecha de audiencia de debate según el artículo 371.

El Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración.

No se podrá condenar al imputado si el Ministerio Público Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 15)

CAPÍTULO 2. JUICIO ABREVIADO

Art. 418 - Procedencia.

Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público manifieste su conformidad.

La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite.

Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer.

Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

Art. 420 - Resolución.

El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio conocido, en audiencia oral.

En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario.

Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

CAPÍTULO 3. JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

SECCIÓN PRIMERA. QUERELLA

Artículo 421- Derecho de querella.

Toda persona con capacidad civil o persona jurídica privada que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el Tribunal de juicio competente y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste".

Art. 422 - Unidad de Representación.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo.

(Concs. Art. 425 CPP Cba.; Art. 452 CPP Mza. -parcial-)

Art. 423 - Acumulación de Causas.

La acumulación de causas por delitos de acción privada se registrá por las disposiciones comunes, pudiendo procederse así cuando se trate de calumnias o injurias recíprocas, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

(Concs. Art. 426 CPP Cba.; Art. 451 CPP Mza. -parcial-; Art. 382 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 424 - Forma y Contenido de la Querella.

La querella será presentada por escrito, con una copia para cada querellado, personalmente o por mandatario especial, y deberán expresar, bajo pena de inadmisibilidad:

1) El nombre, apellido y domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario. Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante,

como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público. (Inc. 1 modificado por Ley 9237)

2) El nombre, apellido y domicilio del querellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.

4) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

5) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:

a) La nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio y hechos sobre los que deberán ser examinados;

b) Cuando la querella verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; c) La copia de la sentencia civil definitiva que declare el divorcio por adulterio, si la querella fuere por ese hecho.

6) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el Secretario.

La querella será rechazada en los casos previstos por el artículo 346, pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción.

(Concs. Art. 427 CPP Cba.; Art. 453 CPP Mza. -parcial-)

Art. 425 - Responsabilidad del Querellante.

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del Tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales.

(Concs. Art. 428 CPP Cba.; Art. 456 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 426 - Renuncia Expresa.

El querellante podrá renunciar en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

(Concs. Art. 429 CPP Cba.; Art. 457 CPP Mza. -parcial-)

Art. 427 - Renuncia Tácita.

Se tendrá por renunciada la acción privada:

1) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las 48 horas de la fecha fijada para aquélla.

2) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

(Concs. Art. 430 CPP Cba.; Art. 459 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 428 - Efectos de la Renuncia. Desestimación de la querella.

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa. Asimismo el tribunal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando el hecho imputado no

constituyera delito. Contra tales resoluciones que desestimen la querella, será procedente el recurso de casación.

(Concs. Art. 431 CPP Cba.; Art. 460 -Art.206 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SEGUNDA. PROCEDIMIENTO

Art. 429 - Audiencia de Conciliación.

Presentada la querella, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso.

(Concs. Art. 432 CPP Cba.; Art. 461 CPP Mza.; Art. 385 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 430 - Investigación Preliminar.

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado a conseguir la documentación.

(Concs. Art. 433 CPP Cba.; Art. 454 CPP Mza. -parcial-)

Art. 431 - Conciliación y Retracción.

Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa.

Si el querellado se retractare en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estimare adecuada.

(Concs. Art. 434 CPP Cba; Art. 462 CPP Mza.; Art. 386 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 432 - Prisión y Embargo.

El Tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurren los requisitos del artículo 293 inciso 2). Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes.

(Concs. Art. 435 CPP Cba.)

Art. 433 - Citación a Juicio.

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 436 CPP Cba; Art. 463 CPP Mza. -parcial-; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 434 - Excepciones.

Durante el término prefijado, el querellado podrá oponer excepciones previas de conformidad al Título II, Capítulo 1, Sección Tercera del Libro Primero.

(Concs. Art. 437 CPP Cba.)

Art. 435 - Fijación de Audiencias.

Vencido el término previsto por el artículo 433 o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para el debate conforme al artículo 371 y el querellante adelantará en su caso los fondos a que se refiere el artículo 374.

(Concs. Art. 438 CPP Cba; Art. 465 CPP Mza. -parcial-)

Art. 436 - Debate.

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento.

(Concs. Art. 439 CPP Cba; Art. 466 CPP Mza.)

Art. 437 - Incomparecencia del Querellado.

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 378 y 379.

(Concs. Art. 440 CPP Cba; Art. 467 CPP Mza.; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 438 - Ejecución.

La sentencia será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

(Concs. Art. 441 CPP Cba; Art. 468 CPP Mza. -parcial-)

Art. 439 - Recursos.

Con respecto a los recursos se aplicarán las normas comunes.

(Concs. Art. 442 CPP Cba; Art. 469 CPP Mza.)

***CAPÍTULO 4.*PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA**

(CAPITULO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 bis - Procedencia. Audiencia de Detención y Acuerdos.**

En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.

Se procurará, en la medida de lo posible, mantener la vestimenta y condiciones fisonómicas del imputado hasta la realización de la audiencia. Si ello no fuere posible, se dejará debidamente registrado por medio de fotografía, o medio digital técnico indubitable, la descripción física y vestimenta que al momento del hecho tenía el o los imputados, objetos de los que se valieron para cometer el delito, individualización de

los testigos, de los objetos involucrados en el ilícito, daños y perjuicios producidos, y cuantos más datos sean considerados de interés por las partes del proceso.

En caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento de flagrancia continuando el trámite mediante investigación Penal Preparatoria.

Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. La instancia del querellante particular sólo podrá formularse hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia con vista a las partes y la resolución será irrecurrible.

Se efectuará la imputación formal (artículo 271 y conc. del Código Procesal Penal), oportunidad que podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado.

Si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 71) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 ter - Procedimiento Directísimo.**

En la misma audiencia, podrán plantear las nulidades y excepciones de acuerdo al artículo 366. Las partes deberán ofrecer las pruebas a rendirse en el debate que se tramitarán según el artículo 368 y fijará la Audiencia de Finalización, en el plazo de dos (2) días hábiles desde la aprehensión, salvo el caso de producción de pruebas pertinentes y útiles que demanden más tiempo, quedando notificadas en ese acto las partes.

Cuando la fecha del debate sea posterior a los días (10) días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 72) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 quater - Audiencia de Finalización.**

Será de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I. Juicio Común.

El Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente. Se concederá a continuación la palabra al imputado para que exprese si desea ratificar o rectificar conforme su declaración en audiencia anterior.

Se recibirán los testimonios y pericias, y se incorporará la prueba instrumental según los acuerdos probatorios al que previamente hubieran arribado. Luego las partes pasarán a alegar en el orden establecido en el artículo 405 de este Código.

El Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad o formulará la acusación y solicitará en su caso pena. El Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 73) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***CAPÍTULO 5. HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA**

(NUMERACION MODIFICADA SEGUN LEY 7692, ART. 2)

Art. 440 - Procedencia.

Toda persona detenida o incomunicada en violación de los arts. 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional Nº 23.098.

En lo pertinente el hábeas data se regirá por las disposiciones contenidas en el presente Título.

(Concs. Art. 474 CPP Mza.)

Art. 441 - Competencia

Será competente para conocer del hábeas corpus cualquier juez letrado, sin distinción de fueros o instancias, del lugar en que se haya efectuado o esté por efectuarse la detención; pero cuando se lo ignore o se dude de él, podrá demandarse ante cualquier juez letrado de la Provincia.

Sin embargo cuando la orden que se considera arbitraria emane de una autoridad judicial, el interesado podrá deducir el recurso sólo ante el tribunal superior de aquélla, dentro del término que tenga para apelar y renunciando a este derecho.

(Concs. Art. 475 CPP Mza.)

Art. 442 - Demanda. Formas.

La demanda podrá ser deducida en forma verbal o escrita, con la mención de los datos imprescindibles, aunque no se conozca el lugar en que se haga efectiva la detención.

(Concs. Art. 476 CPP Mza.)

Art. 443 - Trámite.

Interpuesta la demanda, el juez librará oficio, inmediatamente y en todo caso en el término de una hora contada desde su presentación, a la autoridad que haya ordenado la detención o incomunicación, para que dentro del término de horas que le fije, el cual nunca podrá exceder de doce, presente el detenido e informe de acuerdo con el artículo siguiente.

Cuando el juez prefiera constituirse por si mismo en el lugar de la detención, podrá emitir dicha orden verbalmente, pero de ella se dejará constancia por escrito.

(Concs. Art. 477 CPP Mza.)

Art. 444 - Informe.

En el término fijado, la autoridad requerida presentará al detenido ante el juez o, si no pudiere hacerlo sin peligro para aquel expresará la causa, y le informará:

a) Si la persona a cuyo favor se procede está detenida bajo su poder e incomunicada, o ha dictado contra ella orden de detención, con indicación precisa del lugar, día y hora de la aprehensión, o de la incomunicación, o de la referida orden;

- b) Qué motivos legales le asisten;
- c) Si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en que deberá acompañarla;
- d) Si el detenido hubiere sido puesto a disposición de otra autoridad, a quien, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

(Concs. Art. 478 CPP Mza.)

Art. 445 - Pronunciamiento.

Dentro de las cuarenta y ocho horas a contar desde la deducción del recurso, y sin perjuicio de que practique las diligencias probatorias que estime necesarias, el juez dictará resolución.

Cuando la privación de la libertad haya sido ordenada por autoridad incompetente o la comunicación haya excedido el término constitucional, dispondrá la inmediata libertad del detenido, o que dicha orden no sea cumplida, o que cese la incomunicación.

Cuando el preso haya sido conducido a otra jurisdicción, hará saber al juez de ese lugar la resolución dictada.

Cuando el hábeas corpus tuviere por objeto la protección de la libertad frente a situaciones de desaparición forzada de personas, el Juez deberá establecer las medidas protectoras que sean pertinentes, fijando la autoridad responsable de su cumplimiento y el plazo de ejecución. Si hubiere sospecha fundada de la comisión de un delito, por el hecho de la desaparición, mediante compulsas de las actuaciones promoverá la investigación por el órgano competente.

(Concs. Art. 479 CPP Mza.)

Art. 446 - Actuación de oficio.

Cuando un juez o tribunal competente tenga conocimiento, por prueba suficiente, de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, y pueda temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o sea objeto de perjuicio irreparable antes de ser socorrida con un auto de hábeas corpus, podrá expedirlo a éste de oficio.

(Concs. Art. 480 CPP Mza.)

Art. 447 - Costas.

Las costas del recurso, en el caso de ser otorgado, serán a cargo del culpable de la detención indebida, y del Estado en forma solidaria.

(Concs. Art. 481 CPP Mza.)

Art. 448 - Recurso.

La resolución será apelable con efecto devolutivo dentro de las veinticuatro horas de su notificación, cuando no haga lugar a la demanda.

(Concs. Art. 482 CPP Mza.)

LIBRO CUARTO. RECURSOS

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 449 - Reglas Generales.

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquél pertenecerá a cualquiera de ellas.

(Concs. Art. 443 CPP Cba; Art. 484 CPP Mza. -parcial-; Art. 422 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 450 - Recursos del Ministerio Público.

En los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes.

(Concs. Art. 444 CPP Cba;)

Art. 451 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria cuando le impongan una medida de seguridad; o solamente de las disposiciones que contenga la sentencia sobre la restitución o el resarcimiento de los daños. Los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor, y si fuere menor edad, también por sus padres o tutor aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución.

(Concs. Art. 445 CPP Cba;)

***Art. 452 - Recursos del querellante particular.**

En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses. (Concs. Art. 446 CPP Cba.;

(TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 6)

Art. 453 - Recursos del Actor Civil.

El actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta.

(Concs. Art. 447 CPP Cba;)

Art. 454 - Recursos del Demandado Civil.

El demandado civil podrá recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

(Concs. Art. 448 CPP Cba.)

Art. 455 - Condiciones de Interposición.

Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

(Concs. Art. 449 CPP Cba; Art. 487 CPP Mza. -parcial-)

Art. 456 - Adhesión.

El que tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

(Concs. Art. 450 CPP Cba; Art. 488 CPP Mza. -parcial-; Art. 425 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 457 - Recursos durante el Juicio.

Durante el juicio sólo se podrá deducir reposición, la que será resuelta: en la etapa preliminar, sin trámite; en el debate, sin suspenderlo.

Los demás recursos podrán deducirse solamente junto con la impugnación de la sentencia, siempre que se hubiere hecho expresa reserva inmediatamente después del proveído. Cuando la sentencia sea irrecurrible, también lo será la resolución impugnada.

(Concs. Art. 451 CPP Cba; Art. 489 CPP Mza. -parcial-)

Art. 458 - Efecto Extensivo.

Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al Imputado el recurso del demandado civil, toda vez que éste alegue la inexistencia del hecho, niegue que aquél lo cometió o que constituya delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir.

(Concs. Art. 452 CPP Cba; Art. 485 CPP Mza. -parcial-)

Art. 459 - Efecto Suspensivo.

La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 453 CPP Cba; Art. 429 CPP C.Rica)

Art. 460 - Desistimiento.

El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aún si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior. También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato especial de su representado.

(Concs. Art. 454 CPP Cba; Art. 490 CPP Mza. -parcial-; Art. 430 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 461 - Inadmisibilidad o Rechazo.

El recurso no será concedido por el Tribunal que dictó la resolución impugnada, cuando ésta fuere irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el Tribunal de Alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

(Concs. Art. 455 CPP Cba.; Art. 491 CPP Mza. -parcial-)

Art. 462 - Competencia del Tribunal de Alzada.

El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados.

(Concs. Art. 456 CPP Cba.; Art. 492 CPP Mza. -parcial-; Art. 431 CPP C.Rica)

TÍTULO II. REPOSICIÓN

Art. 463 - Objeto.

El recurso de reposición procederá contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que quien resolvió lo revoque o modifique por contrario imperio.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.; Art. 493 CPP Mza.; Art. 434 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 464 - Trámite.

Este recurso se interpondrá dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente. El Juez lo resolverá por auto en el término de cinco días, previa vista a los interesados.

(Concs. Art. 458 CPP Cba.; Art. 494 CPP Mza.; Art. 435 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 465 - Efectos.

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y éste fuere procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo sólo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto.

(Concs. Art. 459 CPP Cba.; Art. 495 CPP Mza.; Art. 436 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. APELACIÓN

***Art. 466 - Resoluciones Apelables.**

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable.

(Concs. Art. 460 CPP Cba.; Art. 496 CPP Mza.; Art. 437 CPP Costa Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 467 - Interposición y procedimiento.**

Este recurso deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455.

El Juez deberá expedirse sobre la concesión del recurso dentro del término de dos (2) días, notificando a los interesados para que en el plazo de tres (3) días puedan adherir. En las apelaciones se seguirá el procedimiento establecido en el presente Título, salvo que se haya dispuesto uno especial.

Todas las notificaciones se practicarán según el Artículo 177 (Ley N° 8.896).

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 5)

(Concs. Art. 461 CPP. Cba.; Art. 497 CPP. Mza.; Art. 438 CPP. C.Rica -parcial)

***Art. 468 - Emplazamiento.**

Concedido el recurso, el superior, recibidas las actuaciones fijará audiencia oral, en el término de tres (3) días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 6)

(Concs. Art. 462 CPP Cba.; Art. 498 CPP Mza.; Art. 439 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 469 - Elevación de Actuaciones.

Cuando se impugnare la sentencia de sobreseimiento, el expediente será elevado inmediatamente después de la última notificación. Si la apelación se produjere en un incidente, se elevarán sus actuaciones. En los demás casos, sólo se remitirán copias de los actos pertinentes. No obstante, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente principal, por un plazo no mayor de cinco días.

(Concs. Art. 463 CPP Cba.; Art. 499 CPP Mza.)

***Art. 470 - Desistimiento.**

Las partes podrán desistir del recurso dentro del término de un día de notificado de la audiencia. (TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 7)

(Concs. Art. 464 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 471 - Incomparecencia a la audiencia.**

La incomparecencia injustificada a la audiencia implicará el desistimiento del recurso.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 8)

(Concs. Art. 465 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 472 - Audiencia.**

El Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 9)

(Concs. Art. 466 CPP Cba.; Art. 501 CPP Mza.; Art. 442 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 473 - Resolución.**

El Tribunal se pronunciará durante la audiencia en forma inmediata y oral. Podrá hacer cuarto intermedio, pero la resolución deberá dictarse el mismo día. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la causa, o la cantidad de imputados o causas apeladas, tornare imposible hacerlo el mismo día, el Tribunal podrá diferir fundadamente el dictado de la resolución dentro del término de tres días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 10)

(Concs. Art. 467 CPP Cba.; Art. 502 CPP Mza.)

TÍTULO IV. CASACIÓN

CAPÍTULO 1. PROCEDENCIA

Art. 474 - Motivos.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.

(Concs. Art. 468 CPP Cba.; Art. 503 CPP Mza.; Art. 443 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 475 - Resoluciones Recurribles.

Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

(Concs. Art. 469 CPP Cba.; Art. 504 CPP Mza.; Art. 444 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 476 - Recursos del Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá impugnar:

- 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
- 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.
- 3) Las sentencias condenatorias.
- 4) Los autos mencionados en el artículo 475,

(Concs. Art. 470 CPP Cba.; Art. 505 CPP Mza.)

Art. 477 - Recursos del Querellante Particular.-

El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 471 CPP Cba.)

Art. 478 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar:

- 1) Las sentencias condenatorias aún en el aspecto civil.
- 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad o lo condene a la reparación de los daños.
- 3) Los autos que denieguen la extinción de la acción o la pena y la conmutación o suspensión de la pena.

(Concs. Art. 472 CPP Cba.)

Art. 479 - Recursos del Actor y del Demandado Civil.

El actor civil podrá impugnar la sentencia de la Cámara del Crimen o del Juez Correccional de acuerdo con el artículo 453. El demandado civil podrá recurrir en casación de acuerdo con el artículo 454 cuando pueda hacerlo el imputado.

(Concs. Art. 473 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. PROCEDIMIENTO

Art. 480 - Interposición.

El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma de letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo.

El recurrente deberá manifestar si informará oralmente.

(Concs. Art. 474 CPP Cba.; Art. 509 CPP Mza.; Art. 445 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 481 - Proveído.

El Tribunal proveerá lo que corresponda, en el término de tres días, de acuerdo con el artículo 461. Cuando el recurso sea concedido, se procederá conforme a los artículos 468 y 469, elevándose el expediente a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 475 CPP Cba.)

Art. 482 - Trámite.

En cuanto al trámite ante la Suprema Corte de Justicia se aplicarán los artículos 461 segunda parte, 470, 471 primera parte y 472, mas el término fijado por el último, será de diez días.

(Concs. Art. 476 CPP Cba.; Art. 510 CPP Mza.)

Art. 483 - Debate.

Cuando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal.

No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Cuando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la deliberación, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384.

(Concs. Art. 477 CPP Cba.; Art. 514 CPP Mza.)

Art. 484 - Deliberación.

Después de la audiencia, los jueces se reunirán a deliberar conforme al artículo 408, y en cuanto fuere aplicable, se observará el 409. Sin embargo, por la importancia de las cuestiones a resolver o por lo avanzado de la hora, la deliberación podrá ser diferida para otra fecha. El Presidente podrá señalar el

tiempo de estudio para cada miembro del Tribunal. La sentencia se dictará dentro de un plazo de veinte días conforme, en lo pertinente, con los artículos 411 y 412, excepto la segunda parte del último.

(Concs. Art. 478 CPP Cba.; Art. 515 CPP Mza.)

Art. 485 - Casación por la Violación de la Ley.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables; pero procederá de acuerdo con el artículo siguiente, aún de oficio, cuando no se hubiera observado el inciso 3 del artículo 411.

(Concs. Art. 479 CPP Cba.; Art. 516 CPP Mza.)

Art. 486 - Anulación Total o Parcial.

En el caso del artículo 474 inciso 2, el Tribunal anulará la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 203 y 204.

(Concs. Art. 480 CPP Cba.; Art. 517 CPP Mza.)

Art. 487 - Rectificación.

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero deberán ser corregidos.

También lo serán los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

(Concs. Art. 481 CPP Cba.; Art. 518 CPP Mza.)

Art. 488 - Libertad del Imputado.

Cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado, la Suprema Corte de Justicia ordenará directamente la libertad.

(Concs. Art. 482 CPP Cba.; Art. 519 CPP Mza.)

TÍTULO V. INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 489 - Procedencia.

El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 475, cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. (Concs. Art. 483 CPP Cba.; Art. 520 CPP Mza.).

Art. 490 - Procedimiento.

Serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia.

(Concs. Art. 484 CPP Cba.; Art. 521 CPP Mza.)

TÍTULO VI. QUEJA

Art. 491 - Procedencia.

Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro Tribunal, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

(Concs. Art. 485 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 492 - Trámite.

La queja se interpondrá por escrito en el término de dos o cuatro días - según que los Tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad - desde que la resolución denegatoria fue notificada. Cuando sea necesario, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente, que devolverá sin tardanza.

(Concs. Art. 486 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 493 - Resolución.

El Tribunal se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente.

(Concs. Art. 487 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 494 - Efectos.

Si la queja fuere desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al Tribunal de origen. En caso contrario se concederá el recurso y se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda.

(Concs. Art. 488 CPP Cba.; Art. 524 CPP Mza.)

TÍTULO VII. REVISIÓN

Art. 495 - Motivos.

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme:

- 1) Si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2) Cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3) Si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4) Cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5) Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso.
- 6) Si el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado.

(Concs. Art. 489 CPP Cba.; Art. 525 CPP Mza.)

Art. 496 - Límite.

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en el inciso 4, última parte, o en el inciso 5 del artículo anterior.

(Concs. Art. 490 CPP Cba.; Art. 526 CPP Mza.)

Art. 497 - Quienes podrán deducirlo.

Podrán deducir el recurso de revisión:

1) El condenado; si fuere incapaz, sus representantes legales; si hubiera fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

2) El Ministerio Público.

(Concs. Art. 491 CPP Cba.)

Art. 498 - Interposición.

El recurso de revisión será interpuesto personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. En los casos que prevén los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 495, bajo la misma sanción, se acompañará copia de la sentencia pertinente, pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el recurrente deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate.

(Concs. Art. 492 CPP Cba.; Art. 528 CPP Mza.)

Art. 499 - Procedimiento.

En el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables. El Tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que crea útiles, y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

(Concs. Art. 493 CPP Cba.; Art. 529 CPP Mza.)

Art. 500 - Efecto Suspensivo.

Durante la tramitación del recurso, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella.

(Concs. Art. 494 CPP Cba.; Art. 530 CPP Mza.)

Art. 501 - Sentencia.

Al pronunciarse en el recurso, la Suprema Corte de Justicia podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva.

(Concs. Art. 495 CPP Cba.; Art. 531 CPP Mza.)

Art. 502 - Nuevo Juicio.

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

(Concs. Art. 496 CPP Cba.; Art. 532 CPP Mza.)

Art. 503 - Efectos Civiles.

Si la sentencia fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización; de esta última, sólo cuando haya sido citado el actor civil.

(Concs. Art. 497 CPP Cba.; Art. 533 CPP Mza.)

Art. 504 - Reparación.

La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos.

(Concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.)

Art. 505 - Revisión Desestimada.

El rechazo de un recurso de revisión no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos.

Las costas de un recurso desechado serán siempre a cargo de la parte que lo interponga.

(Concs. Art. 499 CPP Cba.; Art. 535 CPP Mza.)

LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 506 - Juez de Ejecución.

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratara de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores:

- 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad.
- 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional.
- 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil.
- 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad.
- 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna.
- 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria.

(Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.).

Art. 507 - Competencia y Legislación aplicable.

Para la ejecución de la pena se aplicarán específicamente, las normas contenidas en la ley Nº 24660, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza por la Ley Nº 6513, en lo que resulta materia de legislación local, su Decreto Reglamentario, o las que los reemplacen. Las resoluciones del Juez de Ejecución penal serán apelables por ante el Tribunal que dictó la sentencia.

(Concs. Art. 500 CPP Cba. -parcial-; Ley Nº 6513; Ley Nº 24.660)

Art. 508 - Delegación.

El Juez de Ejecución a los fines del cumplimiento de sus funciones podrá comisionar a un funcionario judicial para que practique alguna diligencia necesaria.

(Concs. Art. 501 CPP Cba.)

***Art. 509 - Incidente de Ejecución.**

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia.

(Concs. Art. 502 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8971, ART. 32)

Art. 510 - Sentencia Absolutoria.

Cuando la sentencia sea absolutoria, el Juez o Tribunal que la dictó dispondrá inmediatamente la libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas, aunque aquella fuere recurrible.

(Concs. Art. 503 CPP Cba.-parcial-)

TÍTULO II. EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS

***Art. 511 - Cómputos.**

El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 1)

(Concs. Art. 504 CPP Cba.)

***Art. 511 bis-**

Podrá interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de los recursos y autos emitidos por el Juez de Ejecución, relativo a la imposición de sanciones, otorgamiento de salidas transitorias, traslados de jurisdicción, denegatoria de libertad asistida, medidas alternativas a la detención, prisión discontinua o régimen de semidetención y toda otra resolución que implique una alteración sustantiva de la pena.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 7370, ART. 2)

***Art. 512 - Pena privativa de la libertad.**

Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia,

estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 7)

Art. 513 - Suspensión.

La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará de inmediato.

(Concs. Art. 506 CPP Cba.)

Art. 514 - Enfermos.

Si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, el condenado sufre enfermedad que no pudiese ser atendida en la cárcel, el Juez de Ejecución dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que esto importare grave peligro de fuga.

(Concs. Art. 507 CPP Cba.-parcial-)

Art. 515 - Inhabilitación Accesorio.

Cuando la pena privativa de la libertad importe la accesoria que establece el artículo 12 del Código Penal, el Juez o Tribunal de Sentencia ordenará las inscripciones y anotaciones que correspondan.

(Concs. Art. 508 CPP Cba.-parcial-)

Art. 516 - Inhabilitación Absoluta.

La parte resolutive de la sentencia que condene a inhabilitación absoluta se hará publicar en el Boletín Oficial, y se cursarán las comunicaciones a la Junta Electoral y a las Reparticiones o Poderes que correspondan, según el caso.

(Concs. Art. 509 CPP Cba.)

Art. 517 - Inhabilitación Especial.

Cuando la sentencia imponga inhabilitación especial, se harán las comunicaciones pertinentes.

(Concs. Art. 510 CPP Cba.)

Artículo 518.- Pena de multa.

La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quede firme. Vencido este término, el Juez o Tribunal de Sentencia procederá con arreglo a los artículos 21° y 22° del Código Penal. La sentencia se ejecutará a iniciativa del Ministerio Público, por el procedimiento que a ese fin establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

En el caso que el Juez o tribunal de sentencia disponga el pago de la multa en forma fraccionada, en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.401, fijarán el monto y la fecha de los pagos. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, se producirá el vencimiento de pleno derecho de la obligación respectiva a la fecha en que quede firme la sentencia" (Ley 9237 -11-08-20)

Art. 519 - Prisión Domiciliaria.

La prisión domiciliaria, se cumplirá bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria provincial, a la que se impartirán las órdenes necesarias. Del mismo modo se procederá en el caso del artículo 298. Si el detenido quebrantare la medida, el Juez ordenará su captura para su cumplimiento en el establecimiento que corresponda. Rige también para el presente artículo la excepción prevista en el Art. 298, bajo las mismas modalidades y requisitos.

(Concs. Art. 512 CPP Cba.)

Art. 520 - Revocación de Condena Condicional.

La revocación de la condena de ejecución condicional será dispuesta por el Juez o Tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas; en este caso, podrá ordenarla el que determine la pena única.

(Concs. Art. 513 CPP Cba.)

Art. 521 - Modificación de la Pena Impuesta.

Cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna o en virtud de otra razón legal, el Juez o Tribunal de Sentencia aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público. El incidente se tramitará conforme al artículo 509 aunque la cuestión fuere provocada de oficio.

(Concs. Art. 514 CPP Cba.-parcial-)

CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 522 - Solicitud.

La solicitud de libertad condicional podrá ser formulada por el condenado o por su defensor. Está será tramitada por intermedio del organismo administrativo competente a los efectos de la confección de los informes exigidos por el Art. 28 de la Ley N° 24660.

(Concs. Art. 515 CPP Cba.)

Art. 523 - Cómputo y Antecedentes.

Presentada la instancia, el Juez de Ejecución requerirá informe del Secretario sobre el tiempo de condena cumplido por el solicitante y sus antecedentes. En caso necesario se librará oficio al Registro Nacional de Reincidencia y los exhortos pertinentes.

(Concs. Art. 516 CPP Cba.)

Art. 524 - Informe y Dictamen.

La solicitud de libertad condicional deberá ser acompañada de un informe sobre el tiempo cumplido de condena y lo previsto por el artículo 13 de Código Penal, y del dictamen sobre la calificación de concepto (artículo 101, Ley Penitenciaria Nacional), producido por el organismo administrativo competente. En caso de omisión de estos recaudos, el Juez deberá requerirlos antes de resolver respecto a la solicitud. A tal efecto fijará un plazo de hasta cinco días.

(Concs. Art. 517 CPP Cba.)

***Art. 525 - Procedimiento.**

En cuanto al trámite, resolución y recursos se procederá de conformidad al Artículo 509. Cuando la Libertad Condicional fuere acordada, en el auto se fijarán las condiciones que establece el Art. 13 del Código Penal y el liberado deberá prometer que las cumplirá fielmente, en el acto de la notificación. El Secretario le entregará una copia de la resolución, la que deberá conservar y presentar a la autoridad encargada de vigilarlo, toda vez que le sea requerida. En todos los casos de denegación o la revocación de la libertad condicional corresponderá recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 3)

(Concs. Art. 518 CPP Cba.)

Art. 526 - Supervisión. Patronato.

La supervisión del liberado condicional se implementará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24660. A dicho organismo se le comunicará la libertad otorgada y en su caso, la denegatoria, remitiéndole copia del auto respectivo.

(Concs. Art. 519 CPP Cba.-parcial-)

Art. 527 - Incumplimiento.

La revocatoria de la libertad condicional podrá efectuarse de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del Patronato. En todo caso, el libertado será oído y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescrita por el artículo 509. Si el Juez lo estimare necesario, el liberado será detenido preventivamente hasta que se resuelva la incidencia.

(Concs. Art. 520 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y TUTELARES

Art. 528 - Vigilancia.

La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez o Tribunal de Sentencia, cuyas decisiones serán obedecidas por las autoridades del establecimiento en que la misma se cumpla.

(Concs. Art. 521 CPP Cba.)

Art. 529 - Instrucciones.

Cuando disponga la ejecución de una medida de seguridad, el Juez o Tribunal impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, incluso a requerimiento de la autoridad administrativa. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.

(Concs. Art. 522 CPP Cba.)

Art. 530 - Internación de Anormales.

El Juez ordenará especialmente la observación psiquiátrica del sujeto, cuando disponga la aplicación de la medida que prevé el artículo 34 inciso 1º del Código Penal.

(Concs. Art. 523 CPP Cba.)

Art. 531 - Colocación de Menores.

Cuando se hubiere dispuesto la colocación privada de un menor, el encargado de su cuidado o la autoridad del establecimiento en que se encuentre, tendrá la obligación de facilitar la vigilancia dispuesta por la ley 6354.

(Concs. Art. 524 CPP Cba.)

Art. 532 - Cesación.

Para ordenar la cesación de una medida de seguridad o tutelar, el Juez o Tribunal deberá oír al Ministerio Público, al interesado, o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela, y en su caso, conforme a lo dispuesto por la ley 6354. Además, en los casos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, deberá requerirse el informe técnico oficial del establecimiento en que la medida se cumpla y el dictamen por lo menos, de dos peritos.

(Concs. Art. 525 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. RESTITUCIÓN Y REHABILITACIÓN

Art. 533 - Solicitud y Competencia.

Cuando se cumplan las condiciones prescritas por el artículo 20 ter del Código Penal, el condenado a inhabilitación absoluta o relativa podrá solicitar al Tribunal que la ejecutó, personalmente o mediante un abogado defensor, que se lo restituya en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, o su rehabilitación. Con el escrito deberá presentar copia auténtica de la sentencia respectiva y ofrecer una prueba de dichas condiciones, bajo pena de inadmisibilidad.

(Concs. Art. 526 CPP Cba.)

Art. 534 - Prueba e Instrucción.

Además de ordenar la inmediata recepción de la prueba ofrecida, el Tribunal podrá ordenar la instrucción que estime oportuna. A tales fines podrá actuar un integrante de la Cámara, librarse las comunicaciones necesarias o encomendarse información a la Policía Judicial.

(Concs. Art. 527 CPP Cba.)

Art. 535 - Vista y Decisión.

Practicada la investigación y previa vista al Ministerio Público y al interesado, el Tribunal resolverá por auto. Contra éste sólo procederá el recurso de casación.

(Concs. Art. 528 CPP Cba.)

Art. 536 - Efectos.

Si la restitución de la rehabilitación fuere concedida, se harán las anotaciones y comunicaciones necesarias para dejar sin efecto la sanción.

(Concs. Art. 529 CPP Cba.)

TÍTULO III. EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENAS PECUNIARIAS

Art. 537 - Competencia.

La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños, o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda con arreglo al Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 530 CPP Cba.; Art. 561 CPP Mza.; Art. 464 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 538 - Sanciones Disciplinarias.

El Ministerio Público ejecutará las penas pecuniarias de carácter disciplinario, a favor del Fisco, en la forma establecida por el artículo anterior.

(Concs. Art. 531 CPP Cba.; Art. 562 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. GARANTÍAS

Art. 539 - Embargo o Inhibición de Oficio.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, las costas y la indemnización civil.

Si el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, se podrá disponer la inhibición.

(Concs. Art. 532 CPP Cba.; Art. 563 CPP Mza.)

Art. 540 - Embargo a Pedido de Parte.

El actor civil podrá pedir el embargo de bienes del imputado y del demandado civil, a fin de garantizar el pago de la indemnización que pudiera ordenarse.

(Concs. Art. 533 CPP Cba.; Art. 564 CPP Mza.)

Art. 541 - Otras Medidas Cautelares.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal o del actor civil, podrá ordenar cualquier otra medida cautelar.

(Concs. Art. 534 CPP Cba.)

Art. 542 - Remisión.

Serán de aplicación las normas del Código Procesal Civil, en todo lo referente a embargos y otras medidas cautelares, salvo lo dispuesto en este Capítulo.

(Concs. Art. 535 CPP Cba.)

Art. 543 - Depósito.

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el Tribunal designará depositario, quien los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito; en ella se hará constar que se le hizo saber la responsabilidad que contrae.

Los fondos públicos, los títulos de crédito, el dinero y las alhajas se depositarán en un Banco Oficial.

(Concs. Art. 536 CPP Cba.; Art. 567 CPP Mza.)

Art. 544 - Administración.

Si la naturaleza de los bienes embargados lo hiciere necesario se dispondrá la forma de su administración y la intervención que en ella tendrá el embargado.

Podrá nombrarse interventor o administrador.

(Concs. Art. 537 CPP Cba.; Art. 568 CPP Mza.)

Art. 545 - Honorarios.

El depositario, el interventor y el administrador tendrán derecho a cobrar honorarios, que regulará el Tribunal.

(Concs. Art. 538 CPP Cba.; Art. 569 CPP Mza.)

Art. 546 - Variación del Embargo.

Durante el curso de proceso el embargo podrá ser levantado, reducido o ampliado.

(Concs. Art. 539 CPP Cba.; Art. 570 CPP Mza.)

Art. 547 - Actuaciones.

Las diligencias sobre embargos y fianzas se tramitarán por cuerda separada.

(Concs. Art. 540 CPP Cba.; Art. 571 CPP Mza.)

Art. 548 - Tercerías.

Las tercerías serán sustanciadas en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 541 CPP Cba.; Art. 572 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. RESTITUCIÓN Y OBJETOS SECUESTRADOS

Art. 549 - Objetos Confiscados.

Cuando la sentencia importe confiscación de algún objeto, a éste se le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

(Concs. Art. 542 CPP Cba.)

Art. 550 - Cosas Secuestradas. Restitución y Retención.

Las cosas secuestradas que no estuvieren sujetas a confiscación, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

(Concs. Art. 543 CPP Cba.; Art. 466 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 551 - Controversia.

Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 544 CPP Cba.; Art. 467 CPP C.Rica)

Art. 552 - Objetos no Reclamados.

Cuando después de un año de concluido el proceso, nadie acreditare tener derecho a la restitución de cosas que no se secuestraron en poder de persona determinada, se procederá en la forma establecida en la Ley vigente que rija la materia.

(Concs. Art. 545 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA DECLARATIVA DE FALSEDAD

Art. 553 - Rectificación.

Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado.

(Concs. Art. 546 CPP Cba.)

Art. 554 - Documento Archivado.

Si el instrumento hubiera sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.)

Art. 555 - Documento Protocolizado.

Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo.

(Concs. Art. 548 CPP Cba.)

TÍTULO IV. COSTAS

Art. 556 - Anticipación.

En todo proceso, el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gozaren del beneficio de pobreza.

(Concs. Art. 549 CPP Cba.; Art. 265 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 557 - Resolución Necesaria.

Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden.

(Concs. Art. 550 CPP Cba.; Art. 266 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 558 - Imposición.

Las costas serán a cargo del condenado, pero el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar. En materia civil, las costas se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 551 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 559 - Personas Exentas.

Los representantes del Ministerio Público, los abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria en que incurran.

(Concs. Art. 552 CPP Cba.; Art. 268 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 560 - Contenido.

Las costas consistirán en el pago de los impuestos que correspondan, de los honorarios devengados en el proceso y de los otros gastos que se hubieran originado durante su tramitación.

(Concs. Art. 553 CPP Cba.; Art. 269 CPP Costa Rica -parcial-)

***Art. 561 - Distribución de Costas.**

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el Tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil. Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el artículo 29 y lo establecido en el Libro Primero, Título V, Capítulo 2 del presente Código. Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.

(Concs. Art. 554 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 562 - Vigencia.

Esta ley empezará a regir a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 565, lo que entrará en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados.

***Art. 562 bis- Facultades transitorias del Juez de Instrucción.-**

Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el Art. 29 y lo establecido en el Libro I, Título V, Capítulo 2, del presente Código.- Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.- (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 562 ter- Interpretaciones.**

A los fines interpretativos de todas las disposiciones existentes y las que entrarán en vigencia de la Ley 6.730 (T.O. Ley 7.007), en razón de la convergencia de las disposiciones que se van a producir, referidas unas a la instrucción formal (procedimiento mixto) y a otras, de la investigación penal preparatoria (procedimiento acusatorio), establézcanse las siguientes equivalencias terminológicas generales y específicamente las que de inmediato se determinan: A) En los artículos 388 y 400, dónde dice «Fiscal de Instrucción», se entenderá también «Juez de Instrucción»; B) En el artículo 394, normas de investigación penal preparatoria o instrucción formal indistintamente; C) En el artículo 410, se agrega luego de «Si el

tribunal estimare durante la deliberación absolutamente necesario, ampliar las pruebas incorporadas», la expresión «con el consentimiento de las partes. (TEXTO INCORPORADO LEY 7116, ART. 9)

Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código.

***Art. 564 - DEROGADO POR LEY 8929, ART. 17.**

***Art. 565 - Procesos pendientes.**

*1) Las causas ya distribuidas con motivo de la vigencia de la Ley 6.730 y las propias, que continúen con el procedimiento de la Ley 1.908, seguirán sustanciándose en los Juzgados en que se encuentren, hasta llegar a las resoluciones definitivas.

(TEXTO MODIFICADO SEGUN LEY 7933, ART. 1) 2) Los procesos que estuvieren radicados en las Fiscalías de Instrucción continuarán, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, cuando ésta entre en su plena vigencia.

3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las Cámaras del Crimen, continuarán tramitándose ante ellas.

4) Las causas que estuvieren tramitando en las Fiscalías Correccionales continuarán sustanciándose en éstas hasta su conclusión.

(Concs. Art. 556 CPP Cba.)

Art. 566 - Validez de los Actos Anteriores.

Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservarán plena validez.

(Concs. Art. 557 CPP Cba.)

Art. 567 - Derogaciones

Derogáanse las leyes, decretos-leyes; decretos o reglamentos que se opongan a lo normado por el presente Código.

Art. 568 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ley 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES

<http://www.saij.gov.ar/9106-local-mendoza-establecen-juicio-jurados-populares-lpm0009106-2018-10-16/123456789-0abc-defg-601-9000mvoorpyel?>

MENDOZA, 16 de Octubre de 2018

Boletín Oficial, 19 de Octubre de 2018. **Modificado por Ley 9387**

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

CAPÍTULO I

Artículo 1º- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer el Juicio por Jurados Populares en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Nacional (**ARTÍCULO 24.-** El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.)

Artículo 2º- Competencia. Modificado por Ley 9387

Los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los Artículos 80, 124, 165 y 79 en función del Artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

Cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que se sorteen jurados de una circunscripción judicial de la Provincia distinta a aquella en que ocurrió el hecho delictivo. Esta prórroga de la jurisdicción, es independiente del lugar físico donde se realice el debate, el que será decidido por el Juez en audiencia y previo a escuchar la opinión de las partes."

[Modificaciones] VER. Ley 9387:

Artículo 3º- Dirección del proceso.

Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena.

En la misma oportunidad la OGAP fijará la audiencia preliminar prevista en el Capítulo Primero "Actos preliminares" del Título I "Juicio Común" del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en cuanto le sea aplicable.

Es inadmisibles la acción civil en el procedimiento de Juicios por Jurados Populares y la aplicación de los Principios de Oportunidad.

No es aplicable el artículo 46 del Código Procesal Penal.

Artículo 4º- Carga pública.

La función de jurado constituye una carga pública de los ciudadanos. Para a ser miembro de un jurado popular se deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. Tener una residencia permanente no inferior a cuatro (4) años en el territorio provincial y de dos (2) años en el territorio de la jurisdicción del Tribunal Colegiado competente.
- b) Tener entre 18 y 75 años de edad.
- c) Comprender el idioma nacional, saber leer y escribir.
- d) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;

Art. 5º- No podrán ser miembros del Jurado:

- a) El Gobernador, el Vicegobernador y los Intendentes.
- b) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, los funcionarios con rango equivalente o superior a Director de los Municipios o Entes Públicos Autárquicos o Descentralizados. El Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno, Contador y Tesorero de la Provincia y otros funcionarios de igual rango; el Presidente y los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia.
- c) Los integrantes de los órganos legislativos en el orden nacional, provincial o municipal.
- d) Los Magistrados, funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provincial, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y Pujilar y Procurador Penitenciario.
- e) Los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal y los peritos inscriptos.
- f) Los integrantes, en servicio activo o retirados, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario.
- g) Los Ministros de un culto.
- h) Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral.
- i) Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario.
- j) Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa;
- k) Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite.
- l) Las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados.
- m) Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.
- n) Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función.
- ñ) Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 6º- Integración.

El Jurado Popular se integrará con doce (12) miembros titulares y cuatro (4) suplentes.

La composición del Jurado Popular debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del género masculino. El género de los candidatos será determinado por su Documento Nacional de Identidad.

Artículo 7º- Lista de jurados.

La Junta Electoral de la Provincia deberá elaborar anualmente el listado principal de los ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 4° y que no tengan las incompatibilidades e inhabilidades previstas en el artículo 5º, discriminados por circunscripción judicial y por sexo.

Artículo 8º- Exhibición de registros y observaciones.

La Junta Electoral de la Provincia deberá publicar el listado principal de Jurados en la página Web del Poder Judicial. Las observaciones al mismo por errores materiales, incumplimiento de alguno de los requisitos legales por parte de los ciudadanos incorporados en la nómina o por la omisión de incluir a quienes se encuentren en condiciones de ser incorporados, pueden ser presentadas, por cualquier ciudadano ante la Junta Electoral de la Provincia dentro de los diez (10) días contados a partir de la última publicación en el Boletín Oficial, quien deberá resolver en el término de diez (10) días sobre la inclusión o exclusión en el listado principal de Jurados.

Vigencia: El listado principal de Jurados tendrá una vigencia anual contado a partir de su publicación en la página Web del Poder Judicial.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES

Artículo 9º- Sorteo.

Dentro de los quince (15) días hábiles previos al inicio del debate el Juez procederá en audiencia, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, al sorteo de cuarenta y ocho (48) ciudadanos, de entre el listado principal de Jurados. El sorteo deberá respetar la composición equivalente a la establecida en el artículo 6º de la presente Ley.

En la misma audiencia, inmediatamente después del sorteo y en el mismo acto, la OGAP fijará una nueva audiencia a celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles de la fecha estipulada para el inicio del debate, para tratar las recusaciones y excusaciones, quedando notificadas las partes en dicho acto.

La notificación que realice la OGAP a los ciudadanos que hayan resultado sorteados, respecto de la convocatoria a la nueva audiencia, deberá contener la fecha, hora y lugar exacto del inicio del juicio oral y público, la transcripción de las normas relativas a los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de la función, las causales de excusación y las sanciones previstas para el caso de inasistencia o falseamiento de la verdad.

El Fiscal, los abogados de las partes y el personal judicial deberán guardar secreto sobre la identidad de los ciudadanos sorteados para integrar el Jurado.

Artículo 10- Audiencia de selección del Jurado.

El día fijado para la audiencia de selección de los integrantes del Jurado, el Juez, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, deberá verificar los datos personales de los cuarenta y ocho (48) sorteados, el cumplimiento de los requisitos del artículo 4º, la inexistencia de incompatibilidades e inhabilidades contempladas en el artículo 5º, debiendo indagar sobre los inconvenientes prácticos que eventualmente pudieren tener para cumplir su función de Jurado.

Asimismo, el Juez deberá informar a los integrantes del Jurado sobre la naturaleza de la función que les ha sido asignada, quiénes son las personas interesadas a los fines de la excusación, los deberes y

responsabilidades que dicha función implica y las penalidades previstas para los delitos vinculados con tal desempeño.

Art. 11- Excusaciones y recusaciones.

Las excusaciones y recusaciones que correspondan al Jurado se registrarán por el Código Procesal Penal de la Provincia cuando le sean aplicables y por las específicas de esta Ley.

Artículo 12- Excusación.

Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez. La excusación debe plantearse hasta la audiencia de selección de Jurado, salvo que se produzca con posterioridad una nueva causal. En este último caso, puede formularse hasta antes del inicio del debate. El Juez debe resolver sobre la admisión o denegatoria de la excusación en el mismo acto.

Artículo 13- Recusación con causa.

Con posterioridad al planteo de excusaciones, en la misma audiencia, las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto. Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados. Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes.

Si se toma conocimiento de una causal de recusación con posterioridad al inicio del debate y hasta la emisión del veredicto, debe plantearse inmediatamente. Acto seguido, se suspende el curso del debate hasta que el Juez resuelva la cuestión luego de escuchar brevemente las manifestaciones de los interesados. Si se hace lugar a la recusación, el Jurado es reemplazado por el suplente que siga en orden de turno y si hubiera ocultado maliciosamente en el interrogatorio preliminar la causal de recusación que motivó su apartamiento, se deben remitir testimonios al Fiscal competente para que se investigue el hecho.

Artículo 14- Recusación sin causa.

La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. A fin de analizar la recusación sin causa de los Jurados, las partes pueden interrogar a los candidatos a Jurados sobre sus circunstancias personales, el conocimiento que tengan del hecho, de los imputados y de las víctimas. Los integrantes de la lista prestarán juramento de decir la verdad y tendrán las mismas obligaciones que los testigos. Estos trámites

se realizan ante el Juez. Cuando un Jurado fuere recusado sin causa deberá ser excluido y no podrá actuar en el Juicio.

Art. 15. Sorteo. Modificado por Ley 9387

Resueltas las excusaciones y/o recusaciones y depurada la lista, se procederá al sorteo público de los doce (12) Jurados titulares y de los cuatro (4) suplentes, pudiendo en su caso los demás ser incorporados también como suplentes. Si el Jurado sorteado fuera apartado se debe designar sucesivamente a los restantes de la lista, según el orden del sorteo. Finalmente, se advertirá a los seleccionados de la importancia y deberes de sus cargos, que desde ese momento no deberán emitir criterios sobre la causa ni tomar contacto con las partes y se les comunicará en ese acto que quedan afectados al Juicio."

Artículo 16- Aspectos prácticos.

Una vez finalizada la audiencia de selección de los Jurados, se debe notificar a cada Jurado sobre el régimen de remuneraciones previsto en la normativa y se debe disponer las medidas necesarias para comunicar a sus respectivos empleadores sobre su condición de tales y las previsiones legales al respecto. En caso de resultar integrantes del Jurado personas con discapacidad, el Juez debe arbitrar todas las medidas necesarias para facilitar su participación en igualdad de condiciones.

Artículo 17- Deber de informar y de reserva.

Los Jurados deben comunicar al Juez los cambios de domicilio y cualquier circunstancia sobreviniente que los inhabilite para integrar el Jurado o que constituya una causal de excusación o de incompatibilidad de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. El ciudadano que hubiera participado de la audiencia de selección de Jurados contemplada en el artículo 10 y que resulte excluido de la conformación definitiva del jurado, debe guardar reserva y no puede dar a conocer la identidad de los otros convocados.

Artículo 18- Retribución y gastos.

Las personas que se desempeñen como Jurado deberán ser retribuidos por el Estado Provincial de la siguiente manera: 1) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador. En este último supuesto se establecerá compensación económica al empleador. Los empleadores deben conservar a sus dependientes en sus cargos mientras estén en actividad como integrantes del Jurado y mantener sus privilegios laborales como si hubieran prestado servicios durante ese lapso. 2) En caso de trabajadores independientes, desempleados o que no trabajan podrán ser retribuidos a su pedido.

En el caso de corresponder, los gastos de transporte y manutención diaria deben ser resarcidos inmediatamente de acuerdo con los valores y procedimientos que se fijen. Cuando corresponda el Juez debe arbitrar las medidas necesarias para disponer el alojamiento de los miembros del Jurado a cargo del erario público.

Artículo 19- Previsión presupuestaria y administración de los recursos.

El Poder Ejecutivo Provincial debe establecer por vía reglamentaria el alcance de lo que debe ser abonado en concepto de retribución y viáticos. El proyecto de Ley de Presupuesto Provincial que anualmente remita el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial, debe prever dentro de la Jurisdicción correspondiente al Poder Judicial, los recursos para hacer frente a los gastos derivados de la vigencia de esta Ley.

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE

Artículo 20- Inicio.

Constituido el Juez el día y hora indicado, los Jurados titulares y los suplentes convocados se incorporarán en la oportunidad prevista para el juicio, prestando juramento solemne ante el Juez. Los Jurados se pondrán de pie y el Juez pronunciará la siguiente fórmula: "¿Prometéis en vuestra calidad de Jurados, en nombre del Pueblo, a examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia de Mendoza y las Leyes vigentes?", a lo cual se responderá con un "Sí, prometo". Realizada la promesa el Juez declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder. Los Jurados suplentes deberán estar presentes en todo el desarrollo del debate hasta el momento en que el Jurado titular se retire para las deliberaciones.

Artículo 21- Incomunicación.

Si las circunstancias del caso lo requirieran, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede fundadamente disponer que los integrantes titulares del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros, debiendo disponer el alojamiento en lugares adecuados y los viáticos correspondientes.

Artículo 22- Inmunidades.

A partir del juramento, ningún Jurado titular o suplente puede ser molestado en el desempeño de su función, ni privado de su libertad, salvo el caso de flagrante delito o cuando exista orden emanada de Magistrado competente. Ante estos últimos supuestos, se debe proceder conforme lo previsto para el caso de recusación con causa.

Artículo 23- Facultades del Juez.

El debate deberá ser dirigido por el Juez, quien debe ejercer todas las facultades de dirección, policía y disciplina. El Juez no puede ordenar la producción o incorporación de prueba que no fuera ofrecida o solicitada por las partes, ni interrogar al acusado, a los testigos, peritos e intérpretes.

Artículo 24- Reglas para el debate.

Se aplicarán en el debate público con Jurados las reglas establecidas en la presente Ley y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Procesal Penal. Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción. Los intervinientes se dispondrán del siguiente modo en la sala de audiencia: el Juez se ubicará en el estrado del centro; quienes depongan se sentarán al costado del Juez y de cara al público; el Jurado se ubicará en el mismo costado de los que depongan de modo que puedan ver y escuchar claramente a quienes deberán deponer; las partes se ubicarán de espaldas al público y de frente al Juez. Toda vez que las partes deseen acercarse al estrado durante el interrogatorio deberán pedir autorización al Juez. Las audiencias de debate se realizarán con estricta continuidad, en jornada completa y en días consecutivos, inclusive en los que fueran inhábiles. Asimismo se deberán evitar cualquier tipo de demora o dilación.

Artículo 25- Alegatos de apertura.

Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Artículo 26- Examen de testigos y peritos. Objeciones.

Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo.

Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte.

El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.

"Artículo 27º- Excepciones a la oralidad. Modificado por Ley 9387

Sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción. La lectura o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Las declaraciones previas de los testigos fallecidos, sólo podrán ser introducidas al debate mediante declaración del funcionario que la tomó. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al acusado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización del Juez. Solo deben valorarse los dichos vertidos en la audiencia."

Artículo 28- Prohibición.

Los integrantes del Jurado no pueden conocer las constancias recogidas fuera de la audiencia, excepto las mencionadas en el artículo 27 que el Juez autorice incorporar al debate, ni interrogar a los imputados, los testigos, peritos o intérpretes.

Artículo 29- Actuaciones fuera de la sala de audiencias.

Si fuera necesaria la realización de actos fuera de la sala de audiencias, se deben arbitrar los medios para la concurrencia de los Jurados. Si por la naturaleza del acto esto no es posible, se debe proceder a la filmación de la totalidad de lo ocurrido con el fin de su posterior exhibición a los jurados en la sala de audiencias al continuarse con el debate oral y público.

Artículo 30- Nulidad del debate.

La violación a cualquiera de las reglas previstas en los artículos 25, 27 y 28, provocará la nulidad del debate.

Artículo 31- Conclusiones.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes deben presentar oralmente sus conclusiones frente al Jurado Popular, proponiendo su veredicto. El representante del Ministerio Público Fiscal, los otros acusadores y el defensor del imputado, pueden replicar al sólo efecto de refutar argumentos adversos a su postura que antes no hubieran sido discutidos. La última palabra siempre le corresponde al defensor del imputado.

CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"Artículo 32º- Instrucciones para la deliberación y el veredicto. Modificado por Ley 9387

El Juez, una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara. Previamente, debe invitar a los Jurados a retirarse de la sala y debe celebrar una audiencia que será registrada en forma audiovisual, bajo pena de nulidad, con los letrados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones. Tras ello, debe decidir en forma definitiva cuáles serán las instrucciones a impartir a los Jurados. Sin perjuicio de la videoregistración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo. Los letrados pueden anticipar sus propuestas de instrucción presentándolas por escrito, entregando copia al Juez y los letrados de las demás partes."

"Artículo 33º- Lectura de las instrucciones. Deliberación y veredicto. Modificado por Ley 9387

Una vez finalizada la audiencia prevista en el Artículo 32, el Juez debe hacer ingresar al Jurado a la sala de debate y le debe impartir las instrucciones, acompañándose asimismo una copia de ellas por escrito. Inmediatamente después, el jurado pasa a deliberar en sesión secreta y continua, en la que deberán estar sus doce (12) miembros, estando vedado el ingreso a cualquier otra persona, bajo pena de nulidad.

Si durante la deliberación los integrantes del Jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo deben hacer saber al Juez por escrito y se repetirá el procedimiento previsto en el Artículo 32 para su posterior aclaración.

Durante la deliberación los jurados podrán requerir la exhibición de la prueba material y la reproducción de la prueba que consideren necesaria y que se haya rendido durante el debate.

Los Jurados deberán elegir un presidente por simple mayoría de votos, bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación, la que deberá ser secreta.

El veredicto deberá versar, respecto del hecho y en relación a cada acusado, sobre las siguientes cuestiones:

a) ¿Está probado o no el hecho que dio motivo a la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

El Jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito menor comprendido en el hecho penal que se le imputa bajo las instrucciones impartidas por el Juez.

El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero en casos excepcionales, a solicitud del presidente del Colegio de Jurados el Juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso."

Artículo 34-

El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura.

Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado.

Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado.

Artículo 35- Obligación de denunciar presiones para el voto.

Los miembros del Jurado tienen la obligación de denunciar ante el Juez por escrito, sobre cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

Artículo 36- Reserva de opinión.

Los miembros del Jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidándose de que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al Jurado.

Artículo 37- Pronunciamiento del veredicto.

Cuando se haya logrado el veredicto, una vez presente la totalidad del Jurado y todas las partes en la sala de audiencia el Juez preguntará en voz alta al Presidente del Jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo le ordenará que lo lea en voz alta. De acuerdo al veredicto, se debe declarar en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados. Con el pronunciamiento del veredicto finaliza la intervención de los jurados.

"Artículo 38º- Determinación de la pena Modificado por Ley 9387.

a) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que tenga prevista la pena de prisión perpetua, inmediatamente después, el Juez impondrá la pena.

b) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que no tenga prevista la pena de prisión perpetua, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente.

c) El procedimiento descrito en el inciso anterior se aplicará también para los casos en que se haya decidido la no culpabilidad del acusado en razón de su inimputabilidad, y corresponda aplicar medidas de seguridad conforme al Artículo 34 del Código Penal de la Nación.

La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes.

Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena.

En caso de que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.

d) Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno."

Artículo 39- Sentencia.

La sentencia debe ajustarse a las reglas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. Rigen supletoriamente y en la medida en que sean compatibles las causales de nulidad previstas para la sentencia en los procedimientos sin Jurados.

Artículo 40- Pedido de absolución.

Cuando por razones fundadas en el curso del debate, aún antes de la etapa de alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal decide solicitar la absolución, debe cesar de inmediato la función de los jurados y el Juez debe dictar sentencia absolutoria. Si el pedido de absolución no es por todos los hechos investigados o a favor de todos los imputados, se debe plantear al momento de los alegatos y vincula al Juez en la medida requerida.

Artículo 41- Recursos contra el fallo.

Son aplicables las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias o las que impongan medidas de seguridad que prevé el Código Procesal Penal. Sin embargo constituirán motivos específicos para su interposición: a) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros; b) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión; d) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 42- Desobediencia.

Las personas designadas para integrar un Jurado, que se nieguen a comparecer al debate se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Artículo 43- Mal desempeño.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo falten a los deberes y obligaciones previstos en la presente Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 248 del Código Penal

Artículo 44- Violación de secretos.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo violen los deberes de reserva establecidos en esta Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 157 del Código Penal

Artículo 45-

Todas las audiencias previstas en la presente Ley y el debate, deberán ser registradas informáticamente mediante video grabación.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 46- Difusión y capacitación.

El Poder Judicial, debe organizar en toda la Provincia cursos de capacitación para los ciudadanos, a fin de promover el conocimiento y adecuado cumplimiento de la función judicial. La asistencia a dichos cursos no constituye un requisito para ejercer la función de Jurado, pero acredita idoneidad suficiente para cumplirla. La Dirección General de Escuelas, podrá incorporar el conocimiento y capacitación sobre la presente Ley, en sus contenidos curriculares.

Artículo 47- Aplicación supletoria.

Son de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia.

Artículo 48- Reglamentación.

El Poder Ejecutivo debe reglamentar dentro del plazo de seis (6) meses, computados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la implementación del Juicio por Jurados Populares.

Artículo 49-

La presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate.

Artículo 50-

Se conformará una Comisión de Seguimiento, que tendrá por fin analizar y revisar la implementación en la Provincia del Juicio por Jurados y la posibilidad de ampliar la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en la presente.

La misma, se constituirá al año de entrar en vigencia la presente Ley y deberá emitir opinión al respecto dentro de los dos (2) años posteriores a la constitución. La mencionada Comisión, estará compuesta por siete (7) miembros: uno (1) designado por la Suprema Corte de Justicia, uno (1) por el Poder Ejecutivo de

la Provincia, uno (1) por el Ministerio Público Fiscal, uno (1) por el Colegio de Abogados y Procuradores, uno (1) por la Asociación de Magistrados, y dos (2) Legisladores a propuesta de ambas Cámaras.

Artículo 51- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

LAURA G. MONTERO - NESTOR PARES - ANDREA JULIANA LARA - MARIA CAROLINA LETRY

Ley 26485. LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES.

Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales

Ver Antecedentes Normativos

Sancionada: Marzo 11 de 2009.

Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009. **Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023.**

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY DE PROTECCION INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS AMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES

TITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1º — Ambito de aplicación. Orden Público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente.

ARTICULO 2º — Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;
- f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

h) Los derechos y bienes digitales de las mujeres, así como su desenvolvimiento y permanencia en el espacio digital. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

ARTICULO 3º — Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;

b) La salud, la educación y la seguridad personal;

c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;

d) Que se respete su dignidad, reputación e identidad, incluso en los espacios digitales. (Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;

g) Recibir información y asesoramiento adecuado;

h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;

i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;

j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;

k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

ARTICULO 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

(Artículo sustituido por art. 3° de la **Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023**)

ARTICULO 5º — Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

6.- Política: La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones. (Inciso incorporado por art. 3° de la **Ley N° 27.533 B.O. 20/12/2019**)

ARTICULO 6º — Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas

en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

g) Violencia contra las mujeres en el espacio público: aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)

h) Violencia pública-política contra las mujeres: aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros. (Inciso incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.533 B.O. 20/12/2019)

i) Violencia digital o telemática: toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar.

En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace, o acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación, o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley.

(Inciso i) incorporado por art. 4° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

TITULO II. POLITICAS PUBLICAS

CAPITULO I

PRECEPTOS RECTORES

ARTICULO 7º — Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

CAPITULO II

ORGANISMO COMPETENTE

ARTICULO 8º — Organismo competente. El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley.

ARTICULO 9º — Facultades. El Consejo Nacional de la Mujer, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá:

- a) Elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres;

- b) Articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la presente ley, con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia;
- c) Convocar y constituir un Consejo Consultivo ad honórem, integrado por representantes de las organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico especializadas, que tendrá por función asesorar y recomendar sobre los cursos de acción y estrategias adecuadas para enfrentar el fenómeno de la violencia;
- d) Promover en las distintas jurisdicciones la creación de servicios de asistencia integral y gratuita para las mujeres que padecen violencia;
- e) Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación;
- f) Generar los estándares mínimos de detección precoz y de abordaje de las situaciones de violencia;
- g) Desarrollar programas de asistencia técnica para las distintas jurisdicciones destinados a la prevención, detección precoz, asistencia temprana, reeducación, derivación interinstitucional y a la elaboración de protocolos para los distintos niveles de atención;
- h) Brindar capacitación permanente, formación y entrenamiento en la temática a los funcionarios públicos en el ámbito de la Justicia, las fuerzas policiales y de seguridad, y las Fuerzas Armadas, las que se impartirán de manera integral y específica según cada área de actuación, a partir de un módulo básico respetando los principios consagrados en esta ley;
- i) Coordinar con los ámbitos legislativos la formación especializada, en materia de violencia contra las mujeres e implementación de los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres destinada a legisladores/as y asesores/as;
- j) Impulsar a través de los colegios y asociaciones de profesionales la capacitación del personal de los servicios que, en razón de sus actividades, puedan llegar a intervenir en casos de violencia contra las mujeres;
- k) Diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por todos los Ministerios y Secretarías competentes, independientemente de los que determine cada área a los fines específicos, y acordados en el marco de los Consejos Federales con competencia en la materia;

- l) Desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados —como mínimo— por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la mujer que padece violencia y el hombre que la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta. Se deberá asegurar la reserva en relación con la identidad de las mujeres que padecen violencias;
- m) Coordinar con el Poder Judicial los criterios para la selección de datos, modalidad de Registro e indicadores que lo integren que obren en ambos poderes, independientemente de los que defina cada uno a los fines que le son propios;
- n) Analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y resultados de las investigaciones a fin de monitorear y adecuar las políticas públicas a través del Observatorio de la Violencia Contra las Mujeres;
- ñ) Diseñar y publicar una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones, que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa;
- o) Implementar un servicio multisoporte, telefónico y digital gratuito y accesible, en forma articulada con las provincias, a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen, incluida la modalidad de ‘violencia contra las mujeres en el espacio público’ conocida como ‘acoso callejero’.

La información recabada por las denuncias efectuadas a este servicio debe ser recopilada y sistematizada por la autoridad de aplicación a fin de elaborar estadísticas confiables para la prevención y erradicación de las diversas modalidades de violencia contra las mujeres.

(Inciso o) sustituido por art. 5° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

- p) Establecer y mantener un Registro de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia en coordinación con las jurisdicciones y celebrar convenios para el desarrollo de actividades preventivas, de control y ejecución de medidas de asistencia a las mujeres que padecen violencia y la rehabilitación de los hombres que la ejercen;
- q) Promover campañas de sensibilización y concientización sobre la violencia contra las mujeres informando sobre los derechos, recursos y servicios que el Estado garantiza e instalando la condena social a toda forma de violencia contra las mujeres. Publicar materiales de difusión para apoyar las acciones de las distintas áreas;
- r) Celebrar convenios con organismos públicos y/o instituciones privadas para toda acción conducente al cumplimiento de los alcances y objetivos de la presente ley;
- s) Convocar y poner en funciones al Consejo, Consultivo de organizaciones de la sociedad civil y redactar su reglamento de funcionamiento interno;

t) Promover en el ámbito comunitario el trabajo en red, con el fin de desarrollar modelos de atención y prevención interinstitucional e intersectorial, que unifiquen y coordinen los esfuerzos de las instituciones públicas y privadas;

u) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

CAPITULO III

LINEAMIENTOS BASICOS PARA LAS POLITICAS ESTATALES

ARTICULO 10. — Fortalecimiento técnico a las jurisdicciones. El Estado nacional deberá promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar:

1.- Campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

2.- Unidades especializadas en violencia en el primer nivel de atención que trabajen en la prevención y asistencia de hechos de violencia, las que coordinarán sus actividades según los estándares, protocolos y registros establecidos y tendrán un abordaje integral de las siguientes actividades:

a) Asistencia interdisciplinaria para la evaluación, diagnóstico y definición de estrategias de abordaje;

b) Grupos de ayuda mutua;

c) Asistencia y patrocinio jurídico gratuito;

d) Atención coordinada con el área de salud que brinde asistencia médica y psicológica;

e) Atención coordinada con el área social que brinde los programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano.

3.- Programas de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer.

4.- Programas de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia de autovalimiento de la mujer.

5.- Centros de día para el fortalecimiento integral de la mujer.

6.- Instancias de tránsito para la atención y albergue de las mujeres que padecen violencia en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique una amenaza inminente a su integridad física,

psicológica o sexual, o la de su grupo familiar, debiendo estar orientada a la integración inmediata a su medio familiar, social y laboral.

7.- Programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia.

ARTICULO 11. — Políticas públicas. El Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia:

1.- Jefatura de Gabinete de Ministros – Secretaría de Gabinete y Gestión Pública:

a) Impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la administración pública nacional y garanticen la efectiva vigencia de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público;

b) Promover, a través del Consejo Federal de la Función Pública, acciones semejantes en el ámbito de las jurisdicciones provinciales.

2.- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación:

a) Promover políticas tendientes a la revinculación social y laboral de las mujeres que padecen violencia;

b) Elaborar criterios de priorización para la inclusión de las mujeres en los planes y programas de fortalecimiento y promoción social y en los planes de asistencia a la emergencia;

c) Promover líneas de capacitación y financiamiento para la inserción laboral de las mujeres en procesos de asistencia por violencia;

d) Apoyar proyectos para la creación y puesta en marcha de programas para atención de la emergencia destinadas a mujeres y al cuidado de sus hijas/os;

e) Celebrar convenios con entidades bancarias a fin de facilitarles líneas de créditos a mujeres que padecen violencia;

f) Coordinar con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los criterios de atención que se fijen para las niñas y adolescentes que padecen violencia.

3.- Ministerio de Educación de la Nación:

a) Articular en el marco del Consejo Federal de Educación la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, el ejercicio de la tolerancia, el respeto y la libertad en las

relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos, la democratización de las relaciones familiares y la vigencia de los derechos humanos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos y de la “violencia contra las mujeres en el espacio público” conocida como “acoso callejero”; (Inciso sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)

b) Promover medidas para que se incluya en los planes de formación docente la detección precoz de la violencia contra las mujeres;

c) Recomendar medidas para prever la escolarización inmediata de las/os niñas/os y adolescentes que se vean afectadas/os, por un cambio de residencia derivada de una situación de violencia, hasta que se sustancie la exclusión del agresor del hogar;

d) Promover la incorporación de la temática de la violencia contra las mujeres en las currículas terciarias y universitarias, tanto en los niveles de grado como de post grado;

e) Promover la revisión y actualización de los libros de texto y materiales didácticos con la finalidad de eliminar los estereotipos de género y los criterios discriminatorios, fomentando la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y varones;

f) Promover programas de alfabetización digital, buenas prácticas en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y de identificación de las violencias digitales, en las clases de educación sexual integral como en el resto de los contenidos en el ámbito educativo y en la formación docente. (Inciso sustituido por art. 6° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

g) Las medidas anteriormente propuestas se promoverán en el ámbito del Consejo Federal de Educación. (Inciso incorporado por art. 7° de la **Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023**)

4.- Ministerio de Salud de la Nación:

a) Incorporar la problemática de la violencia contra las mujeres en los programas de salud integral de la mujer;

b) Promover la discusión y adopción de los instrumentos aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación en materia de violencia contra las mujeres en el ámbito del Consejo Federal de Salud;

c) Diseñar protocolos específicos de detección precoz y atención de todo tipo y modalidad de violencia contra las mujeres, prioritariamente en las áreas de atención primaria de salud, emergencias, clínica médica, obstetricia, ginecología, traumatología, pediatría, y salud mental, que especifiquen el procedimiento a seguir para la atención de las mujeres que padecen violencia, resguardando la intimidad de la persona asistida y promoviendo una práctica médica no sexista. El procedimiento deberá asegurar la obtención y preservación de elementos probatorios;

- d) Promover servicios o programas con equipos interdisciplinarios especializados en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres y/o de quienes la ejerzan con la utilización de protocolos de atención y derivación;
- e) Impulsar la aplicación de un Registro de las personas asistidas por situaciones de violencia contra las mujeres, que coordine los niveles nacionales y provinciales.
- f) Asegurar la asistencia especializada de los/as hijos/as testigos de violencia;
- g) Promover acuerdos con la Superintendencia de Servicios de Salud u organismo que en un futuro lo reemplace, a fin de incluir programas de prevención y asistencia de la violencia contra las mujeres, en los establecimientos médico-asistenciales, de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga, los que deberán incorporarlas en su cobertura en igualdad de condiciones con otras prestaciones;
- h) Alentar la formación continua del personal médico sanitario con el fin de mejorar el diagnóstico precoz y la atención médica con perspectiva de género;
- i) Promover, en el marco del Consejo Federal de Salud, el seguimiento y monitoreo de la aplicación de los protocolos. Para ello, los organismos nacionales y provinciales podrán celebrar convenios con instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

5.- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación:

5.1. Secretaría de Justicia:

- a) Promover políticas para facilitar el acceso de las mujeres a la Justicia mediante la puesta en marcha y el fortalecimiento de centros de información y asesoramiento jurídico. **(Inciso sustituido por art. 3° del Decreto N° 744/2021 B.O. 29/10/2021. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL)**
- b) Promover la aplicación de convenios con Colegios Profesionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil para brindar asistencia jurídica especializada y gratuita;
- c) Promover la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia;
- d) Promover la articulación y cooperación entre las distintas instancias judiciales involucradas a fin de mejorar la eficacia de las medidas judiciales;
- e) Promover la elaboración de un protocolo de recepción de denuncias de violencia contra las mujeres a efectos de evitar la judicialización innecesaria de aquellos casos que requieran de otro tipo de abordaje;

- f) Propiciar instancias de intercambio y articulación con la Corte Suprema de Justicia de la Nación para incentivar en los distintos niveles del Poder Judicial la capacitación específica referida al tema;
- g) Alentar la conformación de espacios de formación específica para profesionales del derecho;
- h) Fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como de la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos, difundiendo periódicamente los resultados;
- i) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

5.2. Secretaría de Seguridad:

- a) Fomentar en las fuerzas policiales y de seguridad, el desarrollo de servicios interdisciplinarios que brinden apoyo a las mujeres que padecen violencia para optimizar su atención, derivación a otros servicios y cumplimiento de disposiciones judiciales;
- b) Elaborar en el ámbito del Consejo de Seguridad Interior, los procedimientos básicos para el diseño de protocolos específicos para las fuerzas policial y de seguridad a fin de brindar las respuestas adecuadas para evitar la revictimización, facilitar la debida atención, asistencia y protección policial a las mujeres que acudan a presentar denuncias en sede policial;
- c) Promover la articulación de las fuerzas policial y de seguridad que intervengan en la atención de la violencia contra las mujeres con las instituciones gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil;
- d) Sensibilizar y capacitar a las fuerzas policial y de seguridad en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;
- e) Incluir en los programas de formación de las fuerzas policial y de seguridad asignaturas y/o contenidos curriculares específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y en especial sobre violencia con perspectiva de género.
- f) Instar a las fuerzas policiales y de seguridad a actuar en protección de las mujeres víctimas de violencia de género cuando la violencia ocurre en el espacio público o de acceso público, incluida la modalidad de “violencia contra las mujeres en los espacios públicos” conocida como “acoso callejero”. (Inciso incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)

5.3. Secretaría de Derechos Humanos e Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI):

a) Promover la inclusión de la problemática de la violencia contra las mujeres en todos los programas y acciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y del INADI, en articulación con el Consejo Federal de Derechos Humanos.

6.- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación:

a) Desarrollar programas de sensibilización, capacitación e incentivos a empresas y sindicatos para eliminar la violencia laboral contra las mujeres y promover la igualdad de derechos, oportunidades y trato en el ámbito laboral, debiendo respetar el principio de no discriminación en:

1. El acceso al puesto de trabajo, en materia de convocatoria y selección;
2. La carrera profesional, en materia de promoción y formación;
3. La permanencia en el puesto de trabajo;
4. El derecho a una igual remuneración por igual tarea o función.

b) Promover, a través de programas específicos la prevención del acoso sexual contra las mujeres en el ámbito de empresas y sindicatos;

c) Promover políticas tendientes a la formación e inclusión laboral de mujeres que padecen violencia;

d) Promover el respeto de los derechos laborales de las mujeres que padecen violencia, en particular cuando deban ausentarse de su puesto de trabajo a fin de dar cumplimiento a prescripciones profesionales, tanto administrativas como las emanadas de las decisiones judiciales.

7.- Ministerio de Defensa de la Nación:

a) Adecuar las normativas, códigos y prácticas internas de las Fuerzas Armadas a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres;

b) Impulsar programas y/o medidas de acción positiva tendientes a erradicar patrones de discriminación en perjuicio de las mujeres en las Fuerzas Armadas para el ingreso, promoción y permanencia en las mismas;

c) Sensibilizar a los distintos niveles jerárquicos en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;

d) Incluir en los programas de formación asignaturas y/o contenidos específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y la violencia con perspectiva de género.

8.- Secretaría de Medios de Comunicación de la Nación:

- a) Impulsar desde el Sistema Nacional de Medios la difusión de mensajes y campañas permanentes de sensibilización y concientización dirigida a la población en general y en particular a las mujeres sobre el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencias;
- b) Promover en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género;
- c) Brindar capacitación a profesionales de los medios masivos de comunicación en violencia contra las mujeres;
- d) Alentar la eliminación del sexismo en la información;
- e) Promover, como un tema de responsabilidad social empresaria, la difusión de campañas publicitarias para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

CAPITULO IV

OBSERVATORIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

ARTICULO 12. — Creación. Créase el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 13. — Misión. El Observatorio tendrá por misión el desarrollo de un sistema de información permanente que brinde insumos para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 14. — Funciones. Serán funciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres:

- a) Recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres;
- b) Impulsar el desarrollo de estudios e investigaciones sobre la evolución, prevalencia, tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, sus consecuencias y efectos, identificando aquellos factores sociales, culturales, económicos y políticos que de alguna manera estén asociados o puedan constituir causal de violencia;
- c) Incorporar los resultados de sus investigaciones y estudios en los informes que el Estado nacional eleve a los organismos regionales e internacionales en materia de violencia contra las mujeres;

- d) Celebrar convenios de cooperación con organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, con la finalidad de articular interdisciplinariamente el desarrollo de estudios e investigaciones;
- e) Crear una red de información y difundir a la ciudadanía los datos relevados, estudios y actividades del Observatorio, mediante una página web propia o vinculada al portal del Consejo Nacional de la Mujer. Crear y mantener una base documental actualizada permanentemente y abierta a la ciudadanía;
- f) Examinar las buenas prácticas en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y las experiencias innovadoras en la materia y difundirlas a los fines de ser adoptadas por aquellos organismos e instituciones nacionales, provinciales o municipales que lo consideren;
- g) Articular acciones con organismos gubernamentales con competencia en materia de derechos humanos de las mujeres a los fines de monitorear la implementación de políticas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, para evaluar su impacto y elaborar propuestas de actuaciones o reformas;
- h) Fomentar y promover la organización y celebración periódica de debates públicos, con participación de centros de investigación, instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y representantes de organismos públicos y privados, nacionales e internacionales con competencia en la materia, fomentando el intercambio de experiencias e identificando temas y problemas relevantes para la agenda pública;
- i) Brindar capacitación, asesoramiento y apoyo técnico a organismos públicos y privados para la puesta en marcha de los Registros y los protocolos;
- j) Articular las acciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres con otros Observatorios que existan a nivel provincial, nacional e internacional;
- k) Publicar el informe anual sobre las actividades desarrolladas, el que deberá contener información sobre los estudios e investigaciones realizadas y propuestas de reformas institucionales o normativas. El mismo será difundido a la ciudadanía y elevado a las autoridades con competencia en la materia para que adopten las medidas que corresponda.

ARTICULO 15. — Integración. El Observatorio de la Violencia contra las Mujeres estará integrado por:

- a) Una persona designada por la Presidencia del Consejo Nacional de la Mujer, quien ejercerá la Dirección del Observatorio, debiendo tener acreditada formación en investigación social y derechos humanos;
- b) Un equipo interdisciplinario idóneo en la materia.

TITULO III. PROCEDIMIENTOS

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 16. — Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A la gratuidad de toda diligencia e instancia en el curso de las actuaciones judiciales, y al acceso a los recursos públicos disponibles para la producción de prueba, en particular para la realización de pericias informáticas y al patrocinio jurídico preferentemente especializado. (Inciso sustituido por art. 8° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)
- b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva;
- c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;
- d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;
- e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley;
- f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;
- g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;
- h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;
- i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;
- j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género;
- k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.
- l) Al resguardo diligente y expeditivo de la evidencia en soportes digitales por cuerpos de investigación especializados u organismos públicos correspondientes. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

ARTICULO 17. — Procedimientos Administrativos. Las jurisdicciones locales podrán fijar los procedimientos previos o posteriores a la instancia judicial para el cumplimiento de esta ley, la que será aplicada por los municipios, comunas, comisiones de fomento, juntas, delegaciones de los Consejos Provinciales de la Mujer o áreas descentralizadas, juzgados de paz u organismos que estimen convenientes.

ARTICULO 18. — Denuncia. Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO

ARTICULO 19. — Ambito de aplicación. Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley.

ARTICULO 20. — Características del procedimiento. El procedimiento será gratuito y sumarísimo.

ARTICULO 21. — Presentación de la denuncia. La presentación de la denuncia por violencia contra las mujeres podrá efectuarse ante cualquier juez/jueza de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita.

Se guardará reserva de identidad de la persona denunciante.

ARTICULO 22. — Competencia. Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate.

Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.

ARTICULO 23. — Exposición policial. En el supuesto que al concurrir a un servicio policial sólo se labrase exposición y de ella surgiere la posible existencia de violencia contra la mujer, corresponderá remitirla a la autoridad judicial competente dentro de las VEINTICUATRO (24) horas.

ARTICULO 24. — Personas que pueden efectuar la denuncia. Las denuncias podrán ser efectuadas:

a) Por la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna;

b) La niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;

c) Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla;

d) En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24) horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público.

e) La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

ARTICULO 25. — Asistencia protectora. En toda instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora ad honórem, siempre que la mujer que padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma.

ARTICULO 26. — Medidas preventivas urgentes.

a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5º y 6º de la presente ley:

a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia;

a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer, tanto en el espacio analógico como en el digital. (Apartado sustituido por art. 10 de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos;

a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión;

a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres;

a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer;

a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer.

a.8. Ordenar la prohibición de contacto del presunto agresor hacia la mujer que padece violencia por intermedio de cualquier tecnología de la información y la comunicación, aplicación de mensajería instantánea o canal de comunicación digital. **(Apartado incorporado por art. 11 de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)**

a.9. Ordenar por auto fundado, a las empresas de plataformas digitales, redes sociales, o páginas electrónicas, de manera escrita o electrónica la supresión de contenidos que constituyan un ejercicio de la violencia digital o telemática definida en la presente ley, debiendo identificarse en la orden la URL específica del contenido cuya remoción se ordena. A los fines de notificación de la medida del presente inciso se podrá aplicar el artículo 122 de la ley 19.550.

La autoridad interviniente en el caso deberá solicitar a las empresas de plataformas digitales, redes sociales, o páginas electrónicas, el aseguramiento de los datos informáticos relativos al tráfico, a los abonados y contenido del material suprimido, que obren en su poder o estén bajo su control, para las acciones de fondo que correspondan, durante un plazo de noventa (90) días que podrá renovarse una única vez por idéntico plazo a pedido de la parte interesada. Se deberá ordenar mantener en secreto la ejecución de dicho procedimiento mientras dure la orden de aseguramiento.

La autoridad podrá, a requerimiento de parte y únicamente para la investigación de las acciones de fondo que correspondan, solicitar a las requeridas que revelen los datos informáticos de abonados que obren en su poder o estén bajo su control e igualmente los relativos al tráfico y al contenido del material suprimido mediante auto fundado de acuerdo a los mecanismos de cooperación interna y/o procedimientos previstos en el marco de las normas y tratados sobre cooperación internacional vigentes.

(Apartado a.9. incorporado por art. 12 de la Ley N° 27736 B.O. 23/10/2023)

b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes:

b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente;

b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma;

b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor;

b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales;

b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia;

b.6. En caso que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas;

b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/ as;

b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno;

b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

ARTICULO 27. — Facultades del/la juez/a. El/ la juez/a podrá dictar más de una medida a la vez, determinando la duración de las mismas de acuerdo a las circunstancias del caso, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado.

ARTICULO 28. — Audiencia. El/la juez/a interviniente fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad, dentro de CUARENTA Y OCHO (48) horas de ordenadas las medidas del artículo 26, o si no se adoptara ninguna de ellas, desde el momento que tomó conocimiento de la denuncia.

El presunto agresor estará obligado a comparecer bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública.

En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, y ordenará las medidas que estime pertinentes.

Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.

ARTICULO 29. — Informes. Siempre que fuere posible el/la juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre.

Dicho informe será remitido en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26.

El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen.

También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 30. — Prueba, principios y medidas. El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.

ARTICULO 31. — Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

ARTICULO 32. — Sanciones. Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el/la juez/a podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras.

Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la Juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones:

- a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido;
- b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor;
- c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas.

Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal.

ARTICULO 33. — Apelación. Las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, serán apelables dentro del plazo de TRES (3) días hábiles.

La apelación contra resoluciones que concedan medidas preventivas urgentes se concederá en relación y con efecto devolutivo.

La apelación contra resoluciones que dispongan la interrupción o el cese de tales medidas se concederá en relación y con efecto suspensivo.

ARTICULO 34. — Seguimiento. Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el/la juez/a deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación.

ARTICULO 35. — Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.

ARTICULO 36. — Obligaciones de los/as funcionarios/ as. Los/as funcionarios/as policiales, judiciales, agentes sanitarios, y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas, tienen la obligación de informar sobre:

- a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención;
- b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso;
- c) Cómo preservar las evidencias.

ARTICULO 37. — Registros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará registros sociodemográficos de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en esta ley, especificando, como mínimo, edad, estado civil, profesión u ocupación de la mujer que padece violencia, así como del agresor; vínculo con el agresor, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, así como las sanciones impuestas al agresor.

Los juzgados que intervienen en los casos de violencia previstos en esta ley deberán remitir anualmente la información pertinente para dicho registro.

El acceso a los registros requiere motivos fundados y previa autorización judicial, garantizando la confidencialidad de la identidad de las partes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborará estadísticas de acceso público que permitan conocer, como mínimo, las características de quienes ejercen o padecen violencia y sus modalidades, vínculo entre las partes, tipo de medidas adoptadas y sus resultados, y tipo y cantidad de sanciones aplicadas.

ARTICULO 38. — Colaboración de organizaciones públicas o privadas. El/la juez/a podrán solicitar o aceptar en carácter de amicus curiae la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres.

ARTICULO 39. — Exención de cargas. Las actuaciones fundadas en la presente ley estarán exentas del pago de sellado, tasas, depósitos y cualquier otro impuesto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 68 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación en materia de costas.

ARTICULO 40. — Normas supletorias. Serán de aplicación supletoria los regímenes procesales que correspondan, según los tipos y modalidades de violencia denunciados.

TITULO IV

DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 41. — En ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes.

ARTICULO 42. — La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la presente ley.

ARTICULO 43. — Las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional.

ARTICULO 44. — La ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Nación.

ARTICULO 45. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS ONCE DIAS DEL MES DE MARZO DEL AÑO DOS MIL NUEVE.

— REGISTRADO BAJO EL N° 26.485 —

JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

Antecedentes Normativos:

- Artículo 4° sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.533 B.O. 20/12/2019;

- Artículo 9° inciso o), sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019.

Ley 27372. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS

Disposiciones generales.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS VÍCTIMAS DE DELITOS

Capítulo I. Disposiciones generales

ARTÍCULO 1°- Las disposiciones de esta ley son de orden público.

ARTÍCULO 2°- Se considera víctima:

- a) A la persona ofendida directamente por el delito;
- b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Capítulo II. Principios rectores

ARTÍCULO 3°- El objeto de esta ley es:

- a) Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales;
- b) Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los

mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados;

c) Establecer recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito.

ARTÍCULO 4º- La actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios:

a) Rápida intervención: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia;

b) Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas;

c) **No revictimización:** la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles.

Capítulo III. Derechos de la víctima

ARTÍCULO 5º- La víctima tendrá los siguientes derechos:

a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta;

b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;

c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación;

d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes;

e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes;

f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;

g) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible;

- h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales;
- i) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado;
- j) A aportar información y pruebas durante la investigación;
- k) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;
- l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada;
- m) A solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante;
- n) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores;
- ñ) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia;
- o) Al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos. Esta enumeración no es taxativa y no será entendida como negación de otros derechos no enumerados.

ARTÍCULO 6°- Cuando la víctima presente situaciones de vulnerabilidad, entre otras causas, en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, o cualquier otra análoga, las autoridades deberán dispensarle atención especializada. Se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos:

- a) Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratase de una persona con discapacidad;
- b) Si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito.

ARTÍCULO 7°- La autoridad que reciba la denuncia deberá:

- a) Asesorarla acerca de los derechos que le asisten y de los medios con que cuente para hacerlos valer;
- b) Informarle los nombres del juez y el fiscal que intervendrán en el caso, y la ubicación de sus despachos;

c) Informarle la ubicación del centro de asistencia a la víctima más cercano, y trasladarla hasta allí en el plazo más breve posible, si la víctima lo solicitare y no contare con medio propio de locomoción.

ARTÍCULO 8º- En los supuestos del inciso d) del artículo 5º, se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los siguientes delitos:

a) Delitos contra la vida;

b) Delitos contra la integridad sexual;

c) Delitos de terrorismo;

d) Delitos cometidos por una asociación ilícita u organización criminal;

e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género;

f) Delitos de trata de personas.

La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciere imprescindible.

ARTÍCULO 9º- La autoridad deberá atender al sufragio de los gastos de traslado, hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia que fueren necesarios, cuando por sus circunstancias personales, la víctima se encontrare económicamente imposibilitada para hacerlo.

ARTÍCULO 10.- Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado.

A tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas:

a) La víctima podrá prestar declaración en su domicilio o en una dependencia especialmente adaptada a tal fin;

b) En el acto en que la víctima participe, podrá disponerse el acompañamiento de un profesional;

c) La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público.

ARTÍCULO 11.- La víctima tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo.

ARTÍCULO 12.- Durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a:

- a) Salidas transitorias;
- b) Régimen de semilibertad;
- c) Libertad condicional;
- d) Prisión domiciliaria;
- e) Prisión discontinua o semidetención;
- f) Libertad asistida;
- g) Régimen preparatorio para su liberación.

El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.

ARTÍCULO 13.- En los casos referidos en el artículo anterior, si la gravedad del hecho que motivó la condena y las circunstancias del caso permitieran presumir peligro para la víctima, la autoridad deberá adoptar las medidas precautorias necesarias para prevenirlo.

A efectos de evaluar la posibilidad de peligro se tendrá especialmente en cuenta lo establecido en los artículos 6° y 8° de esta ley.

Capítulo IV. Modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)

ARTÍCULO 14.- Sustitúyese el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 79: Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar que la autoridad competente disponga;
- c) A la protección de la integridad física y psíquica propia y de sus familiares;
- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;
- e) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

ARTÍCULO 15.- Sustitúyese el artículo 80 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 80: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho:

- a) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;
- b) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada sobre el estado del proceso y la situación del imputado;
- c) A aportar información y pruebas durante la investigación;
- d) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible, para el pronto reintegro de los bienes sustraídos;
- e) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por una persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido;
- f) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y de aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;
- g) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión;
- h) A solicitar la revisión de la desestimación o el archivo, aún si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante.

ARTÍCULO 16.- Sustitúyese el artículo 81 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Artículo 81: Durante el proceso penal, el Estado garantizará a la víctima del delito los derechos reconocidos en la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. A tal fin, las disposiciones procesales de este Código serán interpretadas y ejecutadas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a la víctima.

Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo.

ARTÍCULO 17.- Sustitúyese el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Derecho de querrela

Artículo 82: Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.

Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal.

Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte o la desaparición de una persona, podrán ejercer este derecho el cónyuge, el conviviente, los padres, los hijos y los hermanos de la persona muerta o desaparecida; si se tratare de un menor, sus tutores o guardadores, y en el caso de un incapaz, su representante legal.

Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos.

ARTÍCULO 18.- Sustitúyese el artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Denuncia ante el juez

Artículo 180: El juez que reciba una denuncia la transmitirá inmediatamente al agente fiscal. Dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso aquél fije uno menor, el agente fiscal formulará requerimiento conforme al artículo 188 o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juez de instrucción que reciba una denuncia podrá, dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso fije uno menor, hacer

uso de la facultad que le acuerda el artículo 196, primer párrafo, en cuyo caso el agente fiscal asumirá la dirección de la investigación conforme a las reglas establecidas en el título II, del libro II de este Código o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción.

La denuncia será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder. La resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable por la víctima o por quien pretendía ser tenido por parte querellante.

ARTÍCULO 19.- Sustitúyese el artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Suspensión del proceso a prueba

Artículo 293: En la oportunidad que la ley penal permita la suspensión del proceso a prueba, el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse. Se citará a la víctima aún cuando no se hubiese presentado como parte querellante.

Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones y reglas de conducta a las que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba.

ARTÍCULO 20.- Sustitúyese el artículo 496 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Salidas transitorias

Artículo 496: Sin que esto importe suspensión de la pena, el tribunal de ejecución podrá autorizar las salidas transitorias permitidas por Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. La víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, será informada de la iniciación del trámite y sus necesidades deberán ser evaluadas.

Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad.

ARTÍCULO 21.- Sustitúyese el artículo 505 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), por el siguiente:

Solicitud

Artículo 505: La solicitud de libertad condicional se cursará de inmediato por intermedio de la dirección del establecimiento donde se encuentre el condenado, quien podrá nombrar un defensor para que actúe

en el trámite. En todos los casos la víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, deberá ser informada de la iniciación del trámite, y ser oídas sus necesidades.

Capítulo V. Creación del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos

ARTÍCULO 22.- Créase en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID).

El CENAVID tendrá a su cargo la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia federal en todo el país, y en forma coadyuvante, la asistencia a las víctimas de delitos de competencia de la justicia ordinaria a requerimiento de las jurisdicciones locales.

ARTÍCULO 23.- Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ya cuenten con organismos o instituciones especializadas en la asistencia a las víctimas de delitos de competencia local evaluarán su situación y, si fuese el caso, adoptarán las medidas necesarias para dotarlos de suficiente estructura, capacitación y financiación.

El CENAVID desarrollará las acciones a su alcance para colaborar en la creación de tales organismos, en las provincias que no cuenten con ellos.

ARTÍCULO 24.- El CENAVID tendrá las siguientes funciones:

a) Atender de inmediato a las víctimas que requieran su intervención. A tal fin deberá implementar un servicio de urgencia que funcione fuera del horario de atención de sus oficinas, que le permita garantizar la asistencia de la víctima en los casos que requieran perentoria intervención;

b) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar la seguridad de la víctima y de sus familiares, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con los organismos a cargo de la seguridad pública protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

c) Adoptar los cursos de acción necesarios para brindarle a la víctima un hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia en los casos que corresponda. A tal fin convendrá con los organismos e instituciones capacitados para brindar los protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

d) Adoptar los cursos de acción necesarios para la atención médica y psicológica de la víctima, en los casos que correspondan. A tal fin convendrá con las instituciones a cargo de la salud pública, protocolos de actuación que permitan su rápida intervención;

e) Adoptar los cursos de acción necesarios para garantizar el patrocinio y representación jurídica de la víctima, dándole intervención al Ministerio Público de la Defensa cuando corresponda. Asimismo acordará mecanismos de cooperación con colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil que se encuentren capacitados para brindarlas.

ARTÍCULO 25.- Para el cumplimiento de sus obligaciones en territorios provinciales, el CENAVID suscribirá acuerdos de colaboración con los organismos o instituciones de atención a las víctimas que localmente se hayan creado. Si fuese necesario, el CENAVID podrá crear sedes propias.

ARTÍCULO 26.- El CENAVID será dirigido por un director ejecutivo designado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que deberá ser un profesional con reconocida trayectoria en la materia.

El director ejecutivo, en el plazo más breve posible, someterá a la aprobación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el organigrama de la organización del CENAVID y el programa de acuerdos de colaboración y cooperación con organismos públicos, colegios profesionales, instituciones educativas o académicas u otras asociaciones y organizaciones de la sociedad civil, que sean necesarios para el cumplimiento de esta ley.

ARTÍCULO 27.- El director ejecutivo del CENAVID tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- a) Ejercer la dirección del personal, asignar sus tareas y controlar su cumplimiento;
- b) Aprobar los protocolos de actuación internos del CENAVID y los que el CENAVID convenga con organismos e instituciones;
- c) Promover la unificación de protocolos de actuación y criterios de registro de información con los organismos locales de atención a las víctimas;
- d) Organizar actividades que propendan a la formación, capacitación técnica y actualización normativa de las autoridades y el personal que intervengan en la atención de víctimas de delitos;
- e) Formular propuestas legislativas que permitan ampliar y profundizar los objetivos de esta ley.

ARTÍCULO 28.- Los gastos que demande la presente serán imputados a la partida presupuestaria correspondiente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. El Poder Ejecutivo deberá afectar los recursos materiales y humanos en cantidad y calificación necesarias para el cumplimiento de la presente ley.

Capítulo VI. Del Defensor Público de Víctimas

ARTÍCULO 29.- Créanse veinticuatro (24) cargos de Defensor Público de Víctimas, según se establece en el Anexo I de la presente ley.

ARTÍCULO 30.- Los actuales Secretarios Letrados del Ministerio Público de la Defensa se transforman en Defensores Públicos Coadyuvantes, de conformidad con lo previsto en el inciso b) del artículo 15 de la ley 27.149.

ARTÍCULO 31.- Los actuales Prosecretarios Letrados del Ministerio Público de la Defensa se transforman en Defensores Públicos Coadyuvantes, de conformidad con lo previsto en el inciso b) del artículo 15 de la ley 27.149.

ARTÍCULO 32.- La transformación de los cargos dispuesta en los artículos precedentes no implica un nuevo nombramiento, en los términos del artículo 79 inciso a) de la ley de impuesto a las ganancias, reformado por la ley 27.346.

ARTÍCULO 33.- Sustitúyese el artículo 11 de la ley 27.149, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 11: Asistencia y patrocinio jurídico a víctimas de delitos en procesos penales. La Defensoría General de la Nación garantizará, conforme los requisitos y asignaciones funcionales que determine la reglamentación, y según lo previsto en los artículos 37 bis y 37 ter de la presente ley, la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos, si por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados.

ARTÍCULO 34: Sustitúyese el artículo 15 de la ley 27.149, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 15: El Ministerio Público de la Defensa está integrado por:

a) Magistrados:

1. Defensor General de la Nación.
2. Defensores Generales Adjuntos.
3. Defensores Públicos Oficiales y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante las Cámaras de Casación.
4. Defensores Públicos de Coordinación.
5. Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en la Ejecución de la Pena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo.

6. Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia.

7. Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales Federales del interior del país.

8. Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia, Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, Defensores Públicos Oficiales en las Relaciones de Consumo, Defensores Públicos Oficiales ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias y Defensores Públicos de Víctimas.

9. Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores.

10. Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación.

b) Defensores Públicos Coadyuvantes;

c) Otros funcionarios y empleados administrativos y de maestranza.

ARTÍCULO 35.- Incorporase como artículo 37 bis a la ley 27.149 el siguiente:

Artículo 37 bis: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, los Defensores Públicos Coadyuvantes colaboran con los Defensores Públicos de Víctimas en el ejercicio de las funciones y bajo las condiciones previstas en esta ley, cuando ello sea dispuesto por el Defensor General de la Nación a fin de asegurar una efectiva prestación del servicio.

ARTÍCULO 36.- Incorporase como artículo 37 ter a la ley 27.149 el siguiente:

Defensores Públicos de Víctimas

Artículo 37 ter: Funciones. Los Defensores Públicos de Víctimas son los magistrados de la Defensoría General de la Nación que, según los fueros e instancias asignados, ejercen la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa.

Capítulo VII. Disposiciones finales

ARTÍCULO 37.- Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación procesal a efectos de garantizar en sus jurisdicciones los derechos de las víctimas que se reconocen en la presente ley.

ARTÍCULO 38.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días posteriores a su promulgación.

ARTÍCULO 39.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, EL DÍA VEINTIUNO DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE.

— REGISTRADO BAJO EL N° 27372 —

MARTA G. MICHETTI. — EMILIO MONZÓ. — Eugenio Inchausti. — Juan P. Tunessi.

.....

Ciudad de Buenos Aires, 12 de Julio de 2017

En virtud de lo prescripto en el artículo 80 de la Constitución Nacional, certifico que la Ley N° 27.372 (IF-2017-14067897-APN-SST#SLYT) sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION el 21 de junio de 2017, ha quedado promulgada de hecho el día 11 de julio de 2017.

Dése para su publicación a la Dirección Nacional del Registro Oficial, gírese copia al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION y, para su conocimiento y demás efectos, remítase al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Cumplido, archívese. — Pablo Clusellas.

e. 13/07/2017 N° 50220/17 v. 13/07/2017

Ley 27499. Ley Micaela

LEY MICAELA DE CAPACITACIÓN OBLIGATORIA EN GÉNERO PARA TODAS LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LOS TRES PODERES DEL ESTADO

Ley 27499

Disposiciones.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY MICAELA DE CAPACITACIÓN OBLIGATORIA EN GÉNERO PARA TODAS LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LOS TRES PODERES DEL ESTADO

Artículo 1° - Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Art. 2° - Las personas referidas en el artículo 1° deben realizar las capacitaciones en el modo y forma que establezcan los respectivos organismos en los que desempeñan sus funciones.

Art. 3° - El Instituto Nacional de las Mujeres es autoridad de aplicación de la presente ley.

Art. 4° - Las máximas autoridades de los organismos referidos en el artículo 1°, con la colaboración de sus áreas, programas u oficinas de género si estuvieren en funcionamiento, y las organizaciones sindicales correspondientes, son responsables de garantizar la implementación de las capacitaciones que comenzarán a impartirse dentro del año de la entrada en vigencia de la presente ley.

Para tal fin, los organismos públicos podrán realizar adaptaciones de materiales y/o programas, o desarrollar uno propio, debiendo regirse por la normativa, recomendaciones y otras disposiciones que establecen al respecto los organismos de monitoreo de las convenciones vinculadas a la temática de género y violencia contra las mujeres suscriptas por el país.

Art. 5° - El Instituto Nacional de las Mujeres certificará la calidad de las capacitaciones que elabore e implemente cada organismo, que deberán ser enviadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, pudiéndose realizar modificaciones y sugerencias para su mayor efectividad.

Art. 6° - La capacitación de las máximas autoridades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación estará a cargo del Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 7° - El Instituto Nacional de las Mujeres, en su página web, deberá brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento de las disposiciones de la presente en cada uno de los organismos referidos en el artículo 1°.

En la página se identificará a las/os responsables de cumplir con las obligaciones que establece la presente ley en cada organismo y el porcentaje de personas capacitadas, desagregadas según su jerarquía.

Anualmente, el Instituto Nacional de las Mujeres publicará en esta página web un informe anual sobre el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, incluyendo la nómina de altas autoridades del país que se han capacitado.

Además de los indicadores cuantitativos, el Instituto Nacional de las Mujeres elaborará indicadores de evaluación sobre el impacto de las capacitaciones realizadas por cada organismo. Los resultados deberán integrar el informe anual referido en el párrafo anterior.

En la página web del Instituto Nacional de las Mujeres se publicará una reseña biográfica de la vida de Micaela García y su compromiso social, así como las acciones del Estado vinculadas a la causa penal por su femicidio.

Art. 8° - Las personas que se negaren sin justa causa a realizar las capacitaciones previstas en la presente ley serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad de aplicación a través y de conformidad con el organismo de que se trate. El incumplimiento de dicha intimación será considerado falta grave dando lugar a la sanción disciplinaria pertinente, siendo posible hacer pública la negativa a participar en la capacitación en la página web del Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 9° - Los gastos que demande la presente ley se tomarán de los créditos que correspondan a las partidas presupuestarias de los organismos públicos de que se trate.

Art. 10. - Invítase a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias a adherir a la presente ley.

Cláusula Transitoria: De conformidad con lo previsto en el artículo 4º, los organismos que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan elaborado o adaptado programas de capacitación en género, deberán utilizar los programas, cursos u otras plataformas de capacitación diseñados por el Instituto Nacional de las Mujeres.

Art. 11. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIECINUEVE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO.

REGISTRADA BAJO EL N° 27499

MARTA G. MICHETTI - EMILIO MONZO - Eugenio Inchausti - Juan P. Tunessi

CONVENCION BELEN DO PARA

Aprobada por Ley 24632.

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA"

LOS ESTADOS PARTES DE LA PRESENTE CONVENCION,

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y

CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPITULO I. DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

CAPITULO II. DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

h. el derecho a libertad de asociación;

i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y

j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPITULO III. DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPITULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la **Comisión Interamericana de Mujeres**, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de emienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas,

depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

[Estado de Firmas y Ratificaciones]

CEDAW.

Apruébase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women),

LEY N° 23179

Snacionada: Mayo 8 de 1985

Promulgada: Mayo 27 de 1985

EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION ARGENTINA REUNIDOS EN CONGRESO, ETC.;

SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTÍCULO 1º — Apruébase la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de **1979**, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, cuyo texto forma parte de la presente ley.

ARTÍCULO 2º — En oportunidad de depositarse el instrumento de ratificación deberá formularse la siguiente reserva:

El gobierno argentino manifiesta que no se considera obligado por el párrafo 1º del artículo 29 de la convención sobre la eliminación de todas las formas, de discriminación contra la mujer.

ARTÍCULO 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los ocho días del mes de mayo del año mil novecientos ochenta y cinco.

ROBERTO P. SILVA VICTOR H. MARTINEZ

Carlos A. Bravo Antonio J. Macris

— Registrada bajo el N° 23.179—

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Los Estados partes en la presente convención.

Considerando que la carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y la mujer.

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos 1/ reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

Considerando que los Estados partes en los pactos internacionales de derechos humanos 2/ tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el alimento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades.

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer.

Subrayando que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer.

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

Convencidos de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

ARTÍCULO 1

A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

ARTÍCULO 2

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

ARTÍCULO 3

Los Estados partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

ARTÍCULO 4

1. La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas, estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

ARTÍCULO 5

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

ARTÍCULO 6

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

PARTE II

ARTÍCULO 7

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas.
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

ARTÍCULO 8

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

ARTÍCULO 9

1. Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

PARTE III

ARTÍCULO 10

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como todos los tipos de capacitación profesional.
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad.
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza.
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios.
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer.

- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente.
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física.
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

ARTÍCULO 11

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

ARTÍCULO 12

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios

gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

ARTÍCULO 13

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares.
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

ARTÍCULO 14

1. Los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles.
- b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.
- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social.
- d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica.
- e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena.
- f) Participar en todas las actividades comunitarias.
- g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento.
- h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones.

PARTE IV

ARTÍCULO 15

1. Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

2. Los Estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

4. Los Estados partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

ARTÍCULO 16

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio.

b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los responsables y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

PARTE V

ARTÍCULO 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente convención, se establecerá un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (denominado en adelante Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la convención. Los expertos serán elegidos por los Estados partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal, se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados partes. Cada uno de los Estados partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.

3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el secretario general de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El secretario general preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados partes que las han designado, y la comunicará a los Estados partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados partes que será convocada por el secretario general y se celebrará en la sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los estados partes presentes y votantes.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años, inmediatamente después de la primera elección el presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.

6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después que el trigésimo quinto Estado parte haya ratificado la convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el presidente del Comité, expirará al cabo de dos años.

7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el estado parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.

8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

9. El secretario general de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente convención.

ARTÍCULO 18

1. Los Estados partes se comprometen a someter al secretario general de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

- a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el estado de que se trate, y
- b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

ARTÍCULO 19

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su mesa por un período de dos años.

ARTÍCULO 20

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.

2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

(Nota Infoleg: Ver enmienda [Ley N° 26.486](#) B.O. 13/4/2009)

ARTÍCULO 21

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados partes.

2. El secretario general transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

ARTÍCULO 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de sus actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

PARTE VI

ARTÍCULO 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado parte, o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

ARTÍCULO 24

Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

ARTÍCULO 25

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al secretario general de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del secretario general de las Naciones Unidas.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al secretario general de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en su caso, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

ARTÍCULO 27

1. La presente convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del secretario general de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 28

1. El secretario general de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al secretario general de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

ARTÍCULO 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el estatuto de la Corte.

2. Todo Estado parte en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al secretario general de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 30

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

100 REGLAS DE BRASILIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social. Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios.

El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición. El último Capítulo Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 5 contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial. Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo, se hace un llamamiento a

las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

CAPÍTULO I: PRELIMINAR

Sección 1ª.- Finalidad

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 6 ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- Edad . (Niños, niñas, adolescentes y ancianos)

(5) Se considera **niño**, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El **envejecimiento** también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre **especiales dificultades**, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- Discapacidad

(7) Se entiende por **discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial**, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- Pertenencia a comunidades indígenas

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 7 administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- Victimización

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, **entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.**

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (**victimización primaria**) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (**victimización secundaria**) Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables 8 conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto

armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- Pobreza

(15) La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- Género

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- Pertenencia a minorías

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- Privación de libertad

(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo. Sección 3ª.- Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;

- b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;
- d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.
- e) Policías y servicios penitenciarios.
- f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Sección 1ª.- Cultura jurídica

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (

27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo. 2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sección 3ª.- Derecho a intérprete

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

Sección 4ª.- Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) **Oralidad** Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad. (Compatible con la 9040)

(36) Formularios Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) **Anticipo jurisdiccional de la prueba** Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) **Agilidad y prioridad** Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.

Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos (relación con el art. 5 y 26 del CPP)

1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia. (

44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para

los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

CAPÍTULO III: CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

Sección 1ª.- Información procesal o jurisdiccional

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad. 1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos: • La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar • Su papel dentro de dicha actuación • El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos: • El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales • Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso • La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente • El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo 2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal. 16

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto.

Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad. 4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional: • Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido • Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción • Curso dado a su denuncia o escrito • Fases relevantes del desarrollo del proceso • Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

LENGUAJE CLARO.

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo,

Sección 3ª.- Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial. (65) Durante el acto judicial Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente

la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia. TIEMPO EN LOS MENORES!!!

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país. A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia

organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales NIÑOS!!!

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4ª.- Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LAS REGLAS

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3ª del Capítulo I. La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los

principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autónomo y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales. En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- Nuevas tecnologías

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- Manuales de buenas prácticas sectoriales

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborarán un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades: • Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas. • Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país. • A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad. • Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas. La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

CDN. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Ley Nº 23.849

Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sancionada: Setiembre 27 de 1990

Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Apruébase la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) el 20 de noviembre de 1989, que consta de CINCUENTA Y CUATRO (54) artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

ARTICULO 2º — Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones:

"La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

ARTICULO 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Hugo R. Flombaum.

DADA EN LA SALA DE SESIONE DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTISIETE DIAS DEL MES DE SETIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA.

Convención sobre los Derechos del Niño

PREAMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I. (art. 1 a 41)

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase per judicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.
2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos

padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de

protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la

información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, as como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II. (Art. 42 a 45)

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por

los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el Presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados,

al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III. (Art. 46 a 54)

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

